

**“UNA VISION MERCANTILISTA PARA LA INNOVACION EN POLITICAS PÚBLICAS.****CASO VENEZOLANO”*****Elianne ESTECHE DE F.***

**Abstract:** En ocasiones como mercantilista he cuestionado la forma de gestionar la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, utilizando una forma jurídica de Derecho Privado como es la sociedad anónima. Los entes de Derecho Público necesitan de ciertas formas jurídicas para lograr sus fines. Sin embargo, la sociedad anónima no es la más indicada. En una empresa prestadora de servicios debe imperar el interés público, social; la ganancia debe estar dirigida hacia la satisfacción de los intereses de la comunidad. Incluso, la utilización de estas figuras, propias del Derecho Privado por el Estado ha venido derogando principios de Derecho Mercantil.

**Palabras claves:** Políticas Públicas - Derecho Mercantil - Sociedad Anónima – Asociación.

**Abstract:** As a business and commercial lawyer, at times, I have questioned the way the State manages public services using a legal form of private law such as the limited company. Public law entities need certain types of legal forms to achieve their objectives. However, the limited company is not the most indicated. In a business that provides services, public and social interest should prevail and the gain should be directed towards the satisfaction of community interests. In addition, the use of these instruments by the State, which belong to Private Law, have been repealing Commercial Law principles.

**Key words:** Public policy -business and commercial law - limited company - Association.

**PLANTEAMIENTO**

La innovación en el sector público debe entenderse como un proceso asociado a la actividad de prestación de los servicios públicos y a la definición de políticas públicas, siendo la Administración Pública la encargada de ensamblar con su gestión la acción del gobierno en dicho proceso. En este caso, el planteamiento está dirigido a la innovación en la forma en que el Estado ha venido gestionando la prestación de los servicios públicos visto desde un enfoque iusprivatista, aplicado a la Administración Pública, buscando su transformación en función de una nueva forma de gestión. El escenario ha cambiado, mantener modelos anteriores es tanto como impedir el desarrollo mismo del Estado que esta asfixiado sin capacidad de respuesta.

La nueva realidad exige que el Estado asuma un rol de ente regulador, impulsor no protagonista, que con una estructura organizativa compartida con la ciudadanía sea el nuevo gerente de la Nación. Incluso, debe cambiarse la identidad municipal a fin de redimensionar su posición estratégica cercana a la población, entendiéndose que la eficacia de la política pública está directamente relacionada con las características particulares de las poblaciones hacia las cuales se dirige la acción pública del Estado, quien debe conocerlas para lograr su satisfacción.

La Administración Pública es imprescindible en tanto es el instrumento del que se vale el Estado para lograr sus fines, pero en éstos debe estar el responder a las necesidades de los particulares, y partiendo del hecho real de la ineficiencia, es fundamental su transformación, abandonando la implementación de políticas públicas desde una instancia única. El Estado debe

reconocer la existencia de un binomio inseparable: servicios públicos de calidad-gestión eficaz y eficiente. Para lo cual tiene que integrar todos los intereses en juego y entregarle a cada uno su cuota de responsabilidad, interactuando con ellos. La Administración Pública debe abandonar su función gestora de un sistema centralizado para impulsar la participación de la multiplicidad de actores, obviando la discusión de la supremacía de lo público o privado, aquí el interés es la integración.

Partiendo de aquí, el cuestionamiento comienza con la utilización por parte del Estado -como lo hizo en el siglo pasado- de las llamadas Empresas Públicas con forma de sociedad anónima, que para los retos que debe enfrentar la Administración Pública no son viables. Ariño, menciona la necesidad de un cambio radical de enfoque en la propia naturaleza de estas empresas, a las cuales prefiere ver como Empresas con Participación Pública, asignándole un nuevo status jurídico, muy diferente al que la doctrina administrativa construyó para la Empresa Pública.<sup>1</sup> Visto desde la óptica del Derecho Público puede no resultar extraña su utilización, a pesar de la ineficiencia y la falta de criterios uniformes; pero desde el Derecho Privado, estas formas derogan principios de Derecho Mercantil, situación que tal vez justifica la actual deslegitimación de las Instituciones Públicas y la falta de eficacia en su gestión, siendo que las Empresas Públicas gozan de papel protagónico en Venezuela.

Las nuevas corrientes insisten en manifestar que el sector público y el privado deben darse la mano y colaborar para abordar retos comunes en beneficio de la sociedad. Existen fórmulas de colaboración pública-privada como las asociaciones, que permiten compartir el esfuerzo, el riesgo, reservando para la Administración Pública, el rol de garante de su funcionamiento a fin de optimizar la calidad de los servicios públicos. Al margen del intervencionismo estatal, de las nacionalizaciones, de las privatizaciones o de la descentralización misma, incorporar al sector privado a través del capital en la financiación de infraestructuras o en la explotación de bienes de titularidad pública o del dominio público, por parte de compañías concesionarias o la prestación de servicios por actores privados contribuye a que lo público sea más eficiente y sostenible, sin menoscabo de la calidad de los derechos sociales o de la titularidad pública. Igualmente incorporar al sector privado a través de la experiencia privada, en cuanto a la forma de gestionar con una visión empresarial, puede ser la solución para obtener una gestión pública de calidad, y si al mismo tiempo se implementan normas de "Buen Gobierno", la realidad es otra.

Asumiendo el protagonismo de la Administración Pública como ente modulador de la gestión del Estado es preciso dirigir sus políticas hacia la transformación de la estructura organizacional implementada por el Estado, no solo como una forma de optimizar la prestación de los servicios públicos -innovando en la utilización de otras formas jurídicas que se adecuen a los requerimientos actuales como son las asociaciones público-privadas-, sino en razón de que se está afectando la seguridad jurídica y aquí la eficacia o eficiencia no se mide simplemente en la satisfacción de los ciudadanos sino que va más allá abarcando el riesgo-país en el ámbito internacional, frenando la inversión y el desarrollo sustentable.

#### ANTECEDENTES

Para la comprensión integral del tema, es preciso iniciar en el origen mismo de las Personas

---

<sup>1</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Las sociedades mercantiles. 4ª edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela: 1998. Pág. 762.

Jurídicas, así como su clasificación y definición. Para Osorio,<sup>2</sup> persona es “todo ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física; como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones”. Las personas se clasifican en naturales y jurídicas, las primeras son todos los individuos de la especie humana; las segundas, siendo producto del desarrollo histórico de las sociedades, surgidas en el campo del Derecho Privado en el siglo XV, son definidas por Aguilar<sup>3</sup> como aquellas que sin ser individuos de la especie humana pueden ser titulares de derechos o deberes jurídicos. Desde el tiempo de los romanos el estudio del Derecho distinguía: Derecho Público, que regulaba la condición del Estado romano y Derecho Privado, que miraba la utilidad de los particulares.<sup>4</sup> Así, las personas jurídicas podían ser: de Derecho Público, identificadas como entes de base territorial-siendo considerada fundamental para su calificación-, incluidos los Estados, las Provincias, los Departamentos y los Municipios; y de Derecho Privado, aquellas que no tenían base territorial, como las fundaciones, asociaciones, sociedades civiles y mercantiles. Vistas así, eran dos compartimientos estancos, separados, fácilmente distinguibles en función del territorio. A mediados del siglo XIX surge en Francia la figura del “establecimiento público”, el cual sin tener base territorial, era considerado como una persona de Derecho Público; así la base territorial dejó de ser el ítem diferenciador entre una persona jurídica de Derecho Público y una de Derecho Privado. En virtud de estola doctrina en su labor planteó una nueva corriente en donde la distinción se establecía en función de ciertos índices de reconocimiento o publicidad, entre ellos: el ente debía ser creado por el Estado; estar sometido al control administrativo del Estado; facultado por el ordenamiento para dictar actos de autoridad; disfrutar de prerrogativas de poder público; el fin perseguido debía ser público.<sup>5</sup> Si resultaban positivos, la calificación del ente era de Persona Jurídica de Derecho Público. Esta tesis recibió grandes confrontaciones demostrando que la existencia de estos índices en una persona jurídica no le otorgaba pertenencia al Derecho Público, creando incertidumbre en relación con el régimen jurídico a aplicar.

