

SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad central de Venezuela

Publicado en *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*, (coordinadores: Andry Matilla Correa, Jaime O. Santofinío Gamboa, Héctor Santaella Quintero) Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013, pp. 271-303. ISBN 978-958-772-040-2

Maurice Hauriou definió el derecho administrativo como la rama del derecho público que tiene por objeto la organización y el ejercicio de los derechos por las personas administrativas,¹ es decir, de los sujetos de derecho que actualizan la voluntad del Estado, o de lo que comúnmente se califica como la Administración. Por ello, al definir nuestra disciplina bajo el ángulo de las personas jurídicas que conforman el Estado, bien podría afirmarse que nuestra disciplina es el derecho de las personas jurídicas, es decir, de los sujetos de derecho que actualizan la voluntad del Estado o de la Administración.

Y sin duda, el tema de la personalidad jurídica es uno de los capítulos más esenciales del derecho administrativo, pues permite identificar los sujetos de derecho que conforman el Estado, cuyos órganos son los que expresan la voluntad del Estado, permitiendo el establecimiento de relaciones jurídicas entre el Estado y otros sujetos de derecho, particularmente, los administrados. Dichas personas jurídicas, por otra parte, son las que pueden ser la parte “pública” en los contratos del Estado, en particular, los contratos administrativos, y son las que responden por daños y perjuicios que el Estado pueda causar a los administrados. Las personas jurídicas que conforman el Estado, por tanto, son las que pueden ser demandadas en justicia, y a la vez, las que pueden ser parte en procesos judiciales.

La Administración Pública, en consecuencia, como objeto de estudio del derecho administrativo, está conformada por las personas jurídicas que conforman el Estado, y además, por los órganos de las mismas, que son los que manifiestan la voluntad de la Administración, expresada mediante la actuación de los titulares de dichos órganos que son los funcionarios públicos. La Administración Pública, en consecuencia, además de por personas jurídicas estatales, está conformada por sus órganos, los cuales configuran la organización administrativa.²

1 Véase Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, Paris 1893, p. 171. Cfr. además, Antonio Moles Caubet, “La personalidad jurídica del Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1956, pp. 21 a 56.

2 Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace años, en *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. I, Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, pp. 306 y ss. y 611 y ss; “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 12, Buenos Aires 1977, pp. 15 a 29; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n° 57, Caracas 1976, pp. 115 a 135; “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a*

Dichos órganos de las personas jurídicas que conforman el Estado, o la Administración, por otra parte, como son los que actualizan la voluntad de las mismas, son los que en nombre de las personas estatales realizan la actividad administrativa y concretizan las relaciones jurídico administrativas, las cuales en definitiva son las que se establecen entre las personas jurídicas que conforman el Estado y los otros sujetos de derecho.³

Nótese que hemos hablado de personas jurídicas estatales o que conforman el Estado, partiendo del supuesto de que en el ámbito interno de los países (al contrario de lo que sucede en el ámbito de las relaciones internacionales), el “Estado” en si mismo carece de personalidad jurídica,⁴ pues en realidad está conformado por una multiplicidad de personas jurídicas que derivan de la específica organización constitucional y administrativa de cada país. En un Estado federal o descentralizado, en principio, el Estado está conformado por las diversas personas jurídicas que se establezcan en cada nivel territorial, por ejemplo, el Estado nacional, los Estados federados y los Municipios, y las que derivan de la descentralización funcional; como ocurre igual en los Estados Unitarios donde siempre se encuentran niveles de descentralización regional y municipal, así como entidades descentralizadas funcionalmente. Un caso con régimen preciso establecido legalmente en esta materia de la personalidad en el derecho administrativo es español, donde la Ley No. 30/1992 de 26 de noviembre sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reguló con precisión el tema de la personalidad jurídica asignándosela a cada una de las Administraciones Públicas. Dicha ley, en efecto, entiende por “Administraciones Públicas” a “la Administración General del Estado” (es decir, la Administración del Estado nacional) y “las Administraciones de las Comunidades Autónomas,” (art. 2.1) y “las entidades que integran la Administración Local” (los municipios, por ejemplo), cada de las cuales “actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única” (art. 3.4); y además, las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de las

Jesús Leopoldo Sánchez, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas enero-abril 2003, Volumen 1, pp.48-54; “El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999” en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, pp.99-121. Además, en *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 223 a 248; y en *Régimen jurídico de las empresas públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 35 y ss; *Estado de derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, pp. 555 y ss.; *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, pp. 117 ss.; *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Bogotá, 2005.

- 3 Véase José Peña Solís “El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela”, en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 313 a 367; .
- 4 Véase sentencia de la Sala Constitucional 1002 del 26 de mayo de 2004, caso Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 148.

Administraciones Públicas “ es decir, las que resulten de la descentralización funcional de cada uno de los tres niveles territoriales.

Bajo este ángulo, por tanto, la “Administración Pública” puede decirse que no es una persona jurídica. Puede haber y hay muchas personas jurídicas que configuran la Administración, o muchas Administraciones Públicas, y cuyos órganos concretizan la organización administrativa del Estado. Por ello, algunas legislaciones como la venezolana, al regular la Administración Pública, precisa que está conformada por los “entes” (personas jurídicas o sujetos de derecho) y los “órganos” de dichas personas jurídicas estatales, los cuales, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008⁵, son las unidades administrativas de dichas personas jurídicas estatales (art. 15).

En cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, como se dijo, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo, porque en definitiva son los que establecen las relaciones jurídicas administrativas con los otros sujetos de derecho. Por ello es que, precisamente, el tema de la personalidad jurídica tiene tanta importancia en el estudio y comprensión del derecho administrativo, pues condiciona todo su objeto.

A continuación trataremos de describir el panorama del tema de la personalidad jurídica en el derecho venezolano, clasificando las personas jurídicas en el derecho administrativo, para lo cual, por supuesto, haremos referencia a los principios básicos y regulaciones de la teoría general del derecho y en especial del derecho civil, pues la idea de persona jurídica moral como sujeto de derecho es y tiene que ser una y única.

I. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La clasificación según las disposiciones del Código Civil

De acuerdo al Código Civil de Venezuela (C.C.), en el mundo del derecho, además de las personas naturales son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de “centros de intereses” a los cuales, para protegerlos jurídicamente el ordenamiento jurídico les otorga el carácter de personas jurídicas o personas morales, como entidades abstractas; en definitiva, como “personas ficticias”, tal y como las calificaron los Códigos Civiles de 1862 y 1873.

En una forma, el artículo 19 C.C. vigente dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

- 1.º La Nación y las Entidades políticas que la componen;
- 2.º Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público.
- 3.º Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

Conforme a esta enumeración del Código Civil, en consecuencia, las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano, como resulta de la teoría general del derecho civil, son de dos tipos según el sustrato que les da razón de ser, sea un sustrato personal o un

5 Véase en *Gaceta Oficial* n° 5.890 Extraordinario de 31 de julio de 2008. Véanse los comentarios a la Ley en Allan R. Brewer-Carías *et al.* *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009.

sustrato real: o se trata de *corporaciones* cuando el sustrato que las justifica y les da razón de ser lo constituye un conjunto de personas (sustrato personal), como una comunidad o una asociación de personas; o se trata de *instituciones* en el sentido de que lo que se busca proteger con la atribución de la personalidad jurídica es un conjunto de bienes (sustrato real), es decir, un patrimonio que se ha afectado a un fin. Esta distinción clásica y básica también se aplica a las personas en el ámbito del derecho administrativo, y es la que resulta del propio artículo 19 C.C..

En efecto, de esa norma resulta que en cada una de las dos grandes categorías de personas que regula el Código (personas o cuerpos morales de carácter público o de carácter privado) se identifican tanto un conjunto de corporaciones (comunidades o asociaciones) como un conjunto de instituciones.

1. En primer lugar están las *personas o cuerpos morales de carácter público*, las cuales comprenden, por una parte, las corporaciones de derecho público, es decir, aquellas personas jurídicas de carácter público que tienen un sustrato personal que las sustenta, como son, por ejemplo, las comunidades políticas, las corporaciones públicas y las asociaciones de derecho público; y por la otra, las instituciones de derecho público, con un sustrato real (patrimonio) que es el que le da razón de ser, como los institutos autónomos o públicos.

