

# *Límites de la Intervención de la Contraloría en las Sociedades del Estado*

José Mélich Orsini

*Profesor de Derecho Civil*

*en la Universidad Central de Venezuela*

## SUMARIO

- I. LA UTILIZACION DE LOS CAUCES DEL DERECHO PRIVADO PARA FINES EMPRESARIALES DEL ESTADO  
1. La capacidad jurídica del Estado y demás entes públicos para constituir personas jurídicas de derecho privado. 2. El sometimiento de estas personas a las normas del llamado derecho privado aun cuando su patrimonio se constituya con aportes públicos. 3. Restricciones legales establecidas a los entes públicos para utilizar los cauces del derecho privado a los fines de constituir sociedades anónimas. 4. Otras restricciones especiales: obligación de sujetarse a algunas disposiciones de la Ley Orgánica de Presupuesto. 5. Restricciones en cuanto a la contratación de créditos (Ley Orgánica de Crédito Público). 6. Fuero especial al que resultan sometidas dichas personas por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. 7. El artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- II. LA OPINION DEL DR. ENRIQUE SILVA CIMMA AL RESPECTO DEL PODER CONTRALOR QUE CORRESPONDE A LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SEGUN EL ARTICULO 64 DE SU LEY ORGANICA  
8. Carácter limitado de la intervención de este Organismo según el citado artículo 64 de la Ley de la Contraloría. 9. La pretensión de la Contraloría de enjuiciar el mérito intrínseco de las operaciones realizadas por las sociedades en que participen entes públicos. 10. Justificación de tal pretensión que hace el doctor Silva Cimma. 11. Errónea confusión entre empresa pública (noción económica) y persona pública (noción jurídica). 12. Malabarismos del doctor Silva Cimma.
- III. OTRAS OPINIONES DOCTRINARIAS EN LA MATERIA  
13. La opinión del doctor Héctor Grisanti Luciani. 14. Opinión del doctor Enrique Sánchez Falcón. 15. Opinión del doctor Allan R. Brewer-Carías. 16. Opinión del doctor Jesús Caballero Ortiz.
- IV. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE  
17. Imperativos constitucionales de que la actuación de la Contraloría se sujete estrictamente a la Ley. 18. Régimen legal especial previsto por la Constitución para el control de los intereses públicos en las sociedades de derecho privado. 19. Carácter limitado y taxativo de la intervención de la Contraloría que pauta el artículo 64 de su Ley Orgánica.
- V. CRITERIOS LEGALES PARA APRECIAR LA CONDUCTA DEBIDA POR UNA SOCIEDAD DONDE EL ESTADO TENGA PARTICIPACION  
20. Criterios formales según los cuales debe desarrollarse el control de gestión sobre estas sociedades. 21. Falta de discrecionalidad de la Contraloría al respecto. 22. Errónea interpretación hecha por el Contralor General de la República del artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría. Los bienes de una sociedad de esta especie son "bienes privados" y el interés público que pueda existir respecto de su administración sólo está sujeto al control externo pautado en el artículo 64. 23. Razones que llevan a calificar una sociedad anónima por el estilo del Centro Simón Bolívar, C. A., como un ente de derecho privado: actuación frente a los otros sujetos privados en un plano de igualdad, integración de sus órganos y dependientes por la vía contractual, etc.
- VI. ANALISIS DE LA ILEGALIDAD DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL CONTRALOR AL CONFIRMAR UN AUTO DE SUPUESTA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CONTRA ADMINISTRADORES DEL CENTRO SIMON BOLIVAR, C. A.  
24. Elementos de hecho del caso decidido por el Contralor. 25. La necesidad de aplicar en el caso el régimen de responsabilidad que para los administradores de la sociedad anónima establece el Código de Comercio. 26. Errores en que incurre la decisión del Contralor.
- VII. CONSIDERACIONES FINALES DE CARACTER IDEOLOGICO