A la incertidumbre anterior se sumó -agravando mucho más la situación- la posición asumida por el Estado al intervenir directamente en la actividad económica para satisfacer necesidades sociales en relación con la prestación de servicios públicos esenciales (electricidad, comunicaciones, transporte, etc.), utilizando formas jurídicas de Derecho Privado, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles y mercantiles, específicamente la sociedad anónima bajo la forma de Empresa Pública.

“...la eficiencia y la eficacia en el Estado tiene un contenido social distinto al de las empresas privadas. El interés privado por la valorización o el incremento de los excedentes, ganancias o rentabilidad, constituye para el empresario una forma de medir el uso productivo de su inversión, realizada precisamente para obtener un dinero adicional al invertido...en la actividad pública, el dinero debe ser evaluado en su rentabilidad social y no en su rentabilidad y uso financiero. Dicho de otra manera, la medición del uso de los recursos monetarios por parte del Estado, no se encuentra relacionada con la ganancia o la captación de más dinero que el empleado. Esta se

---

<sup>2</sup> OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina: 1984. Pág. 569.

<sup>3</sup> AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Personas. Derecho Civil I*. 20ª edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela: 2007. Pág. 437.

<sup>4</sup> COLMENARES MARTINEZ, Jorge. *Régimen Legal de las Personas Jurídica sin Fines de Lucro. Las Fundaciones*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela: 1995. Pág. 24, 25.

<sup>5</sup> PEÑA SOLIS, José. *Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I, la Organización administrativa venezolana*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela: 1995. Pág. 64.

encuentra directamente vinculada con el cumplimiento de los propósitos sociales para los cuales se programaron y aplicaron”.<sup>6</sup>

Bajo esta realidad, comenzaron a competir internamente dos intereses absolutamente diferentes: el interés de lucro propio de la sociedad anónima, con el interés social que pretende lograr el Estado con su participación en la sociedad. La aplicabilidad de un régimen u otro, o la calificación como de Derecho Público o Privado, llegó a establecerse por la prevalencia o no de dicha participación, no obstante, en ocasiones no resultaba determinante, aduciendo otros supuestos (aun cuando la participación no sea mayoritaria), tales como control en el funcionamiento de la empresa conforme los fines del Estado, responsabilidad al intervenir en su conducción y administración,<sup>7</sup> imponiéndose en ocasiones que el Derecho Público tiene siempre preeminencia sobre el Derecho Privado, al que puede vulnerar (ignorar) con base en intereses públicos. Incluso se dice que el Estado participa en sociedades con un interés público no empresarial, sin tener intereses ni fines mercantiles sino políticos y sociales.<sup>8</sup>

Finalmente, para alcanzar una distinción aproximada entre personas jurídicas de Derecho Público y personas jurídicas de Derecho Privado, es necesario recorrer el velo de algunas realidades para percibir que tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia presentan un conjunto de imprecisiones que impiden llegar a la constitución de un modelo teórico que permita señalar con claridad científica cual es la verdadera distinción.<sup>9</sup> Colmenares<sup>10</sup> afirma que personas jurídicas de Derecho Público son todas las instituciones de utilidad común organizadas por virtud de un acto administrativo de un órgano del poder público ya sea nacional, regional o municipal, definición que resulta adecuada en tanto no involucra al Derecho Privado, ni siquiera en la forma.

#### FORMAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO UTILIZADAS POR EL ESTADO. CASO VENEZOLANO

El artículo 145 de la Constitución Bolivariana de Venezuela reconoce la existencia de personas jurídicas de Derecho Privado Estatal es al mencionar: “Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado, y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. 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 podrán celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación o de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley”. Nótese que el calificativo es de Personas Jurídicas de Derecho Privado Estatales.

El tratadista venezolano, Brewer-Carias,<sup>11</sup> realiza una clasificación de las formas jurídicas utilizadas por el Estado, en los siguientes términos:

<sup>6</sup> HUAYLUPO ALCAZAR, Juan Alberto. “Las Políticas Públicas en un contexto de Privatización de la práctica social del Estado”. Tomado de [www.kenwa.ucr.ac.cr/](http://www.kenwa.ucr.ac.cr/) (2013). Pág. 16.

<sup>7</sup> GOLDSCHMIDT, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas, Venezuela: 2003. Pág. 131.

<sup>8</sup> MUCI BORJAS, José Antonio. *El Abuso de la Forma Societaria. “El Levantamiento del Velo Corporativo”*. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela: 2005. Pág. 135

<sup>9</sup> SANCHEZ FALCON, Enrique. “La distinción entre Personas Jurídicas de Derecho Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado”. En *Revista de Derecho Público*. Nº 15. Julio-septiembre. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela: 1983. Pág. 82.

<sup>10</sup> COLMENARES MARTINEZ, Jorge. Ob. Cit. Pág. 27.

<sup>11</sup> BREWER-CARIAS, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo 2. 2ª edición. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela: 1982. Pág. 298.

Formas jurídicas de Derecho Público o establecimientos públicos:

Establecimientos públicos institucionales (Institutos autónomos)

Establecimientos públicos corporativos (Universidades, Colegios profesionales y Academias nacionales)

Establecimientos públicos asociativos (Sociedades de Derecho Público)

Formas jurídicas de Derecho Privado

Sociedades mercantiles de capital público

Asociaciones civiles de interés público

Fundaciones de interés público

Esta clasificación si bien resulta adecuada en cuanto a la identificación de las formas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado, no así su estructura en cuanto las formas jurídicas de Derecho Privado son de dos tipos: Fundacionales y Asociativas, y dentro de estas últimas se encuentran las asociaciones, que de acuerdo a su fin -independientemente que el interés sea público- no son únicamente civiles. Sin embargo, conviene prestar especial atención a la consideración del capital como público para las sociedades mercantiles y no el interés.

En todo caso, es fundamental entender que estas formas jurídicas de Derecho Privado, a saber fundaciones, asociaciones y sociedades mercantiles, se rigen por el Derecho Privado, con la salvedad de que algunas asociaciones y sociedades "del Estado" son en realidad Corporaciones; y algunas "fundaciones del Estado", creadas para prestar servicios públicos, son en realidad "Institutos autónomos".<sup>12</sup> Incluso no todas las formas jurídicas denominadas Corporaciones, jurídicamente lo son; por ejemplo, la Corporación Venezolana de Fomento, nunca fue una Corporación sino un Instituto autónomo, por tanto, una persona de Derecho Público. Así como algunas Corporaciones son verdaderas Sociedades mercantiles debido a la traducción equivocada del término inglés "corporation".<sup>13</sup> Por tal razón, privarlas mediante un artificio legal o administrativo de su carácter de organizaciones, regidas por el Derecho Privado para sustraerlas del campo de aplicación del artículo 52 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, que menciona: "Toda persona tiene el derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho", constituiría una flagrante violación del derecho de libre asociación que les otorgó dicho artículo, y un claro incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de "facilitarlo".