Así, esquemáticamente es posible distinguir, entre las personas jurídicas de derecho público, *primero*, las que tiene *base corporativa (sustrato personal)*, que son: 1. las Corporaciones de derecho público, entre las cuales se están: las Comunidades públicas (Comunidades políticas: personas político territoriales; Comunidades indígenas; Comunidades religiosas: Iglesias y Comunidades universitarias: universidades nacionales) y las Corporaciones públicas (Colegios profesionales; Academias nacionales); y 2. Las Asociaciones de derecho público, que son las Mancomunidades municipales y las Asociaciones intergubernamentales, por ejemplo, entre Estados de la federación. Y *segundo*, las que tienen *base patrimonial (sustrato real)*, que son las Instituciones de derecho público, es decir, los Institutos autónomos o institutos públicos; y el Banco Central de Venezuela.

Con mayor precisión, entre las que constituyen *corporaciones*, es decir, que tienen como justificación de su personalidad la existencia de un sustrato personal o una base corporativa, se distinguen una serie de *comunidades*, las más importantes de las cuales son las que derivan de la organización política del Estado; y además, tanto una serie de *corporaciones* de derecho público propiamente dichas como una serie de *asociaciones* de derecho público.

En cuanto a las *comunidades*, en efecto, en primer lugar están las comunidades políticas, es decir, las *personas estatales político territoriales* que conforman la división y organización política del país, y cuya razón de existir la constituye la población asentada en el respectivo territorio, como comunidad política. Sobre ellas, el Código Civil enuncia como personas jurídicas a “la Nación y las entidades políticas que la componen”, lo que de acuerdo con la terminología de la Constitución de 1999 serían las personas jurídicas que derivan de la forma federal del Estado (art. 4) conforme a la distribución vertical del poder público “entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional”. Ello es lo que da origen a los tres niveles de personas jurídicas corporativas de nivel territorial, como comunidades políticas, que integran al Estado, y que en Venezuela son: *la República* (Estado nacional), que ejerce el poder público nacional; *los estados*, que ejercen el poder

público estatal, y los *municipios* y demás entidades locales (entre ellas, los distritos municipales y metropolitanos), que ejercen el poder público municipal.

En esta forma, el “Estado” en Venezuela, como se dijo, en el derecho interno está conformado tanto por la República como por los estados y los municipios, así como por las demás entidades locales; siendo por tanto la República sólo una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional (Estado nacional), y los estados federados y los municipios también personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales; cada uno de los cuales tiene su propia Administración Pública. En Venezuela, por tanto, a diferencia de España, no es que las Administraciones Públicas territoriales tengan personalidad jurídica propia. Las que tienen personalidad son las comunidades políticas (República, Estados, Municipios), cada una de las cuales cuenta con su Administración Pública (Administración nacional Administración de los Estados, Administración Municipal).

En segundo lugar, y sin que formen parte de la organización territorial del Estado, entre las comunidades políticas y conforme a la concepción constitucional sobre los pueblos indígenas, también se pueden identificar las comunidades indígenas reconocidas en el artículo 119 C., las cuales también tendrían personalidad jurídica

En tercer lugar, también entre las comunidades que se califican como personas o cuerpos morales de carácter público, el artículo 19 C.C. enumera a “las Iglesias de cualquier credo que sean y las universidades”. Se trata, en este caso, a partir de 1873, del reconocimiento de personalidad jurídica a un conjunto de comunidades que existían para ese momento, en particular, del reconocimiento de la personalidad jurídica de las universidades, que en 1873 se circunscribía a la Universidad Central de Venezuela, que era la única existente.

En cuanto a las “Iglesias de cualquier credo”, si bien son comunidades religiosas, su enumeración entre los “cuerpos morales de carácter público” sólo tiene una explicación histórica derivada del principio del Patronato Eclesiástico aplicado, precisamente, en medio de los graves conflictos entre el Estado y la Iglesia que existían para cuando se sancionó el Código Civil de 1873, y en cuya redacción influyeron determinadamente en esa y otras normas.⁶

Por otra parte, al agregar la norma del Código Civil la frase: “y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”, ello permite identificar dentro de las corporaciones de derecho público otras corporaciones públicas que si bien no existían al momento de sancionarse dicho Código, se fueron desarrollando con posterioridad, como es el caso de las corporaciones profesionales (colegios profesionales), generalmente abiertas, y las corporaciones académicas (academias nacionales) generalmente cerradas, todas reguladas por ley.

Los cuatro grupos anteriores de personas jurídicas de derecho público (comunidades públicas y corporaciones públicas) tienen, como se dijo, una base corporativa, es decir, la existencia de una comunidad o de una agrupación de personas cuyo origen está en la regulación concreta establecida en la Constitución o la ley, y que por ello no tiene su origen en un contrato de sociedad.

6 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, T. I, “Evolución histórica del Estado”, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, San Cristóbal y Caracas 1996, p. 338

En otros casos, en cambio, las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, siguiendo la terminología del Código Civil (“y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”), aun con base corporativa o sustrato personal, pueden tener su origen en un acuerdo de voluntades, es decir, en un contrato de sociedad, configurándose entonces la entidad como una asociaciones de derecho público. En este caso, se trata de personas jurídicas creadas mediante la asociación de personas de derecho público, como serían las mancomunidades municipales que se regulan en el artículo 170 C. y las demás asociaciones de carácter intergubernamental establecidas entre las personas jurídicas político territoriales.

Por otra parte, además de las corporaciones (comunidades o asociaciones de derecho público), entre las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, conforme a la misma terminología del artículo 19.2 C.C. (al agregar: “y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”) la cual es igualmente empleada en la Constitución de 1999 (art. 145); también se pueden identificar como personas jurídicas de derecho público las de carácter institucional o fundacional (sustrato real), como serían los “institutos autónomos”, según la terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros), y que el propio Código Civil incluye en la expresión de “establecimiento público.”⁷

2. En segundo lugar, están las *personas jurídicas o cuerpos morales de carácter privado*, a las que se refiere el artículo 19.3 C.C. (que son las personas jurídicas de derecho privado conforme a la terminología también seguida en la Constitución, art. 145, entre otros), entre las que están las “asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado”, entre las cuales también se pueden identificar tanto las de carácter corporativo (sustrato personal) como institucional (sustrato real).

Así, esquemáticamente es posible distinguir, entre las personas jurídicas de derecho privado, también, *primero*, las que tienen *base corporativa (sustrato personal)*, que son: las Corporaciones de derecho privado (comunidades privadas, Comunidades universitarias (universidades), Comunidades políticas (partidos políticos) y Comunidades laborales (sindicatos); y segundo, las Asociaciones de derecho privado, que son las Sociedades civiles, las Sociedades mercantiles, y en específico, Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) que es la empresa estatal de hidrocarburos regulada en la Constitución. Y segundo, las que tienen *ase patrimonial (sustrato real)*, que son las Fundaciones.

Con mayor precisión, entre las que tienen base corporativa, también se puede distinguir entre las personas de derecho privado de carácter corporativo y las de orden asociativo. Entre las primeras están las que tienen como sustrato personal determinadas comunidades, como serían, por ejemplo, las comunidades universitarias (universidades privadas), las comunidades políticas (partidos políticos o asociaciones con fines políticos) o las comunidades laborales (sindicatos). Entre las segundas están las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles, sociedades mercantiles y las asociaciones cooperativas, cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de las actas constitutivas en oficinas de registro.

En cuanto a las personas de derecho privado o cuerpos morales de carácter privado de tipo institucional (sustrato real), están las “fundaciones lícitas”, cuya personalidad también

7 Artículos 538, 900, 1000 y 1482. La misma expresión fue utilizada en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional desde la reforma de 1928.

se adquiere con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva oficina de registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas anteriormente mencionadas y que resultan de la enumeración del artículo 19 C.C. interesan al derecho administrativo ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina. Entre ellas son objeto de estudio por el derecho administrativo, básicamente las de carácter “estatal,” es decir que forman parte de la organización general del Estado, sean de derecho público o de derecho privado; o sea, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el “sector público” (art. 289.3 C.). Esas son las que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la Constitución (arts. 145 y 180 entre otros).