## I. LA UTILIZACION DE LOS CAUCES DEL DERECHO PRIVADO PARA FINES EMPRESARIALES

1. La capacidad jurídica del Estado y de los demás entes públicos que lo componen para dar origen a nuevas personas jurídicas mediante actos de naturaleza asociativa o fundacional regidos por las normas del llamado derecho privado, es algo que nunca ha estado en duda en el ordenamiento republicano de Venezuela. No creo que se pueda encontrar ninguna norma en nuestras precedentes Constituciones que limite de alguna manera tal capacidad jurídica; y, por el contrario, en todos los Códigos Civiles venezolanos, desde el de 1873 hasta el vigente, "la Nación y las Entidades políticas que la componen" han sido explícitamente señaladas como "personas jurídicas y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos", según reza hoy el artículo 19 de nuestro Código Civil. Es verdad que la personalidad jurídica de la Nación y de las Entidades políticas que la componen no deriva del Código Civil, sino de la propia Constitución; pero lo que ahora queremos señalar no es esto, sino que el Código Civil, ordenamiento positivo que, conforme a la misma Constitución, se ha dado la propia República, ha previsto los cauces en que *conforme al derecho privado* puede desarrollarse la actividad de los sujetos no sólo privados, sino públicos.

Obsérvese que hemos subrayado la expresión "conforme al derecho privado", porque no ponemos en duda que además de estos cauces quepan a la República y a las otras entidades públicas aquellos otros que les abra el derecho público, cuando conforme a las reglas de éste puedan acudir a estas últimas vías para desplegar sus actividades. Lo que deseamos hacer resaltar, pues, es que el Estado o las entidades públicas que lo componen, no encuentran en el derecho privado positivo venezolano ningún límite para crear nuevas personas jurídicas privadas mediante negocios jurídicos de los que están previstos en nuestro derecho privado como idóneos para determinar tal creación, desde luego que tales personas jurídicas públicas gozan a este respecto de los mismos derechos que les corresponden a las demás personas jurídicas de carácter privado. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos positivos, en donde rige el principio *nec ultra vires*, según el cual las personas jurídicas en sentido restringido tendrían una capacidad limitada a los objetos inherentes a su propia actividad, en el derecho venezolano por lo que se refiere a tal capacidad jurídica (arts. 14, 19 y 1143 Cód. Civil), las personas jurídicas públicas, al igual que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, deben ser tratadas en paridad de condiciones con las personas naturales y, por tanto, tienen capacidad o legitimación ilimitada para hacer todo cuanto pueden las personas naturales. En consecuencia, salvo disposiciones legales especiales que limiten a las personas jurídicas públicas para celebrar algunos particulares actos o negocios jurídicos, tales como las que se refieren a la celebración de "contratos de interés público" o a la de contratos que impliquen la utilización del "crédito público" y otras que veremos más adelante, tiene que admitirse que las llamadas personas jurídicas de derecho público, entre las cuales está la República de Venezuela, tienen la misma capacidad o legitimación que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado.

2. Al Ejecutivo Nacional corresponden por la Constitución y las leyes los poderes necesarios para el ejercicio de la administración de la Hacienda Pública Nacional, y, como tal, a través de los órganos que lo configuran y con sujeción a las normas legales que rigen la actuación de los mismos y el manejo de la Hacienda Pública, puede destinar fondos públicos a la realización de un fin público mediante la utilización de instrumentos de derecho privado. Entre esos instrumentos está la realización del negocio jurídico privado que da vida a una compañía anónima, disciplinado en el Código de Comercio.

Al elegir la vía de la constitución de un ente de derecho privado, y realizar ese negocio con el cumplimiento de todos los requisitos aplicables al caso, la República se somete al propio ordenamiento legal que ha establecido acerca de la autonomía privada de estos entes que llamamos "sociedades anónimas". Es verdad que la soberanía de la República le permite dictar normas especiales de rango legal tanto para restringir los poderes del Ejecutivo Nacional, para acudir a las vías del derecho privado a los fines de crear nuevas personas jurídicas, como para restringir esa autonomía privada que las leyes de la propia República reconocen a las llamadas sociedades anónimas, pero se trata precisamente de establecer en qué medida exista ese régimen legal especial.