"...El Estado, al igual que cualquier otra persona, tiene el derecho de crear fundaciones o de intervenir en la constitución de asociaciones o sociedades. Unas veces el Estado procede en pleno ejercicio de sus funciones públicas, con un don de imperio. En otras, actúa como lo haría cualquier particular o persona privada. En este último caso (es decir, cuando las personas creadas por el Estado actúan en el mismo nivel y de la misma manera que lo haría cualquier organización particular), son de naturaleza esencialmente privada. El Estado, en lo que atañe a esas asociaciones puede establecer pautas o directrices para sus representantes, como lo haría cualquier persona jurídica privada que esté creando una asociación, y limitarles sus facultades de representación. En caso de excederse esos representantes en el ejercicio de esas facultades,

<sup>12</sup> ITRIAGO MACHADO, Antonio y Miguel. *El Derecho de Libre Asociación en la Nueva Constitución venezolana*. Ediciones del Escritorio Dr. Pedro L. Itriago P. Caracas, Venezuela: 2001. Pág. 78.

<sup>13</sup> AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 46, 47.

podría decirse que el consentimiento del Estado, al crear o formar parte de dichos entes, estuvo viciado; pero de allí a establecer normas que se apliquen a todas las fundaciones, asociaciones civiles y sociedades del Estado, incluso a las constituidas por entes donde el Estado sólo tiene una participación, existe un largo trecho jurídico...<sup>14</sup>

Ahora bien, asimilado esto, es preciso identificar cada una de estas formas así como las consecuencias de su utilización por parte del Estado. Para ello partimos de la vieja clasificación en el Derecho Privado, que distingue dos agrupaciones: las de tipo fundacional y las de tipo asociativo. Dentro de las primeras se encuentran las Fundaciones, las cuales presuponen, la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes (substrato real) a una finalidad, sin que exista un conjunto de personas que integren el ente (aun cuando siempre habrá una o más personas que lo creen). Mientras que las formas de tipo asociativo, presuponen, una pluralidad -al menos inicial- de personas (substrato personal), interesadas en la obtención de un fin común, y la afectación permanente y exclusiva por parte de ellas de un conjunto de bienes (substrato real) a la consecución de dicho fin.<sup>15</sup>

En el Derecho venezolano, al constituirse una fundación-a diferencia de los entes asociativos-, el Estado adquiere la obligación de supervigilancia, razón por la cual debe suponerse que en cierto sentido participa de la voluntad del fundador, lo cual podría justificar algunas exigencias legales, como que la fundación tenga fines de utilidad general o pública. Debe entenderse que su utilización por parte del Estado, como lo afirma Garrido y Socorro<sup>16</sup> no crea por vía legal una persona jurídica para atender una determinada actividad, sino que simplemente acude a una forma jurídica pre-existente y procede a realizar el acto fundacional necesario para dar vida, en el marco del Derecho común, a una persona jurídica que se ocupará de realizar determinados fines.

“En Venezuela, la característica de fundación dada a diversos organismos se debe en gran parte a que el Poder Ejecutivo nacional quiso crear organismos descentralizados, y al no poder hacerlo por decreto bajo la forma de instituto autónomo (pues la creación de institutos autónomos es materia de reserva legal a partir de la Constitución de 1961, artículo 230), lo hizo bajo la forma aparente de fundación privada, siendo que, obviamente, los organismos creados tenían todas las características propias de los institutos autónomos y eran en consecuencia de creación irregular. En tales casos encontraremos sustancialmente un instituto autónomo, pero bajo la forma jurídica de fundación”.<sup>17</sup>

Dentro de las personas jurídicas de Derecho Privado de tipo asociativo, se encuentran: las corporaciones, las asociaciones propiamente dichas y las sociedades.

Las corporaciones, son aquellas en las cuales predomina el interés público, colectivo sobre el interés privado, individual. Son mandadas a crear por una ley que regula su funcionamiento. Tienen sustrato real (el aporte de cada miembro). Su patrimonio es privado y no está adscrita a ninguna persona jurídica de Derecho Público territorial. Son personas jurídicas autónomas.<sup>18</sup>

En cuanto a las asociaciones y sociedades, resulta fundamental su distinción, en virtud del

<sup>14</sup> ITRIAGO MACHADO, Antonio y Miguel. Ob. Cit. Pág. 61, 82.

<sup>15</sup> AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Ob. Cit. Pág. 443.

<sup>16</sup> VILORIA, Enrique. “Las formas jurídicas de las empresas públicas en Venezuela”. En *Revista de Derecho Público*. Nº 14. Caracas, Venezuela: 1983. Pág. 62.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 122.

<sup>18</sup> RAMIREZ SANCHEZ, Jesús Alberto. *Derecho General y Mercantil*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela: 1993. Pág. 63.

cuestionamiento en torno a la utilización de la sociedad anónima por parte del Estado, frente a una propuesta central que busca justificar en el uso de asociaciones, la innovación en la gestión de la prestación de los servicios públicos, por tanto la distinción va a ser lo más detallada posible.

En primer lugar, la distinción deriva de la finalidad, del objeto que los miembros se proponen, considerándose tradicionalmente el ánimo de lucro como la característica esencial de la sociedad que la contrapone a la asociación que persigue un fin social, religioso, cultural, deportivo, gremial, etc. En el derecho venezolano<sup>19</sup> la sociedad no reconoce otra causa que la obtención de ganancias, pudiendo ser repartidas, acumuladas, ahorradas, invertidas, etc., es tanto la búsqueda de un incremento en el patrimonio como evitar su disminución, lo que implica un fin económico de acuerdo con el artículo 1649 del Código Civil (1982). Si bien es cierto, una asociación se diferencia de una sociedad, en cuanto al fin económico perseguido por esta última; éste debe ser entendido en tanto y cuanto genere ventajas patrimoniales para cada socio, en la asociación lo que ellos obtengan, los socios, pasa a formar parte de la asociación. Es decir, puede haber un fin económico (Ver: artículo 1 de la Ley de Asociaciones Cooperativas del 2001), solo que no es para los socios. Independientemente de las asociaciones con un interés público, como son las asociaciones profesionales, gremiales o políticas, en las asociaciones de interés privado (interés del que muchas veces se vale una asociación para ejercer una actividad lucrativa), no existe un aporte con el interés de obtener a cambio una utilidad, un beneficio, no hay la voluntad, la intención. Vale decir, en la asociación, una vez que los asociados efectúan el aporte para conformarla (que este no será cualquiera, sino el que determine el documento constitutivo), no existe la obligación de parte de los directivos que al final del año, en el cierre del ejercicio económico, repartan las utilidades que han producido dichos aportes dentro de la actividad que realizó la asociación en ese período, sino que será para el momento en que se produzca la disolución, liquidación, partición o extinción de la asociación, que es cuando ese acervo patrimonial, no capital, va a distribuirse entre sus asociados. Mientras que, en la sociedad hay ánimo de lucro que se refleja en el hecho de que una vez que los asociados efectúan su aporte para constituirse en sociedad, tienen derecho a exigir periódicamente que se les entregue sus respectivos dividendos, correspondientes con el aporte que el socio haya efectuado y en función de la utilidad que obtuvo la compañía durante ese período, que si no tienen liquidez para la fecha de entrega, no importa, porque contablemente va a registrarse y cuantificarse, lo que no sucede en las asociaciones. Para concluir, si el aporte de los asociados se hace sin fines de lucro, es porque la asociación no debe tener fin de lucro para ellos, y es allí donde se encuentra la explicación jurídica y económica, el aporte constituye el objeto de la obligación del asociado, y no el objeto de la asociación, ese aporte se hizo sin intención lucrativa. Por tanto, el aporte se encuentra presente en ambas figuras jurídicas, solo que de acuerdo con la intención, la voluntad o el fin que lleve dicho aporte, es que va a distinguirse una de otra. Si el fin del aporte es únicamente el objeto de la obligación, es asociación, constituyendo así el aporte la causa del contrato. Mientras que si el aporte es el objeto de la asociación, es sociedad, constituyendo el aporte la causa de la sociedad. La distinción entre una y otra, no radica en la actividad lucrativa que pudiesen realizar, como ligeramente suele afirmarse, sino en el fin primordial.