Pero también son objeto de estudio por nuestra disciplina aquellas personas jurídicas con forma de derecho público o de derecho privado que aun siendo *no estatales*, por el conjunto de potestades que les están atribuidas por ley o por las actividades que realizan vinculadas al interés público, están sometidas a un régimen de derecho administrativo. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades indígenas, de los colegios profesionales y de las academias nacionales, que aun siendo “personas de derecho público” no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado. A pesar de ello, sin embargo, por las tareas que tienen encomendadas por ley, interesan al derecho administrativo.

Por otra parte, también son personas *estatales* que por tanto interesan al derecho administrativo, todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por entes públicos, como sucede con las sociedades mercantiles de capital público (empresas del Estado), las sociedades civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma jurídica de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización administrativa del Estado (sector público), son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones todas aquellas personas jurídicas que aun cuando no sean estatales porque no forman parte de la organización general del Estado, y conforme a la terminología del artículo 19 C.C. son “cuerpos morales de carácter privado”, por su carácter de comunidades y por las actividades que realizan vinculadas al interés público o político también interesan al derecho administrativo y son objeto de sus regulaciones, como serían los partidos políticos, los sindicatos o las universidades privadas.

De lo anterior resulta, por tanto, la necesidad de emplear dos clasificaciones distintas respecto de las personas jurídicas en el campo del derecho administrativo: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma jurídica que se adopte para el centro de imputación de intereses; y por la otra, la que distingue entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales⁸, según la integración del ente respectivo en la estructura y organización general del Estado.

8 Cfr. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo 1953, pp. 165, 173 y ss.

Estas dos clasificaciones son, precisamente, las que ha adoptado la Constitución de Venezuela de 1999, las cuales, por supuesto, contrastan con la clasificación tradicional (entre las llamadas personas públicas y personas privadas) que se había utilizado respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo, y que sólo muy excepcionalmente se ha utilizado en textos legislativos⁹.

2. *Las clasificaciones según las disposiciones de la Constitución*

En la Constitución venezolana, el artículo 145, al establecer una prohibición de contratación con el Estado, dispone expresamente que:

“Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley”

En el aspecto que nos interesa destacar de esta norma, vinculada al tema de la personalidad jurídica, resulta que la misma establece la doble distinción respecto de las personas jurídicas que hemos mencionado: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales; clasificación que propusimos hace décadas¹⁰ y que se recogen, además, en otras normas constitucionales, al mencionar personas jurídicas, como los arts. 142 (“institutos autónomos”), 159 (‘los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena’), 168 (“Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía”), 180 (“personas jurídicas estatales”), 189.1 (“institutos autónomos y empresas del Estado”) 190 (“con personas jurídicas estatales”), 289 (“Estados y Municipios”, “personas jurídicas del sector público”), 318 (“Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía”) y 322 (“personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado”).

La *primera* clasificación distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda* clasificación distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos o el banco Central de Venezuela, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (*empresas del Estado* o *empresas públicas*, conforme las denominan los arts. 189.1 y 184.4 C., respectivamente).

9 Fue el caso del artículo 1.3 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, en el cual se hizo referencia a las “personas públicas y privadas”, *Gaceta Oficial*, n° 27921 del 22 de diciembre de 1965.

10 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 12, Buenos Aires 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n° 57, Caracas 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 223 a 248.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, en el ordenamiento jurídico venezolano, hay personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado; y por personas estatales y no estatales. Ello permite identificar, por una parte, unas personas jurídicas de derecho público estatales y unas personas jurídicas de derecho público no estatales; y por la otra, unas personas jurídicas de derecho privado estatales y unas personas jurídicas de derecho privado no estatales. Normalmente entran dentro del campo del derecho administrativo las personas jurídicas de derecho público estatales y las personas jurídicas de derecho privado estatales; y en ciertos aspectos de su régimen y actividad, las personas jurídicas de derecho público no estatales.

II. EL PROBLEMA DE LA CLÁSICA Y SUPERADA DISTINCIÓN ENTRE LAS “PERSONAS PÚBLICAS” Y LAS “PERSONAS PRIVADAS”

Con fundamento en las clasificaciones anteriores no cabe por tanto en el derecho venezolano, que se pueda establecer una distinción entre las “personas públicas” y las “personas privadas.” Como hemos dicho, la Constitución se refiere, por una parte, a las “personas jurídicas estatales” y por la otra a las “personas jurídicas de derecho público,” como objeto de regulación por el derecho administrativo, lo que conduce a cuestionar la mencionada distinción entre “personas públicas” por oposición a las “personas privadas,” pues de la misma podría resultar que no todas las personas jurídicas estatales serían “personas públicas,” pues por ejemplo, hay sociedades mercantiles –personas de derecho privado – de propiedad estatal, ni todas las “personas de derecho público” serían “personas públicas” pues por ejemplo, hay algunas corporaciones públicas que no forman parte de la organización del Estado, como los Colegios profesionales.

Dicha distinción entre personas públicas o personas privadas, que pudo haber tenido alguna aplicación hasta comienzos del siglo pasado, cuando no existía la diversidad de entes públicos o administrativos que conforman la Administración Pública contemporánea, en la actualidad consideramos que es insostenible. Por ello, la Constitución de 1999, debido al universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, ha desechado esa otrora clásica distinción entre personas públicas y personas privadas por resultar insuficiente para clasificarlas.

En la actualidad, tanto el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado abstencionista, y del proceso de privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, han provocado la obsolescencia y, a veces, la imposibilidad de aplicar aquella distinción otrora simple,¹¹ la cual se basaba en diversos criterios o índices que en realidad apuntaban a otros fines. Esos criterios, por ejemplo, fueron resumidos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, en una confusa sentencia del 26 de agosto de 1989 en la cual, supuestamente refiriéndose a la distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado para calificar la personalidad de los partidos políticos, en realidad lo hizo utilizando los viejos criterios relativos a la clásica distinción entre “personas públicas” y “personas privadas,” en la siguiente forma:

11 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo” en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1996, pp. 23 a 73.

“El primer problema a dilucidar lo constituye, por tanto, determinar si los partidos políticos pueden dictar actos administrativos, y, en consecuencia, ser recurridos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tal determinación requiere un examen previo acerca de la naturaleza jurídica de los Partidos Políticos. Para ello es necesario precisar si los Partidos Políticos se inscriben en la categoría de las personas jurídicas de derecho público, o si, por el contrario, son personas jurídicas de derecho privado.

La configuración de un esquema que permita establecer tal distinción constituye uno de los problemas más debatidos en la literatura jurídica. Al efecto, se han manejado diversos criterios como el de *los fines públicos o privados* que realizan. La insuficiencia de este criterio ha sido, empero, puesta de relieve por la doctrina. Ferrara ha resaltado cómo un mismo fin puede hacer surgir, según las circunstancias, un organismo paraestatal de naturaleza pública, o una persona jurídica privada.

Un segundo criterio manejado por la doctrina ha sido el de la existencia de prerrogativas. Según esta tesis, la persona jurídica de derecho público se caracteriza por *participar de la potestad de imperium*, típica del Estado. Esta teoría que tiene su origen en Jellinek ha sido seguida en Italia por varios civilistas como Coviello y Ferrara. Conforme a ella, las personas jurídicas públicas deben participar de aquellas características que son exclusivas y esenciales del Estado, y que, como tales, las colocan en una posición de preeminencia sobre los sujetos privados. Empero, también ha sido cuestionada por algunos autores como criterio único.

En tercer lugar se encuentra el criterio de la *integración de la persona jurídica dentro de la organización del Estado*. En este sentido se ha dicho que la persona pública, a diferencia de la privada, es parte de la administración pública, criterio que también ha sido cuestionado ya que existen personas jurídicas de derecho público a las cuales el legislador expresamente califica de tales sin que formen parte de la estructura general del Estado, como los colegios profesionales.

Un cuarto criterio lo constituye el de *la creación del ente por un acto de poder público*. Es el criterio del origen de la entidad al cual se refiere Renato Alessi al reconocer el carácter público solamente a las entidades que tienen su origen directamente en un acto del poder estatal. En este sentido puede decirse que en nuestro país, sin temor a equívocos, son personas jurídicas de derecho público los Institutos Autónomos, el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela, ya que son creados directamente por el legislador.

Y por último, la doctrina ha hecho referencia al *criterio de la forma*, y según la cual, en esta teoría serían personas jurídicas públicas las que adopten una forma propia en esta rama del derecho (Derecho Público); y las privadas, las que adopten una forma que corresponde al derecho privado, como por ejemplo las Asociaciones Civiles, las Sociedades Civiles y las Sociedades Mercantiles, las cuales conservan su naturaleza jurídica privada aun cuando formen parte de la administración pública.

Como se observa, más que un criterio único, la doctrina ha hecho hincapié acerca de los signos o índices reveladores de la personalidad jurídica de derecho público, que pueden ser concurrentes.

A juicio de esta Corte, entre los índices mencionados existen tres que son fundamentales para determinar la naturaleza jurídica-pública de un determinado organismo a saber: su ubicación dentro de la administración pública, el disfrute de prerrogativas inherentes al Estado o su creación por un acto del poder público.¹²

Esa distinción identificaba a la “persona pública” con las organizaciones integradas al Estado (inicialmente las personas territoriales y posteriormente, los establecimientos públicos) que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho público (instituto autónomo, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho público; y en el mismo sentido, identificaba a las “personas privadas” con las organizaciones establecidas por los particulares o entidades privadas (sociedades y fundaciones), que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho privado (compañía anónima, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho

12 Véase en *Revista de Derecho Público*, n° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, pp. 149 a 151.

privado. Es decir, lo que se trataba de distinguir entre persona pública y persona privada, era en realidad, las personas de derecho público y las personas de derecho privado.

Por ello, en realidad, la situación jurídica actual de los sujetos de derecho lo que muestra es que esa distinción tradicional (persona pública/persona privada) se ha roto totalmente, al menos con relación a los elementos que le daban sentido.¹³

1. La interaplicación del derecho público y del derecho privado a los diversos sujetos de derecho

Para comenzar por el último de los elementos en los cuales se basaba dicha distinción, es decir, el régimen jurídico aplicable a la entidad, no puede decirse en la actualidad que el derecho público o el derecho privado sean el orden exclusivo de determinados sujetos de derecho: derecho público para sujetos estatales o para las personas jurídicas de derecho público, y derecho privado para los particulares o para las personas jurídicas de derecho privado.

En efecto, las personas jurídicas creadas por los particulares, si bien están sometidas a una regulación que les es propia (derecho privado), que puede ser incluso de aplicación preponderante, ella ni es exclusiva ni excluyente. No es exclusiva, pues el derecho privado se aplica sin discusión, en la actualidad, a todos los sujetos de derecho calificados usualmente como públicos, y en este sentido a entidades tradicionalmente consideradas como públicas como las personas político territoriales, en campos como el de la responsabilidad administrativa, por ejemplo, y a pesar de que se regule la misma en la propia Constitución (art. 141). Cuando el Estado era irresponsable, por supuesto, como sucedió en el absolutismo, para superar las injusticias que ello provocaba hubo que acudir a la ficción del "Fisco" que, como persona jurídica estatal sí estaba sometida al derecho privado. Así surgió la teoría del Estado-Nación y Estado-Persona-Fisco, superada desde el siglo XIX. El sometimiento del Estado al derecho -Estado de derecho- en efecto, dio origen a la reafirmación de la personalidad de los entes político territoriales, sometidos tanto a normas de derecho público como de derecho privado, y sujetos a la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen.

Por otra parte, el hecho de que las personas jurídicas creadas por los particulares, estén sujetas a la regulación que les es propia (derecho privado), ello tampoco es excluyente, pues además de las normas de derecho privado que se aplican como normativa propia a los particulares y a sus organizaciones, también se aplican a éstos –los cuales cada vez más se mueven bajo la sombra del Estado- las normas de derecho público, otrora reservadas a los entes del Estado.

Además, y bajo el otro ángulo, el derecho público tampoco es en la actualidad el cuerpo normativo exclusivo de los entes públicos, o de las personas jurídicas creadas por el Estado. La superación de las consecuencias de la consideración del Estado de derecho como Estado abstencionista mediante el desarrollo progresivo del Estado democrático y social de Derecho, de mecanismos de intervención del Estado en la actividad de los particulares y de participación estatal en actividades netamente económicas, inclusive sin

13 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho," *loc. cit.*, notas 2 y 10

carácter subsidiario frente a aquellos; ha provocado la aplicación sucesiva del derecho público a las entidades de particulares, tal como ha sucedido en el campo financiero. Por ello, por ejemplo, en muchas ocasiones un banco privado está sometido a mayores controles y normas propias del derecho público, que muchos entes autónomos del mismo Estado. El derecho público, por tanto, aun cuando es la normativa propia de las organizaciones del Estado, ni es exclusiva de ellas ni, como se dijo, excluye la aplicación a las mismas de normas de derecho privado.

En la actualidad, por tanto, hay una interaplicación evidente de normas de derecho público y normas de derecho privado a todos los sujetos de derecho.¹⁴ Lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de los entes a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o los particulares; o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico aplicable a los mismos, de normas de derecho público o de normas de derecho privado. Sólo el análisis del derecho positivo en cada caso concreto permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la "naturaleza" estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica (de derecho pública o privado) que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica.

Como consecuencia, los criterios que tratan de establecer una distinción entre personas públicas y personas privadas basadas en "el régimen jurídico en el cual se mueven"¹⁵ o en el "régimen jurídico al cual están sometidas dichas entidades,"¹⁶ ante la interacción e interaplicación permanente de las normas de derecho público y de derecho privado a los sujetos de derecho, en realidad no pueden tener valor como tales, pues a lo sumo, de ellos lo que puede resultar es una preponderancia de régimen jurídico de derecho público o de derecho privado aplicable. Esta preponderancia, en todo caso, resultará de la integración o no del ente a la estructura organizativa del Estado y de la forma jurídica adoptada para su personificación, y en todo caso será una consecuencia proveniente del derecho positivo, y no la causa de una pretendida distinción.

2. La variedad de las formas jurídicas adoptadas para los sujetos de derecho

Tal como se dijo, la distinción entre "personas públicas" y "personas privadas" entre otros factores, por otra parte, reposaba sobre la distinción de las formas jurídicas adoptadas, afirmándose que los entes públicos adoptaban las formas jurídicas admitidas por el derecho público, y los particulares, para actuar, utilizaban sólo las formas jurídicas reguladas y admitidas por el derecho privado. Así, en otras épocas había una perfecta identificación entre la naturaleza del ente -pública o privada-, y la forma jurídica adoptada -de derecho público o de derecho privado- y el derecho aplicable -derecho público o derecho privado-.

Ahora bien, cuando el Estado actuaba sólo bajo sus formas jurídicas político territoriales (República, estados, municipios, que ejercían el Poder Público) no era difícil

14 Cfr. íd. "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", *loc. cit.* pp. 23 a 73.

15 Cfr. E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.* p. 175.

16 Cfr. E. Lares Martínez, *Manual de derecho administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, p. 350.

identificar las formas jurídico públicas con la naturaleza pública del ente. Así, se podía afirmar que la República, los Estados y los Municipios eran de esas “personas públicas.” Bajo esta misma orientación, cuando a comienzos del siglo pasado el Estado comenzó a utilizar mecanismos de descentralización funcional para realizar actividades en forma indirecta (descentralización funcional), creó la figura jurídico pública del “establecimiento público” conforme a la terminología recogida en nuestro derecho positivo (art. 538 C.C.), entre los cuales destacan los institutos autónomos (art. 142 C.).

Hasta aquí, la identificación de “persona pública” con la forma jurídico personificada de derecho público era completa: las “personas públicas” tenían la forma jurídica que el derecho positivo admitía, establecidas en la Constitución ((República, estados, municipios) o creadas por ley o decreto (institutos autónomos), como propias de las entidades estatales; en cambio, las “personas privadas” o particulares estaban revestidas de la forma jurídica que destinaba la legislación civil o mercantil para ellas, es decir, las sociedades, asociaciones y fundaciones, constituidas conforme a lo previsto en el Código Civil.