En cuanto al régimen jurídico previsto para las asociaciones, es diferente si se trata de Asociaciones Privadas o Asociaciones Públicas del Estado, gubernamentales o de interés público -

<sup>19</sup> ESTECHE DE FERNANDEZ, Elianne. *Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano*. Universidad de los Andes. Ediciones del Rectorado. Talleres Gráficos Universitarios. Centro de Estudios Rurales y Andinos. Mérida, Venezuela: 2007. Pág. 324.

como quiera que sea la terminología utilizada por el legislador patrio-. Las primeras, siendo reconocidas como personas jurídicas y disponiendo de un procedimiento expreso para su adquisición (artículo 19 del Código Civil), no tienen reglamentación adecuada a su constitución, organización y funcionamiento, no están reguladas de manera orgánica, ni sistematizada en un instrumento jurídico que recoja los diferentes medios de asociación y la normativa a cumplirse en cada caso para que puedan quedar satisfechos los fines propuestos, sino que separadamente se han dictado disposiciones para regular cada tipo de asociación (Partidos Políticos, Sindicatos, Cooperativas, etc.). Mientras que, para las del Estado, en virtud del crecimiento indiscriminado de órganos de carácter público constituidos bajo la forma de fundaciones, asociaciones y sociedades civiles; y por la forma organizativa tan variada, que no respondía en todo caso al tipo de actividad, sino a los más diversos criterios (particulares, circunstanciales, políticos), fue dictado el Decreto 677 referido a las Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones similares (1985), considerando como asociaciones y sociedades civiles del Estado aquellas que poseían el cincuenta por ciento (50%) o más de las acciones o cuotas de participación y aquellas en cuyo patrimonio existía aportes de los órganos de la Administración Central, institutos autónomos y entes de derecho público no territoriales de la Administración Central, asociaciones o sociedades civiles o mercantiles en las cuales la República y los institutos autónomos, conjunta o separadamente, tuvieran participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, asociaciones o sociedades civiles o mercantiles en las cuales las personas mencionadas, conjunta o separadamente, tuvieran participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, fundaciones constituidas o dirigidas por algunas de las personas referidas o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas en la misma proporción, siempre que tales aportes hubiesen sido hechos en calidad de socios o miembros. Nótese, que el señalado Decreto no las calificaba como públicas, sino del Estado, utilizando la preposición “de”, contenida en la contracción “del”, en su sentido (figurado, lógicamente) de “posesión” o “pertenencia” y no como un determinativo de la naturaleza o carácter de la institución.<sup>20</sup> Además, no hacía referencia a las sociedades mercantiles del Estado, solo a las civiles, por tanto no se corresponde la referencia a la posesión del 50% o más de las acciones.

En todo caso, la asociación fue utilizada para crear organismos que reunían difícilmente las características de una empresa pública, como de fomento y financiación de ciertas actividades, sobre todo agrícolas (Fondo de Desarrollo Frutícola; el Fondo de Desarrollo del Ajonjolí, etc.).<sup>21</sup> Esta forma particular de utilizar esta tipología, resulta interesante para el sector privado, en cuanto participan los particulares en la dirección y en la gestión. Son constituidas con el concurso de los particulares a fin de lograr objetivos comunes a los sectores públicos y privados dentro del marco de una persona jurídica que, como asociación civil sin fines de lucro, permite obtener fines institucionales en beneficio de la colectividad,<sup>22</sup> que es lo que se pretende justificar desechando a la Empresa Pública o del Estado con forma de sociedad anónima. Aún cuando el término “sin fines de lucro” es redundante, siendo una asociación.

En relación al régimen jurídico previsto para las Sociedades, hay que distinguir si la sociedad es civil o mercantil. Una sociedad mercantil es aquella que ejecuta uno o más actos de comercio (artículo 200 del Código de Comercio), mientras que las civiles son aquellas que no

<sup>20</sup> ITRIAGO MACHADO, Antonio y Miguel. Ob. Cit. Pág. 80.

<sup>21</sup> BREWER-CARIAS, Allan. Ob. Cit. Pág. 503.

<sup>22</sup> VILORIA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 123.

realizan tales actos, sino los esencialmente civiles. Estas últimas reguladas en el Código Civil (1982), con una reforma sustancial en 1942; mientras que las mercantiles su regulación es de vieja data, la normativa aún se encuentra contenida en el Código de Comercio (1955), con ínfimas modificaciones, que lo sitúan prácticamente en la época de la codificación francesa (1808). El ordenamiento jurídico venezolano ni siquiera cuenta con una Ley de Sociedades que responda a las necesidades actuales. La tipología prácticamente está orientada hacia la sociedad tradicional, con una connotación de comerciante local. Los grupos societarios, consorcios y figuras empresariales del mundo globalizado no encuentran en dicha normativa fundamentación jurídica, solamente a través de leyes especiales se ha tratado de solventar la situación. En consecuencia, las sociedades mercantiles no cuentan con un organismo regulador y contralor de sus actividades, como lo es en el Derecho Comparado la Superintendencia de Sociedades. Únicamente las sociedades anónimas sometidas a régimen especial como las Empresas de Seguros, las Empresas operadoras en el Mercado de Capitales, los Bancos y otras instituciones financieras, disponen de estos organismos tomando en cuenta que hay que proteger el ahorro, la inversión pública, incluso las Cooperativas como generadoras de beneficios colectivos que contribuyen con la mejoría de la economía popular están sometidas a la Superintendencia de Cooperativas.

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio, las sociedades mercantiles son de las especies siguientes: Sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita, sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada, siendo la anónima la forma jurídica de Derecho Privado comúnmente utilizada por el Estado, y es a la que vamos a referirnos en tanto es la forma jurídica calificada como Empresa Pública o Empresa del Estado, reconociendo desde ya, que la inexistencia de una regulación específica para estas organizaciones, a las cuales se aplican principios de Derecho Público y, concurrentemente, normas de Derecho Privado, ha planteado problemas a los cuales ha habido necesidad de dar solución jurisprudencial o precisar doctrinalmente, así, ciertos criterios aportados han permitido dar una idea de lo que configuran estos entes utilizados por el Estado, adoptando diferentes modalidades: sociedades con participación única del Estado o sociedades públicas unipersonales, sociedades de capital público y sociedades de economía mixta<sup>23</sup> o simplemente sociedades mercantiles, como anteriormente se calificaban.

Algunos autores justifican la utilización de la forma de sociedad anónima en la ausencia de la calificación de comerciantes. Las sociedades mercantiles son comerciantes previsto expresamente por el artículo 10 del Código de Comercio, sin embargo, bajo este supuesto de vinculación a entes públicos o a funciones públicas, no adquieren dicha cualidad en virtud del artículo 7 del mismo código al señalar: la Nación, los Estados, el Distrito Federal(Distrito Capital), los Distritos y los Municipios no pueden asumir la cualidad de comerciantes pero pueden ejecutar actos de comercio y, en cuanto a ellos, quedarán sujetos a la ley mercantil. De acuerdo con esto no resulta posible aplicarles las normas referidas al estatuto del comerciante, procedimiento de atraso y quiebra (recordando que en el Derecho venezolano dichas instituciones son de exclusiva aplicación a comerciantes). Para algunos autores, en caso de retardo o cesación en los pagos se comprometerían los intereses de la Nación, de los Estados, etc. Otros autores agregan, para justificar su utilización, que si el ente público efectúa actos de comercio, lo hará en función de la realización de un cometido estatal diferente de la búsqueda de una ganancia. Por ello, la norma deberá ser entendida en general para todos los entes públicos, enumerados o no por el artículo

<sup>23</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 758.

7,<sup>24</sup> considerando que los actos de comercio se realizan con ánimo de obtener un beneficio social no lucrativo que es el que busca el comerciante. En este mismo contexto, afirma Ramírez,<sup>25</sup> cuando el Estado ejecuta actos de comercio no lo hace como comerciante en cuanto no puede adquirir dicha cualidad en virtud del artículo 7 anteriormente citado, el beneficio o ganancia no es lucro para sí, sino beneficio para la comunidad, un beneficio social.