Sin embargo esta identificación, otrora absoluta, fue quebrantada en todos los países contemporáneos con motivo de los efectos de las crisis de la pre y posguerra del siglo pasado. El derecho, sin duda, producto de la lucha de intereses, también ha sido y es producto de las crisis. Pues bien, aquellas crisis y sus componentes, como intervención del Estado en la economía, las nacionalizaciones, y las asunción o creación *ex novo* de empresas, provocaron que el Estado se saliera de sus moldes clásicos y acudiera a utilizar otras formas previstas en el derecho positivo que los usos político económicos habían reservado a los particulares, como la forma societaria civil y mercantil, y la forma fundacional regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio. Así, aparecieron innumerables organizaciones del Estado -personas estatales- con formas jurídicas de derecho privado, como las sociedades mercantiles de capital totalmente público o mixto (empresas del Estado), asociaciones civiles en las cuales un ente público era socio, y fundaciones en las cuales el Estado era el único fundador o uno de los fundadores.

Como consecuencia de ello, no pudo sostenerse más el criterio de que las formas jurídicas de las personas jurídicas se correspondían con la naturaleza de las mismas: públicas o privadas. La forma jurídica personificada consagrada en el derecho positivo adquirió así su real sentido, el de una pura y simple forma, abstracta, neutra, tanto en relación con el contenido estatal o no de la organización, como con el carácter público o no de la actividad que pudiese realizar, o con el régimen jurídico, de derecho público o de derecho privado, que pudiera serle aplicable. Tan sociedad mercantil era entonces una empresa del Estado como la creada por los particulares.

Por otra parte, no sólo fue el Estado el que recurrió a formas anteriormente reservadas a los particulares, sino que el propio derecho positivo, desde antes, venía reconociendo a ciertas corporaciones privadas carácter de personas jurídicas de derecho público, aun sin revestir las formas tradicionales establecidas en el derecho positivo. Así fue, por ejemplo, que a los colegios profesionales se los reconoció como personas jurídicas de derecho público -corporaciones o comunidades profesionales- (establecimientos públicos corporativos), a pesar de estar constituidas exclusivamente por particulares o profesionales los cuales, por ello, teóricamente debían acudir a las formas tradicionales que el derecho les reservaba (asociaciones civiles). Estas corporaciones, aun cuando se trata de comunidades de profesionales, no ha habido duda en considerarlas siempre y tradicionalmente como

personas de derecho público, aunque no integradas en la estructura general del Estado, dada la función y misión que tienen de control gremial de la actividad profesional.

De lo expuesto resultó con evidencia que no era posible identificar la persona pública o privada como antes se hacía, con base en la forma jurídica adoptada para operarla. Esta, la forma, no puede prejuzgar sobre la naturaleza -pública o privada, o estatal o no estatal- del ente. El Estado, para realizar sus actividades, ha acudido y acude a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos) o a formas originarias del derecho privado (sociedades mercantiles); y los particulares, por su parte, si bien han acudido y acuden normalmente a formas originarias del derecho privado, pueden acudir a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos corporativos) o participar en ellas.

En todo caso, y ello es incontestable, la forma jurídica regulada por el derecho positivo es un dato de extraordinaria importancia -como tal forma y exclusivamente como ella- para la comprensión de todo el fenómeno de la personalidad jurídica. De acuerdo a ello, como lo indica la Constitución venezolana de 1999 y se ha analizado anteriormente, las personas morales se clasifican en personas jurídicas de derecho público (formas originarias del derecho público) o personas jurídicas de derecho privado (formas del derecho privado). Pero ello, como forma, y salvo por lo que se refiere a las comunidades políticas de rango constitucional (personas jurídico político territoriales) no significa absolutamente nada sobre quién ni sobre cómo las constituyen, ni sobre la naturaleza de la actividad que realizan -pública o privada-, ni sobre su integración o no a la estructura organizativa del Estado, ni sobre el régimen jurídico -público o privado- que preponderantemente les es aplicable.

En este sentido, por ejemplo, como se ha señalado, son personas jurídicas de derecho público en el derecho positivo venezolano las siguientes: las personas político territoriales (República, estados federados, municipios) y las personas de derecho público no territoriales, como las comunidades públicas (indígenas y religiosas), las corporaciones públicas (colegios profesionales, universidades nacionales), las asociaciones de derecho público (mancomunidades) y los entes institucionales o fundacionales públicos (institutos autónomos). Son personas jurídicas de derecho privado, al contrario, las corporaciones privadas, como las comunidades de interés general (universitarias, sindicales, partidos políticos) y las asociaciones civiles y mercantiles (aun las creadas por el Estado y donde éste sea único accionista), y las fundaciones (aun las creadas por el Estado, y donde éste sea el único fundador).

Frente a esta clasificación y a pesar de que la forma jurídica de la persona no prejuzga sobre el régimen jurídico que le es aplicable, existe, sin embargo, una presunción en relación a la preponderancia de este régimen: las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho público tienen una presunción de preponderancia del derecho público en su régimen jurídico; al contrario, las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho privado tienen una presunción de preponderancia del derecho privado en su régimen jurídico. En tal sentido es que, por ejemplo, debe interpretarse la clasificación establecida en el artículo 29 Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, cuando distingue entre los “entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho público,” como las “creadas y regidas por normas de derecho público”, y los “entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho privado,” como las “constituidas y regidas de acuerdo a normas del derecho privado”.

3. La integración de los diversos sujetos de derecho a la organización del Estado

Otra de las premisas de la formulación clásica de la distinción entre personas públicas y personas privadas era la integración o no de las mismas a la organización general del Estado, es decir, si formaban parte de lo que en general se denomina Administración Pública del Estado. Las “personas públicas”, en esta forma, creadas con formas jurídicas de derecho público y con régimen de derecho público eran las que estaban integradas a la estructura del Estado y, por tanto, eran personas estatales; las personas privadas, en cambio, creadas por particulares, con formas jurídicas de derecho privado y sometidas a un régimen de derecho privado, eran las que no estaban integradas a dicha estructura organizativa del Estado y, por tanto, eran personas no estatales.

Sin embargo, este elemento de la distinción, al igual que los anteriormente analizados, fue también cuestionado por efecto de la propia realidad jurídico administrativa que demostró que no podía establecerse identificación alguna entre persona pública y persona estatal, o entre persona privada y persona no estatal.

En efecto, la intervención del Estado en el proceso económico llevó a éste a crear entes jurídicos con forma de derecho privado (sociedades anónimas, o fundaciones) con un régimen de derecho positivo casi íntegramente de derecho privado. Estos entes, a pesar de ello, sin embargo, eran y son personas jurídicas estatales en el sentido de que están integrados dentro de la estructura general de la Administración descentralizada funcionalmente del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de las empresas o las fundaciones creadas por el Estado o institutos autónomos, los que a pesar de su forma societaria y de su régimen jurídico se consideran económicamente como parte del sector público, y jurídicamente como parte de la Administración Pública descentralizada.

Por el contrario, algunas personas jurídicas de derecho público, con un régimen preponderante de derecho público, como por ejemplo las corporaciones profesionales (colegios profesionales), sin embargo, no pueden considerarse como personas estatales -a pesar de su forma o carácter de derecho público- ya que no están integradas a la estructura general del Estado ni se las puede considerar parte de la Administración Pública descentralizada del mismo.

La integración de determinados sujetos de derecho a la estructura general del Estado, por tanto, si bien es otro dato de enorme importancia para la comprensión de todo el universo de las personas jurídicas, responde a criterios también de carácter formal (orgánico) y no puede prejuzgar sobre la “naturaleza” (pública o privada) del ente. No puede decirse, en efecto, que toda persona jurídica integrada a la organización administrativa descentralizada del Estado es una “persona pública”, pues hemos visto cómo personas con formas jurídicas de derecho privado y régimen jurídico preponderante de derecho privado son parte integrante de la estructura estatal (sociedades anónimas de capital totalmente público, p. ej.), y a la vez, cómo personas jurídicas con formas de derecho público y régimen jurídico preponderante de derecho público no son parte integrante de la estructura general del Estado ni de su Administración Pública indirecta o descentralizada (colegios profesionales).

Por tanto, en la actualidad no pueden identificarse las “personas públicas” solo con los sujetos de derecho sometidos a un régimen preponderante de derecho público, ni sólo con aquellos que tienen una forma jurídica originaria del derecho público, ni sólo con aquellos sujetos integrados a la estructura del Estado. Persona pública y persona estatal son dos

nociones distintas que obedecen a distintas fundamentaciones (naturaleza del ente en un caso y organización formal en el otro), y por ello no deben confundirse. Lamentablemente, en muchos casos, aun cuando se reconoce que la distinción tradicional entre persona pública y persona privada no puede plantearse en los mismos términos que le dieron origen, sin embargo se acude a la distinción entre persona estatal y no estatal para fundamentar la misma distinción superada entre personas públicas y personas privadas, identificando en definitiva lo estatal con lo público y lo no estatal con lo privado, lo cual, evidentemente, no es adecuado¹⁷.

En este sentido, por ejemplo, si se analizan muchos de los intentos de la doctrina más moderna para establecer un criterio de distinción entre “personas públicas” y “personas privadas,” resulta que, en realidad, lo que se está distinguiendo son las personas estatales de las no estatales, según su integración o no a la organización del Estado. Así, uno de los elementos que José Antonio García Trevijano Fos aportó para la distinción era que los entes públicos eran “los que están con el ente de cobertura en una relación de derecho público, de manera que se encuadran en su organización general.”¹⁸ En similar posición se colocaba Fernando Garrido Falla, quien insistía que el “criterio fundamental para saber si una persona jurídica debe considerarse como de derecho público [es] su encuadramiento en la organización estatal”, aun cuando llegaba a la conclusión de que las sociedades anónimas creadas por el Estado están deliberadamente desplazadas de su propia organización administrativa.¹⁹ Salvo esto último, en realidad, el criterio de base que aducían ambos autores para distinguir las personas públicas de las privadas era en realidad válido para distinguir las personas estatales de las no estatales, lo cual, por sí mismo, no prejuzga sobre su naturaleza ni sobre su régimen jurídico.

Por otra parte, la distinción que introdujo Charles Eisenmann entre personas públicas y privadas también, en realidad, también era una distinción entre personas estatales y no estatales. En efecto, Eisenmann partió de la consideración de que la distinción entre personas públicas y personas privadas, sometidas las primeras a un régimen de derecho público y las segundas a un régimen de derecho privado (único sentido de dicha clásica distinción, en nuestro criterio) ya no existía,²⁰ pero concluyó señalando que “la distinción entre las instituciones públicas y las instituciones privadas se fundamenta esencialmente sobre la incidencia patrimonial o financiera de sus actividades; más exactamente, sobre el régimen jurídico de esta incidencia.”²¹ Con base en ello, señaló que las personas públicas serían aquellas en las cuales el costo de su actividad afectaba un patrimonio público, es decir, estaba cubierto esencialmente por recaudaciones obligatorias sobre patrimonios particulares, o por una masa de bienes y dinero que se separaban para constituirse en patrimonio distinto del patrimonio de una colectividad territorial.²² En realidad, este criterio

17 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, *loc. cit.*, nota 12.

18 Cfr. J. A. García Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid 1953, p. 155.

19 Cfr. F. Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid 1973, pp. 342 a 343

20 Cfr. Charles Eisenmann, "Prefacio" a E. P. Spiliotopoulos, *La distinction des institutions publiques et institutions privées en droit français*, Paris 1959, pp. III y IV.

21 *Ibíd.* p. V.

22 *Ibíd.* p. VI.

de distinción fundado sobre la incidencia patrimonial o financiera de los entes era una consecuencia de la distinción admitida por el derecho positivo entre personas estatales y no estatales, en el sentido de que la actividad de las primeras, al estar integradas a la organización general del Estado, tiene una incidencia patrimonial y financiera en un patrimonio público; pero no podía servir de fundamento para la pretendida distinción entre personas públicas y personas privadas, cuyo origen tuvo otro sentido: el distinto régimen jurídico.

Una problemática similar se ha planteado al estudiar a las empresas públicas, pero se ha resuelto identificando el término “empresa pública” con la organización económica para la producción de bienes y servicios del Estado.²³ En efecto, la noción de empresa pública no responde tampoco a una determinada forma jurídica de la organización económica, sino a la integración o no de dicha organización a la estructura general del Estado, o a la participación patrimonial del Estado en la misma. Así, hay empresas públicas sin personalidad jurídica integradas a la Administración central del Estado (por ejemplo, algunos fondos constituidos como patrimonios autónomos, o servicios autónomos sin personalidad jurídica); y empresas públicas con personalidad jurídica (Administración descentralizada) con forma de derecho público (institutos autónomos con fines económicos) o de derecho privado (sociedades mercantiles de capital público, a las cuales se denomina convencionalmente como “empresas del Estado”). En todos estos casos, el concepto de empresa pública como noción diferenciada de la empresa privada está fundamentado en la integración de la organización económica al sector público o en la participación del Estado en su patrimonio.

Pero, tal como se ha visto, la construcción de este criterio de empresa pública vinculado al carácter “estatal” de la organización ha obedecido a criterios y épocas distintas a la construcción de la diferencia entre persona pública y persona privada, por lo que identificar “persona pública” con “persona estatal” significaría desconocer el origen de aquella distinción y la realidad jurídica actual.

4. *El sentido de las clasificaciones*

Como conclusión de lo planteado anteriormente puede afirmarse que la distinción entre “persona pública” y “persona privada” pudo haber tenido sentido cuando se comparaban realidades extremas: por ejemplo, la República, por una parte, como Estado nacional que es una persona político territorial (forma jurídica constitucional originaria del derecho público) sometida preponderantemente a un régimen de derecho público; y por la otra, una sociedad mercantil constituida entre comerciantes (forma jurídica originaria del derecho privado) sometida preponderantemente a un régimen de derecho privado comercial. Para comparar y diferenciar estas realidades extremas -únicas que existían, jurídicamente hablando durante el siglo XIX- la distinción podría utilizarse, y argumentarse, además, como consecuencia de la calificación, que las personas públicas normalmente serían las creadas por ley en virtud del interés público que perseguían, que estaban sometidas vinculatoriamente a la ley, que ejercían potestades públicas, que tenían una indisponibilidad patrimonial y el sometimiento a un régimen financiero de derecho público; que producían actos administrativos en su actuación frente a los particulares (con las consiguientes

23 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967.

garantías procesales para éstos y privilegios y prerrogativas de la Administración; presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, etc.); que eran controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa, y que estaban sometidas a un control público (político o de tutela).

Sin embargo, cuando no se trata de distinguir realidades extremas y relativamente simples de diferenciar -y no hay que olvidar que ante la simpleza de las realidades a distinguir el criterio para diferenciarlas, consecuentemente, era un criterio simplista- no puede seguirse aferrando el análisis jurídico a aquel mismo criterio de diferenciación.

El problema, en todo caso, es un problema de derecho positivo, por lo que en la actualidad la distinción entre “personas públicas” y “personas privadas” no es posible establecerla, pues ese criterio de distinción entre esas realidades no sólo no proviene del derecho positivo, sino que no responde a la consecuencia que se perseguía cuando se formuló, que era distinguir el régimen jurídico -de derecho público o de derecho privado- aplicable a los sujetos de derecho.

En la actualidad, al contrario, el derecho positivo y la teoría jurídica nos muestran, en realidad, sólo dos criterios para afrontar la multiplicidad de realidades personificadas del Estado: primero, la integración o no de la persona jurídica a la estructura general del Estado distinguiéndose entre estatales o no estatales (que formen o no parte de la denominada Administración Pública descentralizada); y segundo, la forma jurídica adoptada por la entidad, originaria del derecho público (creación por ley o en virtud de una ley) u originaria del derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, dos son las preguntas que hay que formularse: primero: dicha persona jurídica, ¿está o no integrada a la estructura general de la Administración Pública del Estado?, y si lo está, ¿en qué forma? Es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal? Y segundo, dicha persona, ¿qué forma jurídica reviste o fue utilizada para su creación? ¿Tiene una forma jurídica originaria del derecho público o del derecho privado?

La respuesta a estas preguntas dará, sin duda, una serie de datos que podrán contribuir a construir, en el caso concreto, las modalidades del régimen jurídico de la persona jurídica y determinar las preponderancias que pueda haber en su régimen jurídico, del derecho público o del derecho privado.

Del resto, en nuestro criterio, no tiene mayor sentido que se intente encasillar los sujetos de derecho dentro de las nociones “persona pública” o “persona privada”, pues ello, en definitiva, no aporta nada desde el punto de vista del derecho positivo, salvo que se confunda -como es frecuente- persona pública con persona estatal, lo cual en nuestro criterio es incorrecto.