No obstante, asumir este razonamiento significaría negar la Teoría General de los Actos de comercio, al afirmar que el acto de comercio no va a llevar implícito un interés de lucrarse sino un interés social, lo cual es propio de una asociación y no de una sociedad. Además, siendo natural al acto de comercio la obtención de lucro, expresamente el artículo 1649 del Código Civil dispone "...la realización de un fin económico común" para los entes societarios, los intereses económicos persiguen como fin fundamental el lucro.

Pero la situación se complica, por una parte, porque la tendencia administrativa moderna busca reivindicar para las empresas del Estado el carácter de comerciantes;<sup>26</sup> y por otra, porque siendo que la naturaleza propia de los actos de comercio es la búsqueda de lucro, y las sociedades anónimas o Empresas del Estado con forma de sociedad anónima, en sus relaciones con los particulares celebran actos de comercio, como lo previene el artículo 2, ordinal 7 del Código de Comercio: son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente para "las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica"; sin embargo, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico Nacional estos actos no lo son, al expresar "...se declaran como servicio público las actividades de generación, transmisión, despacho del sistema eléctrico, distribución y comercialización".

Otros autores por su parte, justifican la utilización de las sociedades anónimas en la flexibilidad que presentan para la realización de actividades industriales y comerciales.<sup>27</sup>

Caso especial constituye la sociedad anónima pública unipersonal, utilizada por el Estado para sus fines, incluso para la nacionalización de las empresas, interviniendo directamente en la economía; en cuanto desde el punto de vista mercantilista, esta forma de intervenir es considerada como una "desviación funcional de las sociedades".<sup>28</sup> Analicemos algunos tópicos que motivan las dudas sobre la verdadera naturaleza jurídica de la sociedad anónima pública unipersonal.

En el Derecho venezolano, específicamente la sociedad unipersonal se encuentra permitida mas no regulada por el artículo 341 del Código de Comercio, previendo: "...la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad". El legislador, en la última reforma al Código de Comercio (1955) introduce esta norma permitiendo que la sociedad continúe con su giro económico, a pesar de no existir una pluralidad de sujetos (socios o accionistas según el caso). Y se dice que están permitidas mas no reguladas, en cuanto nada dispone sobre la forma en que va a

<sup>24</sup> MARMOL MARQUIS, Hugo. *Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General*. Ediciones Liber. 4ª edición. Caracas, Venezuela: 1999. Pág. 136.

<sup>25</sup> RAMIREZ SANCHEZ, Jesús Alberto. Ob. Cit. Pág. 169.

<sup>26</sup> MARMOL MARQUIS, Hugo. Ob. Cit. Pág. 137.

<sup>27</sup> VILORIA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 124.

<sup>28</sup> CHACON GOMEZ, Nayibe. *Las Sociedades Unipersonales. ¿Ruptura de la Teoría Contractual o Patrimonio Separado?* Serie: Trabajos de Ascenso Nº 13. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela: 2008. Pág. 99.

seguir operando o funcionando. Si bien es cierto, se consideró a la sociedad anónima como una forma eficiente, per se, para manejar los asuntos del Estado-y hoy por hoy en el ámbito privado de las sociedades mercantiles es la única utilizada por los particulares en el tráfico comercial venezolano-, la unipersonalidad rompe con el esquema estructural de estos entes, atentando contra su esencia.

Entre los mercantilistas muchas dudas han quedado como materia pendiente a resolver en una reforma futura, como por ejemplo: ¿Si se requiere la publicidad, por medio de la inscripción en el Registro Mercantil de la nueva condición de unipersonalidad de la sociedad?; o ¿si la sociedad mantiene o no la personalidad jurídica y los efectos que de ella se derivan?; o, ¿cual será la responsabilidad patrimonial del socio?; o el simple hecho de que si bien pueden disponer de administradores y comisarios externos, las asambleas pierden su esencia, su naturaleza de órgano deliberante de la sociedad, como siempre se ha definido. Pero en tal caso, la situación prevista por la norma citada, debe darse con posterioridad a su constitución, la unipersonalidad es sobrevenida. Sin embargo, Empresas del Estado como Petróleos de Venezuela, Sociedad Anónima; Siderúrgica del Orinoco “Alfredo Maneiro”; Corporación Eléctrica Nacional; entre otras, han sido creadas, vale decir constituidas con un socio único, el Estado venezolano, por decreto o ley, otorgándoles desde su constitución un tratamiento diferente. Es decir, la fuente de creación del ente jurídico es la ley, manteniéndose la posibilidad en normas de reciente promulgación como la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001), al establecer en su artículo 27: “El ejecutivo nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la sociedad anónima con un solo socio”. O la Ley Orgánica de Administración Pública(2008), en su artículo 103: La República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y los entes a que se refiere esta Ley, podrán tener participación en todo tipo de sociedades, suscribir o vender acciones e incorporar nuevos accionistas del sector público. Podrán constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como accionistas únicos. En los casos de procesos de privatización se seguirá el procedimiento establecido en la legislación correspondiente.

En el primer caso, crea empresas de su exclusiva propiedad adoptando formas jurídicas por decreto incluyendo sociedades anónimas con un solo socio; en el segundo caso, el Estado tendrá participación en sociedades, así como constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como accionista único, que son las consideradas con participación única, que a los efectos es tanto como decir que es el único propietario. En el primer caso, solamente las denomina empresas de su exclusiva propiedad, sin calificarlas de públicas, o estatales; en el segundo caso, habla de participación sin denominarlas mixtas. Dudando sobre la posibilidad de constituir sociedades de responsabilidad limitada, en razón de que el legislador mercantil les impuso un límite a su capital, motivando su ausencia en el tráfico mercantil o comercial actual.

Igualmente se cuestiona, si en materia de Derecho Privado, específicamente en el Derecho Societario, constituir sociedades mediante declaración unilateral no es posible; y si para el caso de la unipersonalidad antes indicada, la cual debe ser sobrevenida, aun se tienen considerables dudas, ¿cómo el Derecho Público, es decir, el Estado o sus órganos puedan hacerlo al ser autorizado por ley especial, cuando asumimos o entendemos que el Estado quiere o su intención es utilizar la forma y solo la forma de sociedad anónima?. En otras palabras, si no hay una forma de constituir sociedades anónimas unipersonales en el Derecho Privado, ¿cómo es permitido por el Derecho Público? La pregunta va referida a todos aquellos que aseguran que en estos casos el

Estado utiliza una forma jurídica de Derecho Privado para sus propios fines, ¿cual es la forma jurídica del Derecho Privado? si no hay sociedades anónimas constituidas con un socio único. Y da igual referirnos a la sociedad anónima o a otras formas jurídicas que considere convenientes, como dispone la normativa, si fuese el caso de asociaciones por ejemplo. Solamente podrá entenderse si la intención del legislador fue incorporar estructuras jurídicas de colaboración empresarial como podrían ser los consorcios, los cuales no son considerados personas jurídicas. El estudio jurídico de la sociedad en el Derecho venezolano determina según el artículo 1649 del Código Civil que, “la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en contribuir...”, destacando por un lado, su naturaleza contractual; y por otro, la necesidad de que sean dos o más personas, y en el caso de las unipersonales públicas, la constitución no fue llevada a cabo por una pluralidad de sujetos, no surge luego como unipersonalidad sobrevenida, aquí se está hablando de la constitución por parte de una sola persona, que para los efectos ni siquiera podría denominarse socio, aun cuando tal vez “accionista” si la acepción se utiliza en términos de propietario de acciones. En otros casos, a pesar de constituirse con participación del Estado y los particulares, han sido nacionalizadas, quedando el Estado como único propietario, pero con particularidades y normativas inexistentes en el Derecho Privado para estos entes, a tal punto por ejemplo que algunos autores como Viloría<sup>29</sup> sostienen que en este tipo de sociedades con participación única del Estado, la participación es de gestión, “el Estado tiene la totalidad del capital de la empresa y, en consecuencia, se confunde en el propio Estado el carácter de propietario y administrador de la misma, puesto que aquel nunca delega la administración de sus propias “empresas”.

Aparte de esto, algunos autores llegan a afirmar que “...resulta abiertamente contrario al principio de división de los poderes y a la consecuente función creadora de normas jurídicas del Poder Legislativo, esta práctica de atribuir a la Administración Pública la potestad de crear, por si misma, organismos descentralizados de Estado, disponiendo así la forma en que deben llevarse a cabo ciertas funciones públicas creando puestos o empleos públicos y sustrayendo del control presupuestal, sin autorización legislativa, los recursos financieros y dominiales asignados al cumplimiento de esas funciones descentralizadas” como menciona Krieger.<sup>30</sup> Incluso, la propia terminología es incompatible, “sociedad con un solo socio” o “como accionistas únicos”. De ahí que, como dice Chacón<sup>32</sup> y Hung<sup>33</sup> entre otros, se prefiera denominarlas Empresas. El capital no será social, en razón de la inexistencia del aporte por parte de una pluralidad de personas.

Otro punto a considerar, es la situación del régimen societario con respecto a la propiedad de las acciones, que de acuerdo con Morles,<sup>34</sup> el problema se plantea en términos de compatibilidad

<sup>29</sup> VILORIA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 127.

<sup>30</sup> COLMENARES MARTINEZ, Jorge. Ob. Cit. Pág. 95.

<sup>31</sup> Ver: artículo 103 de la Ley Orgánica de Administración Pública: “La creación de las empresas del Estado será autorizada por la Presidenta o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes, según corresponda, mediante decreto de conformidad con la ley. Adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente, donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación. Los trámites de registro de los documentos referidos a las empresas del Estado, estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral”.

<sup>32</sup> CHACON GOMEZ, Nayibe. Ob. Cit. Pág. 138.

<sup>33</sup> HUNG VAILLANT, Francisco. *Sociedades*. 5ª edición puesta al día. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela: 1999. Pág. 77.

<sup>34</sup> MORLES HERNANDEZ, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 760.

del régimen societario con el ejercicio del derecho de propiedad de las acciones por parte del ente público accionista. La Ley Orgánica de Administración Pública con respecto a la participación del Estado dispone en el artículo 104: “En los casos de empresas del Estado nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere esta Ley, que sea titular de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta Ley”.

Aunado a esto el artículo 26 numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), establece que las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los estados, los municipios u otros entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de setenta mil Unidades Tributarias (70000 U. T.), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal en razón de su especialidad; deben proponerse por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableciendo una jurisdicción especial escapando de la propia mercantil.<sup>35</sup>

Obsérvese además, en cuanto a la denominación social, situaciones como esta, el artículo 202 del Código de Comercio, señala: La compañía anónima y la compañía de responsabilidad limitada deben girar bajo una denominación social, la cual puede referirse a su objeto, o bien formarse con cualquier nombre de fantasía o de persona, pero deberá necesariamente agregarse la mención de “Compañía Anónima” o “Compañía de Responsabilidad Limitada”, escrita con todas sus letras o en la forma que usualmente se abrevian, legibles sin dificultad. Sin embargo, por citar un ejemplo, el artículo 19 del Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico Nacional (2000), menciona: “La Gestión del Sistema Eléctrico Nacional será ejercida por una empresa propiedad de la República, cuya representación será ejercida por el Ministerio. Dicha empresa girará bajo la forma de sociedad anónima y su régimen, funcionamiento, administración y organización se establecerán en sus Estatutos Sociales. A los efectos de este reglamento, la referida empresa se denominará Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico”. O por ejemplo, superadas las diferencias entre una Corporación y una Sociedad Anónima, de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico Nacional (2010), la Corporación Eléctrica Nacional, es calificada como corporación siendo una sociedad anónima.

El caso es que todas estas empresas sobre todo las prestadoras de servicios, como dice Sandia,<sup>36</sup> han ocasionado: confusión de las funciones de planificación, regulación, fiscalización y prestación de los servicios en un mismo nivel del Poder Público (el Nacional) lo cual hace que los servicios sean ineficientes y que el usuario no tenga una instancia autónoma e independiente a la cual acudir cuando se sienta vulnerado en sus derechos como destinatario de los servicios, la circunstancia de que el Poder Nacional es el responsable de la prestación del servicio, no ha permitido a los Municipios asumirla como un deber y en consecuencia existe una especie de rechazo por parte de estos últimos en la disposición de medios y recursos para su desarrollo, y asunción plena; la dispersión de las normas que regulan los servicios y que la propia administración pública nacional en algunos casos desconoce, no reflejan claridad para el sector privado.

<sup>35</sup> VALERI ALBORNOZ, Paul. *Curso de Derecho Mercantil*. Ediciones Líber. Caracas, Venezuela: 2004. Pág. 57.

<sup>36</sup> SANDIA DE SEGNINI, María Elena. *Leyes sobre los Servicios Públicos Domiciliarios: Agua, Electricidad. Gas*. Colección Textos Legislativos Nº 23. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela: 2001. Pág. 47.

No representan tanta dificultad, las sociedades de capital público, en cuanto la constitución se verifica con la suscripción del capital por parte de dos o más entes públicos, aun cuando en ocasiones la participación es ficticia no real.

En relación con las sociedades anónimas de economía mixta, se caracterizan por la presencia de los sectores públicos y privados en la administración y dirección de la sociedad. Pudiendo ser en relación de participación mayoritaria, paritaria o minoritaria del Estado. Por citar algunos ejemplos, la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001), concibe esta tipología en los términos del artículo 22 como empresas, previendo: el Estado podrá realizar las actividades primarias mediante empresas donde tenga el control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social las cuales a los efectos de este Decreto Ley se denominan empresas mixtas. Según Adrián,<sup>37</sup> la noción de empresa a la que alude el artículo 22, no puede identificarse con la de una persona jurídica, pudiendo ser propiedad de uno o varios empresarios, personas naturales o jurídicas. Sin embargo, la importancia que han tenido los empresarios bajo la forma de sociedad anónima, que explotan un solo negocio, ha hecho que el término sea -erróneamente- identificado con el de tal tipo de sociedad, pudiendo ser las empresas mixtas sociedades anónimas o cualquier otra forma jurídica; como igualmente lo previó el legislador en el artículo 27 anteriormente citado, para las llamadas Empresas del Estado, cuando menciona “adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes”. El mismo autor cree que la flexibilidad estructural prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, es también aplicable a las empresas mixtas.<sup>38</sup>

No obstante, el comentario anterior, en 2008 la Ley Orgánica de Administración Pública, en el artículo 102, estableció: Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social. De acuerdo con esto, las Empresas Mixtas son aquellas en las que el Estado tenga el control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del 50% del capital social. Nótese que se califican de empresas mixtas no de personas jurídicas. Mientras que, las Empresas del Estado, son personas jurídicas de derecho público, constituidas bajo las normas del derecho privado, en las cuales van a estar los entes del Estado solos o conjuntamente, con una participación mayor al 50 %. Nótese que se califican de Empresas del Estado no públicas, además de equiparar el término empresa con persona jurídica. En consecuencia, se entiende que el legislador consideró que las empresas mixtas no son del Estado, y no son personas jurídicas. Sin embargo, tomando en cuenta que para las Empresas del Estado igual que para las Empresas mixtas se habla de participación mayor al 50%, queda de diferencia simplemente el calificativo dado por el legislador, en cuanto a las mixtas en función de la participación, también deberían ser Empresas del Estado, pero no personas jurídicas de Derecho Público. Otro ejemplo puede encontrarse en la Ley del Sistema y Servicio Eléctrico Nacional, al disponer en su artículo 10: “...El Estado, a través del operador y prestador del servicio a que se refiere esta Ley, podrá conformar empresas mixtas destinadas a la construcción de obras, producción y suministro de bienes y

<sup>37</sup> ADRIAN HERNANDEZ, Tomas. “El nuevo régimen legal de la participación de los particulares en las actividades primarias petroleras a través de las empresas mixtas”. En *Ensayos de Derecho Mercantil. Libro Homenaje a Jorge Enrique Núñez*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje. Nº 15. Caracas, Venezuela: 2004. Pág. 54.