III. LOS CRITERIOS PARA LAS CLASIFICACIONES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, si se analiza el derecho positivo venezolano, tal como se dijo, en la clasificación de los sujetos de derecho sólo se distinguen los dos grupos señalados: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales.

1. *La distinción entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado*

En efecto, en relación con el primer grupo, como se ha dicho, es la propia Constitución la que da origen a la distinción en su artículo 145 al establecer que “quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República, y demás personas jurídicas de derecho público, o derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellos.”

No hay duda de que el constituyente para establecer tal prohibición, atendió a la integración del ente a la organización general del Estado, independientemente de que el ente tenga forma de derecho público o forma de derecho privado. Al establecer este principio, sin embargo, la Constitución estableció con toda claridad la clasificación entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado según la forma jurídica adoptada para crear o constituir el ente; distinción que también se recoge en el artículo 322 al referirse a “las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado,” como sujetos responsables de la seguridad de la Nación. La misma terminología se utilizó, además, en el artículo 318 C. cuando califica al Banco Central de Venezuela como “persona jurídica de derecho público.”

Esta distinción, por otra parte, es la que se sigue en el artículo 29 LOAP de 2001, al clasificar los “entes descentralizados funcionalmente” en dos tipos: en *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente “con forma de derecho público” que integran aquellas “personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público” las cuales pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas; y en *segundo lugar*, los entes descentralizados funcionalmente “con forma de derecho privado” que están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo con las normas del derecho privado.

En este mismo sentido el propio Código Civil, al enumerar las personas jurídicas, luego de identificar las personas político territoriales (art. 19.1) y mencionar a las Iglesias, por la razón histórica antes reseñada, y a las universidades (art. 19.2), hace referencia a que también son personas jurídicas “todos los seres o cuerpos morales de carácter público” (art. 19.2); y esta expresión no puede ser tomada sino en sentido formal de personas jurídicas de derecho público, pues el ordinal siguiente del mismo artículo 19 identifica como las personas jurídicas de derecho privado, a “las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado,” cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro respectiva.

La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado,²⁴ en nuestro criterio, resulta entonces evidente de los artículos 145 C.; 29

24 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en sentencia 1240 del 24 de octubre de 2000, al resumir la distinción ha señalado que: “el autor Jesús Caballero Ortiz, a manera esquemática clasifica a los organismos descentralizados funcionalmente en dos tipos de personas: personas de derecho público y personas de derecho privado. Dentro de las primeras se incluyen las siguientes: los institutos autónomos, las universidades nacionales, las sociedades anónimas creadas por ley y una persona de naturaleza única, como lo es el Banco Central de Venezuela. Dentro de las segundas se encuentran: las asociaciones civiles, las sociedades anónimas y las fundaciones (V. Jesús Caballero Ortiz, *Los institutos autónomos*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1995, p. 50 y 51)”, en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 378

LOAP; y 19 C.C.; y entre otros elementos de distinción (excepto por lo que se refiere a las Iglesias) está el dato de la creación o adquisición de la personalidad, la cual en las personas jurídicas de derecho público generalmente es *ex lege* o en virtud de la Constitución; y en cambio, en las personas jurídicas de derecho privado, es en virtud de la protocolización o registro de su acta constitutiva.

Conforme a esta misma orientación, estimamos que cuando algunas leyes se refieren a “personas morales de carácter público”, tal como lo hace la Ley de Abogados de 1966²⁵ para hacer obligatoria la retasa para quienes las representen en juicio (art. 26), en realidad se refieren a personas jurídicas de derecho público, es decir, con forma jurídica de derecho público, por lo que los representantes de una empresa del Estado constituida como sociedad anónima, en nuestro criterio, no estarían incluidos en la retasa obligatoria de honorarios a que se refiere esa norma.

En todo caso, debe señalarse que la distinción se había utilizado ampliamente en la legislación preconstitucional (C. 1999). Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario,²⁶ en la Ley Orgánica de Crédito Público²⁷ y en la Ley de Privatizaciones²⁸ se había incluido dentro de los organismos del sector público, entre otros, a los institutos autónomos y a las demás personas de derecho público (art. 1.3 y 2); en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,²⁹ al identificar los sujetos de control, se hacía referencia a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos, al Banco Central de Venezuela y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 5.º); en el Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública nacional, de los estados y de los municipios de 1985,³⁰ se hacía referencia, entre otras, a las personas jurídicas de derecho público con forma societaria (art. 2.11); en la Ley Orgánica del Trabajo³¹ en su artículo 668, al definirse el ámbito del sector público para el pago de prestaciones sociales adeudadas, se hacía referencia a las personas de derecho público de rango constitucional (lit. a), a los institutos autónomos (lit. c) y a las personas de derecho público descentralizadas territorialmente (lit. e), y a las demás personas organizadas bajo el régimen de derecho público (lit. g). En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público³², al definir el patrimonio público, se mencionaba el que correspondía a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 4.3).

En cuanto a las leyes postconstitucionales sustitutivas de las anteriores, debe mencionarse a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público dictada en 2004,³³ en la cual se utilizó la frase “personas jurídicas *estatales* de derecho público”

25 *Gaceta Oficial* n.º Extra. n.º 1.081 del 23 de enero de 1967

26 *Gaceta Oficial* n.º 36.916 del 22 de marzo de 2000

27 *Gaceta Oficial* n.º 35.077 del 26 de octubre de 1992

28 *Gaceta Oficial* n.º 5.199 Extra. del 30 de diciembre de 1997

29 *Gaceta Oficial* n.º 5017 Extra. del 13 de diciembre de 1995

30 *Gaceta Oficial* n.º 35535 del 21 de agosto de 1990

31 *Gaceta Oficial* n.º 5152 Extra. del 19 de junio de 1997

32 *Gaceta Oficial* n.º 3077 Extra. del 23 de diciembre de 1982

33 *Gaceta Oficial* n.º 37.978 del 13 de julio de 2004

(art. 6.7). Por su parte, en la Ley contra la Corrupción³⁴ de 2003 y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001³⁵ se utilizó la frase “personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales” (arts. 4.6; y 9.9). En cuanto al Código Orgánico Tributario,³⁶ en el mismo se utilizó la expresión: “personas de derecho público *no estatales*” (art.1.º).

2. *La distinción entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales*

Como resulta de lo anteriormente expuesto, la Constitución es precisa al utilizar la integración a la estructura general del Estado de un ente, cualquiera sea su forma jurídica, para establecer la prohibición de contratar con sus funcionarios refiriéndose a “las personas de derecho público o de derecho privado *estatales*” (art. 145). La misma expresión se ha utilizado en la Constitución para regular la extensión de la inmunidad tributaria de la República y de los Estados respecto de los impuestos municipales, a las “personas jurídicas estatales” creadas por ellos (art. 180), o al referirse a las “empresas del Estado” para regular las condiciones de elegibilidad de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 189). En estos casos, la Constitución ha atendido, antes que a la forma jurídica del ente, a su integración o no a la estructura general del Estado, lo cual se manifiesta, entre otros factores, por la participación patrimonial del Estado en el ente.

En el mismo sentido, se recurre al criterio de integración a la estructura general del Estado cuando se somete su control a “los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza” (art. 142) o cuando se precisa que las facultades de control por la Contraloría General de la República se extienden a las “personas jurídicas del sector público” (art. 289.3).

Por otra parte, en el orden legal, el derecho positivo ha adoptado en muchos casos el criterio de distinción entre personas estatales y no estatales para una determinada regulación, sin atender a su diversa forma jurídica. Así sucedió en innumerables leyes preconstitucionales. Tal fue el caso de la Ley que estableció el régimen para la conciliación, compensación y pagos de deudas entre organismos gubernamentales y entre éstos y los estados o los municipios del 1º de septiembre de 1975, en la cual se definió como “organismos gubernamentales” los equivalentes a lo que hemos denominado “personas estatales”, pues se identifican por su integración a la organización general del Estado.³⁷ De la sola lectura de la enumeración de dicha ley es claro que las entidades a las cuales se aplicaba eran las personas estatales, que se denominan “organismos gubernamentales”,

34 *Gaceta Oficial* n° 37.606 del 09 de enero de 2003

35 *Gaceta Oficial* n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001

36 *Gaceta Oficial* n° 4727 Extra del 27 de mayo de 1994

37 *Gaceta Oficial* n° 30.800 del 20 de septiembre de 1975. De acuerdo con el artículo 1.º de dicha Ley, en efecto se entiende por organismos gubernamentales a los efectos de la misma: 1. Los órganos del poder nacional (la República) y los Institutos Autónomos; 2. Las sociedades en las cuales la República, y los institutos autónomos tengan participación mayor de 50 % del capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 3. Las empresas en las cuales las sociedades y fundaciones a que se refiere el ordinal anterior tengan participación mayor del 50 % de su capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 4. Los fondos y patrimonios separados que se crearen de conformidad con la Ley.

independientemente de su forma jurídica -se incluía allí, indistintamente, a la República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, p. ej.-, y el criterio que utilizaba para identificar estas personas estatales -organismos gubernamentales- era la integración a la estructura general del Estado, en unos casos identificada a través de aportes patrimoniales del mismo.