<sup>38</sup> Ídem, pág. 55.

servicios que sirvan de insumos a las actividades del Sistema Eléctrico Nacional. A tal efecto, el Estado se reservará el control de las decisiones y operación de las mismas, al mantener una participación no menor del sesenta por ciento (60%) de su capital social”.

Por otra parte, el hecho de que las empresas mixtas en Venezuela deban necesariamente tener una participación mayoritaria del Estado, trae como consecuencia que se le apliquen ciertas leyes especiales como son: La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; la Ley de Licitaciones; y la Ley Contra la Corrupción, las cuales tampoco muestran uniformidad. En todo caso, con respecto a la modalidad de empresa mixta, la participación mayoritaria es del Estado venezolano, la toma de decisión y control la ejerce el Estado venezolano, en consecuencia la normativa limita sensiblemente el ámbito de participación de los particulares, o en el mejor de los casos resulta casi imperceptible.

Finalmente, a todas luces mantener Empresas del Estado bajo forma de sociedad anónima con las características antes señaladas, no resulta jurídicamente acertado, como tampoco bajo el modelo de Empresa Mixta propuesto por la legislación, sin mencionar la desarmonía jurídica que ocasiona, y asumiendo la calificación dada para las Empresas del Estado de personas jurídicas de Derecho Público, por parte de la Ley Orgánica de Administración Pública, el régimen a aplicar resulta contradictorio. A menos que, consideradas como instituciones de utilidad común organizadas por virtud de un acto administrativo de un órgano del poder público ya sea nacional, regional o municipal, encuentren en el propio Derecho Público su regulación -como se ha defendido en las cooperativas la aplicabilidad del Derecho Cooperativo o para las sociedades el Derecho Societario-,<sup>39</sup> bajo un calificativo de Empresas Públicas, unificando criterios en torno a las Empresas con participación Estatal, ya sea considerando: participación en el capital aportado; control en el funcionamiento; responsabilidad en la conducción y administración; etc., así como la diversidad de porcentajes.

Resulta fundamental que el Derecho Público asuma y califique las diferentes formas jurídicas a través de las cuales va a gestionar sus servicios a la vez que le permita mantener la coherencia entre la naturaleza jurídica propia del ente creado y su función social, a fin de legitimar su actuación. No es jurídicamente aceptable modificar la esencia, la naturaleza lucrativa en función del fin económico común que busca la sociedad frente a un fin público que implica tanto como un interés fundamentalmente social. Igualmente no es jurídicamente aceptable bajo la normativa vigente en el derecho venezolano, la constitución de una sociedad anónima unipersonal; y que en función de esta creación -aplicable también a las de participación-, se someta una forma jurídica de Derecho Privado, a la normativa propia del Derecho Público.

Considerando el caso venezolano, una vez comprendida la posición jurídica de las Empresas Públicas con forma de Sociedad Anónima, es razonablemente justificable la situación crítica en que se encuentra la prestación de los servicios públicos, en cuanto el Estado ha minimizado la participación del sector privado. Por ello, siendo obligatorio y necesario transformar la estructura asumida por las Empresas Estatales o de participación estatal, a fin de asegurar en ellas la eficiencia y efectividad, la propuesta está dirigida a la selección de la forma jurídica más apropiada que satisfaga las necesidades y requerimientos de la población como fin primordial.

---

<sup>39</sup> ESTECHE DE FERNANDEZ, Elianne. “Naturaleza jurídica de las cooperativas”. En *Revista Derecho y Reforma agraria. Ambiente y Sociedad*. Segunda Época. Enero-diciembre. Nº 37. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela: 2011. Pág. 67.

A MODO DE PROPUESTA: Gestión Pública bajo el concepto de “Buen gobierno”. Asociaciones público-privadas para innovar.

Considerando la visión iusprivatista de la exposición, es preciso enfocar la atención en las asociaciones público-privadas. El Estado debe abrirse a otras opciones encaminadas a la liberación de los servicios públicos integrando al sector público y el privado, permitiendo la participación ciudadana. Las políticas públicas no pueden seguir condicionando el mantenimiento del monopolio Estatal en la prestación de los servicios públicos, en cuanto no genera transparencia, confianza -tanto en el inversor como en los ciudadanos frente a las instituciones- y sobre todo credibilidad, tanto en el nivel central como en el nivel local. Si bien es cierto permanece la intervención del Estado en materia económica, la misma es a través de una gestión pública integral, lo que implica gobernar bajo nuevos parámetros en donde la transformación debe comenzar por abandonar la forma tradicional en función de la empresa pública con forma de sociedad anónima, para dar lugar a modelos que ofrezcan servicios de calidad, y aquí la experiencia de la gerencia privada, competitiva y participativa es fundamental. El problema no es que el Estado intervenga sino la forma de hacerlo, y aquí conviene referirnos a la Teoría del “Corporate Governance”, la cual surge en el Derecho Societario, en Estados Unidos. Sus principios fueron diseñados para ser aplicables en empresas cotizadas en los mercados de valores. Posteriormente fueron aplicados por todo tipo de empresas, aún cuando sus límites permanecían dentro de los confines del Derecho Privado por decirlo de alguna forma, sin embargo, hoy por hoy se busca establecer principios aplicables a las empresas públicas, de participación estatal o de entes gubernamentales, incluso a entidades de gobierno como Municipalidades, Gobernaciones Estatales, Ministerios y demás organismos del Estado.<sup>40</sup>

Esta teoría, propone una serie de reglas o normas que fundamentalmente buscan controlar los comportamientos abusivos por parte de quienes ejercen el poder societario, como dice Fushimi, con la intención de brindar verdaderamente más transparencia y garantizar mejores prácticas societarias, partiendo de la idea de maximizar el valor de las acciones representativas del capital social de la sociedad mercantil a través de la autorregulación.<sup>41</sup> Para el autor, el abuso en el ejercicio del poder plantea conflictos entre administradores y accionistas; entre accionistas mayoritarios y minoritarios; y entre accionistas y acreedores; en donde, “valiéndose de una situación privilegiada que le permite contar con información clasificada, oportunidad y medios, se ve tentado a utilizar estos elementos en beneficio propio o de un grupo reducido y en desmedro de los intereses del resto de los interesados (accionistas, inversores, acreedores, el fisco, trabajadores, etc.)”.<sup>42</sup>

La teoría del gobierno corporativo de las sociedades mercantiles procura lograr mecanismos que garanticen una mayor participación de los inversores (individuales e institucionales) en el proceso de toma de decisiones y de control de la gestión societaria, a la vez que también se persigue como objetivo que los administradores actúen conforme a pautas y estándares de buen, leal y diligente hombre de negocios, a fin de brindar mayor transparencia en las practicas societarias, lo que garantizaría el primer objetivo.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> SOSA MENDOZA, Pedro I. y REYNA GIMENEZ, Manuel. “El Buen Gobierno Corporativo y la Responsabilidad Social Empresarial”. Tomado de [www.venemcham.org/demo/alianza/visiones](http://www.venemcham.org/demo/alianza/visiones) (2004). Pág. 222.