Igualmente, otras leyes habían utilizado el mismo criterio de distinción entre sujetos de derecho, basado en su integración o no a la estructura general de la organización del Estado. Esto también lo hizo la Ley de remisión, reconversión y consolidación de las deudas de los productores agropecuarios del 2 de julio de 1974,³⁸ al establecer la distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales a los efectos de la reconversión, remisión y consolidación de la deuda agraria. En las personas estatales, que se denominaban “organismos o entidades de carácter público”, se incluía, independientemente de su forma jurídica, a la República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y cualquiera otra persona jurídica integrada a la estructura general del Estado, es decir, que formase parte del sector público.

En la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976,³⁹ por otra parte también, se recogió la misma distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales según su integración o no al sector público, y básicamente según criterios presupuestarios; y en sentido similar se establecía en la también derogada Ley Orgánica de Crédito Público de 1976.⁴⁰

38 Véase *Gaceta Oficial* n° 30.448 del 15 de julio de 1974. El artículo se refería al “Estado”, sus organismos de crédito agrícola o pecuario, los bancos del Estado o aquellos en los cuales tenga hasta un 50 % de su capital, las corporaciones, las empresas agroindustriales con mayoría de capital del Estado o cualesquiera otros organismos o entidades de carácter público entre cuyas funciones esté la de atender financieramente a la producción agrícola o pecuaria.

39. Véase *Gaceta Oficial* n° 1.893 Extra. del 15 de julio de 76. El artículo 1.º establecía: “La presente Ley establece los principios y normas básicos que regirán el proceso presupuestario de los organismos del Sector Público, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. El poder nacional. 2. Los estados y los municipios. 3. Los institutos autónomos, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y demás personas de derecho público en las que los organismos antes mencionados tengan participación. 4. Las sociedades en las cuales el poder nacional y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional. 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50 %. 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas”.

40 “Artículo 2º. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. La República, los Estados, las municipalidades, los Institutos Autónomos y demás personas de derecho público; 2. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o superior al 51 % del capital social; 3. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o superior al 51 %; 4. Las funciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas referidas en el presente

En estas normas, sin duda, entre las personas jurídicas estatales que integraban el sector público se incluía a las personas político territoriales, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, independientemente de la forma jurídica que revistieran.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1997,⁴¹ por otra parte, al definir las entidades que integraban el sector público a los efectos del pago de prestaciones sociales, enumeró las siguientes: *en primer lugar*, las personas de derecho público territoriales: a. Las personas de derecho público de rango constitucional; *en segundo lugar*, las personas de derecho público no territoriales estatales: c. Los institutos autónomos; d. Las universidades nacionales; e. Las personas de derecho público descentralizadas territorialmente; g. Las demás personas organizadas bajo régimen de derecho público; y *en tercer lugar*, las personas de derecho privado estatales: f. Las fundaciones y asociaciones civiles del Estado.

Estas regulaciones desembocaron en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público de 2000,⁴² en la cual se identificaron como “entes u organismos que conforman el sector público,” en su artículo 6º, las siguientes personas jurídicas: *En primer lugar*, las personas jurídicas de derecho público territoriales, que son: 1. La República; 2. Los estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los municipios.

En segundo lugar, las personas jurídicas de derecho público no territoriales estatales, que son: 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público; y

En tercer lugar, las personas jurídicas de derecho privado estatales, que son: 8. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales la República o alguna de las personas jurídicas antes mencionadas tenga una participación igual o mayor al 50% del capital social; 9. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales las empresas del Estado antes mencionadas tengan una participación igual o mayor al 50% del capital social, y 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas personas jurídicas estatales cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuada por una o varias de las personas jurídicas estatales, represente el 50% de su presupuesto.

En esta norma, es claro que lo que interesa al legislador para definir el ámbito de la Administración financiera del sector público es esto último, el sector público conformado por entes integrados al Estado o financiados por el Estado.

Por último, en el análisis del derecho positivo preconstitucional debe destacarse la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982,⁴³ en la cual se consideraba (art. 4.º) como “patrimonio público” aquel que correspondía por cualquier título, *en primer lugar*, a las personas de derecho público territoriales: 1. La República; 2. Los estados y municipios; *en segundo lugar*, a las personas de derecho público no territoriales estatales: 3. Los institutos autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación; y en

artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas”.

41 *Gaceta Oficial* n° 5152 Extra. del 19 de junio de 1997.

42. Véase *Gaceta Oficial* n.º 37.978 del 13 de julio de 2004.

43 Véase *Gaceta Oficial* n° 3.077 Extra. del 23 de diciembre de 1982.

tercer lugar, a las personas de derecho privado estatales: 4. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al 50% del capital. Quedaban comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50 %; 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las personas.

La Ley Orgánica de Salvaguarda fue derogada por la Ley contra la Corrupción⁴⁴ de 2003, en cuyo artículo 4° se considera como “patrimonio público” aquél que corresponde, primero, a las personas jurídicas de derecho público político territoriales, noción que comprende a las que ejercen el poder público nacional, estatal y municipal (ords. 1.° a 5.°), y no territoriales, lo que comprende a los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales (ord. 6.°), al Banco Central de Venezuela (ord. 7.°), a las universidades públicas (ord. 8.°), y a las “demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales” (ord. 9.°), es decir, estatales; y segundo, a las personas de derecho público estatales, como las “sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los ordinales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas” (ord. 10.°), “las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los ordinales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto” (ord. 11). Una enumeración similar está en el artículo 9.° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001⁴⁵.

Conforme a todas estas normas del derecho positivo, por tanto, resulta que las personas jurídicas estatales configuran los organismos gubernamentales, titulares del patrimonio público y que conforman el sector público; por oposición a las personas jurídicas no estatales o no gubernamentales o que no forman parte del sector público ni su patrimonio forma parte del patrimonio público.

APRECIACIÓN FINAL

De lo anterior resulta que en el derecho administrativo contemporáneo, la clásica distinción entre “personas públicas” y “personas privadas,” establecida mediante la aplicación de variados criterios, en general, resultaba en la distinción basada en la forma jurídica utilizada, entre persona de derecho público o persona de derecho privado, de manera que “persona pública” en definitiva equivalía a “persona jurídica de derecho público;” o resultaba en la distinción basada en la integración o no de la entidad respectiva al sector público (al Estado), entre persona jurídica estatal o persona jurídica no estatal, de manera que “persona pública,” en definitiva, equivalía a “persona jurídica estatal.” Sin embargo, en las primeras, es decir, en las personas jurídicas de derecho público, puede

44 *Gaceta Oficial* n.° 5.637 Extra. del 7 de abril de 2003.

45 *Gaceta Oficial* n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

haber personas jurídicas no estatales; y en las segundas, es decir, en las personas jurídicas estatales, puede haber personas jurídicas de derecho privado.

Por ello, la clásica distinción entre persona pública y persona privada, en realidad, no sirve para identificar los sujetos de derecho, salvo que se utilice buscando distinguir las personas según su forma jurídica, entre personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas de derecho privado); o según su integración o no a la organización del Estado, entre personas jurídicas estatales o personas jurídicas no estatales.

El derecho administrativo, en todo caso, siguiendo lo que decía Hauriou, puede considerarse como el derecho de las “personas administrativas” entendidas estas, por una parte, como las personas jurídicas de derecho público (independientemente de que estén o no integradas en la organización general del Estado); y por la otra, por las personas jurídicas estatales, independientemente de que tengan forma de derecho público o de derecho privado.

New York, mayo 2012