<sup>41</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando. “Falencias de la Teoría del Corporate Governance”. En *Ensayos de Derecho Empresario*. Nº 5. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). Córdoba, Argentina: 2009. Pág. 85, 88.

<sup>42</sup> Ídem, pág. 91.

<sup>43</sup> Ídem, pág. 97.

Ahora bien, llevada su aplicabilidad a cualquier empresa, específicamente a las empresas prestadoras de servicios públicos no implicaría maximizar el valor de las acciones porque en tal caso la referencia es hacia sociedades del mercado bursátil, sino que resultaría valor para la empresa misma con lo cual junto con ella se logra el beneficio para los usuarios de dichos servicios, la población.

“...Se piensa que el mercado de bienes y servicios también premiara a aquellas empresas que adopten estándares de transparencia y autorregulación, puesto que aquellos administradores y controlantes que actúan contrariamente a los intereses sociales o de los accionistas, lo que terminan haciendo en definitiva, es distraer -en beneficio propio- recursos que deberían volcarse a la producción de bienes y servicios, lo que termina quitándole competitividad en el mercado. Es decir, dada la utilización indebida de la estructura societaria en beneficio de los administradores o grupo de control, la misma comienza a tornarse ineficiente en su actividad principal, lo que necesariamente deriva en mayores costos y, consecuentemente, mayores precios. Es decir, se trasladaría al mercado el sobreprecio de la ineficiencia e ineficacia societaria”.<sup>44</sup>

Como lo ha planteado De Paola<sup>45</sup> el buen gobierno de las empresas se entiende como el sistema que, hacia el interior de la organización, establece los lineamientos para una gestión que garantice transparencia, ética, eficacia y eficiencia.

En el ámbito del Derecho Administrativo también se habla del “Buen Gobierno”, sin embargo, aun cuando los principios son utilizados y aplicados en su misma naturaleza (transparencia, ética, eficacia, eficiencia), su dirección está orientada hacia la gestión pública, en tanto debe garantizar una administración transparente, ética, eficaz y eficiente en términos de normas de buen gobierno. De acuerdo con esto, la teoría del gobierno o “del buen gobierno” permite su aplicabilidad a cualquier estructura organizativa y allí es donde debe innovarse. Según Córdova el “Buen Gobierno” se corresponde con los planteamientos formulados desde los organismos multilaterales para la incorporación, en los países clientes de los mismos, de aquellas acciones correctivas en su administración que garanticen un buen funcionamiento como requisito para el acceso y manejo de recursos económicos.<sup>46</sup>

Una Administración eficiente y eficaz garantiza servicios públicos de óptima calidad; la única manera que tal propósito sea una realidad es dotando a la Administración Pública de herramientas y técnicas modernas de gestión como serían las asociaciones público-privadas, en las cuales se hace efectiva la participación y el protagonismo del pueblo en lo social y en lo económico, que es la esencia del “Buen Gobierno” en cuanto remite al uso compartido del poder y a la coordinación de acciones entre el sector público y el privado.

Bajo estos lineamientos, el Derecho Público debe asumir el término asociación en su naturaleza contractual y no únicamente como derecho fundamental previsto en la Constitución Bolivariana de Venezuela, en cuanto declara: “toda persona tiene derecho de asociarse...”, por cuanto la asociación sería un contrato por el cual dos o más personas convienen en contribuir para la realización de un fin social, quedando sometida como forma jurídica de derecho privado al régimen previsto para ellas y no al derecho público. Lo que significa eliminar el conflicto existente

<sup>44</sup> Ídem, pág. 93.

<sup>45</sup> DE PAOLA DE GATHMANN, Sonia. “Buen Gobierno Corporativo y la Responsabilidad Social Empresarial”. Tomado de [www.venemcham.org/demo/alianza/visiones](http://www.venemcham.org/demo/alianza/visiones) (2004). Pág. 228.

<sup>46</sup> CORDOVA JAIMES, Edgar. “Administración Pública en Venezuela: Aproximaciones a los cambios y transformaciones”. En *Revista de Ciencias Sociales*. V. 12. Nº 3. Maracaibo, Venezuela: 2006. Pág. 5.

actualmente en razón del régimen jurídico a aplicar. Aunado a esto, el Derecho Público se estaría sirviendo de la experiencia privada en torno al funcionamiento de estas figuras.

Por otra parte, esta modalidad permite invertir la estructura conocida hasta los momentos en la cual quien aporta capital es el sector privado o el público, aquí ambas partes asumen el riesgo de forma equitativa. En consecuencia, la participación en la gestión cambia absolutamente de perspectiva entre la manera tradicional de prestar servicios. La propiedad y la administración son privadas pero son públicas en su función y propósito, de allí que queden sometidas absolutamente al régimen de Derecho Privado, desde la constitución misma. La idea parte del hecho de la construcción y formulación de proyectos de interés público desarrollados bajo mecanismos de participación privada, en cuyo caso no es el Estado quien provee el servicio sino la iniciativa privada.

Una asociación público-privada según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos “es un acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende de una adecuada transferencia de riesgos del sector privado”, sin embargo, aun cuando la define como acuerdo, lo cual a los efectos del derecho venezolano un contrato es un acuerdo, parece más acertada la definición del modelo británico de asociaciones público-privadas, en cuanto las define como “un esquema contractual entre el sector público y privado en un proyecto compartido”.<sup>47</sup> Bajo estos lineamientos, se propone poner en manos de la Administración Pública tres perspectivas a considerar:

la primera, responde a la innovación en la prestación de los servicios públicos, descartando a la sociedad anónima para incorporar a la asociación. La asociación como forma jurídica contractual, permite integrar dos o más personas; como ente sin fines de lucro, permite que las ganancias no sean en beneficio propio sino de la comunidad, en cuanto existe en ellas un interés social; y como asociación permite aplicar el régimen jurídico propio para ellas, el Derecho Privado.

la segunda, responde a la innovación en la prestación de los servicios públicos descartando la participación única del Estado, buscando la participación tanto del sector público como privado, asumiendo este último la verdadera participación, siendo sumamente sensible a sus intereses la gestión eficiente y eficaz. En consecuencia, el poder en la toma de decisiones va a redundar en la calidad del servicio siendo el afectado directo y quien mejor conoce la situación;

y la tercera, responde a la necesidad de gestionar las políticas públicas bajo normas de “buen gobierno”, lo que implica gestionar garantizando que los dos anteriores se cumplan. Igualmente implica que cada asociación, tomando en cuenta a la empresa como tal, sea competitiva al relacionarla con el mercado. La estructura es compleja pero la interacción del Estado, Sociedad y Mercado es una fórmula de alta gerencia.

Para concluir, el planteamiento está dirigido hacia la gestión de los servicios públicos por organizaciones privadas sin fines de lucro, las cuales tienen la particularidad de conjugar al sector público y privado. Esta modalidad de gestión no debe ser vista como una mera selección de una

---

<sup>47</sup> ALBORTA, Guillermo R. “Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro”. Tomado de <http://www.iadb.org> (2011). Pág. 6.

forma jurídica -como es entendida en el Derecho Privado, y que de forma extensa se explicó-, sino como una posibilidad de cumplir a través de ella con el fin social del Estado, en cuanto permite respetar su naturaleza jurídica de entidad sin fines de lucro. En todo caso se utiliza al Derecho Privado para escoger la forma jurídica adecuada para cumplir con el fin del Estado. Pero además siendo público-privadas se logra la incorporación de la ciudadanía en el ejercicio de la gestión pública de los servicios, lo que se traduce en gestionar con ella y no para ella.

En el derecho venezolano, la Constitución, en su artículo 141, expresamente establece los principios sobre los cuales se fundamenta la administración pública, previendo “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Asimismo en el artículo 62, la misma Constitución declara: Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. Lo que hace falta es su implementación.