3. En cuanto a la adopción de la forma de sociedades mercantiles para el ejercicio de actividades empresariales por los entes públicos, las sucesivas leyes de Presupuesto vienen incluyendo un artículo que (como el que sigue, que tomamos de la Ley de 1979) reza así:

*"Artículo 2º. Para la constitución de sociedades, la suscripción y enajenación de acciones, la incorporación de nuevos accionistas y la adquisición de obligaciones y otros títulos de empresas de cualquier naturaleza por los ministerios, los institutos autónomos, las empresas propiedad del Estado, o las compañías en que el Estado tenga definitiva o transitoriamente más del 50% de las acciones, se requerirá autorización previa de la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados.*

Si dentro de un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la solicitud, dicha Comisión no se ha pronunciado, aprobando o negando la solicitud, podrá realizarse la operación, debiendo los ministerios, institutos autónomos, empresas o compañías de que se trate informar pormenorizadamente a la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados.

*Parágrafo Unico.* Se exceptúan de la autorización previa establecida en este artículo, Petróleos de Venezuela, la Corporación Venezolana del Petróleo, Petroquímica de Venezuela, la Corporación Venezolana de Fomento, el Fondo de Inversiones de Venezuela y el Fondo de Desarrollo Urbano, los cuales se sujetarán a lo dispuesto en las leyes y decretos que rigen sus actividades. Sin embargo, deberán informar previamente al Congreso, para conocimiento de la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados, de todas las operaciones que efectúen en relación con la constitución de sociedades, suscripción de acciones, o adquisición de obligaciones u otros títulos de empresas de cualquier naturaleza con créditos autorizados en esta Ley".

Por otra parte, algunas leyes regulan todavía de manera específica las pautas que deben seguir ciertos entes públicos en la utilización de las vías del derecho privado para constituir sociedades anónimas, así como la sujeción de ellas a ciertas leyes atinentes a la Administración Pública. Esto ocurre, por ejemplo, en el Decreto Nº 430 de 29 de diciembre de 1960 que estableció el Estatuto Orgánico de la Corporación Venezolana de Guayana (G.O. Nº 26.455 de 30-12-60), fundado en el artículo 108, numerales 3 y 20 de la Constitución de 1947 que autorizaba al Presidente de la República para crear y reorganizar los servicios públicos. Al respecto, baste con reproducir las disposiciones siguientes:

*Artículo 11.* La Corporación Venezolana de Guayana promoverá la formación de las empresas que fueren necesarias para fomentar el desarrollo de la Zona a que se refiere el artículo 1º de este Decreto.

*Artículo 18.* El Ejecutivo Nacional determinará en consulta con la Corporación Venezolana de Guayana la naturaleza y cuantía de las aportaciones de ésta en las Empresas a que se refiere el Capítulo III de este Decreto, así como en las de cualquier otro tipo en que la Corporación hubiere de tener alguna participación.

*Artículo 19.* La Corporación Venezolana de Guayana no podrá enajenar parte alguna del capital que le pertenezca en las empresas del Estado que se constituyeran conforme a lo expresado en el artículo anterior, inclusive de aquellas a que se contraen los artículos 20 y 31 del presente Decreto, sin el consentimiento expreso del Ejecutivo Nacional.

4. Por lo que se refiere a la administración misma de los recursos de las sociedades en las que el Estado haya invertido recursos públicos en calidad de accionista, se estableció en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario la obligación de elaborar presupuestos anualmente y se sometió ese proceso de elaboración de presupuestos a ciertas normas especiales. En concreto, esta Ley prevé lo siguiente:

*Artículo 1º.* "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:

...

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 cincuenta por ciento (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 cincuenta por ciento (50%).

...

*Artículo 2º. ...*

*El Ejecutivo Nacional podrá establecer limitaciones y normas de control al uso de los créditos presupuestarios de los organismos referidos en el artículo 1, adicionales a las establecidas en esta Ley. Tales limitaciones y normas no se aplicarán a los presupuestos del Poder Legislativo, del Poder Judicial, de los Estados y de los Municipios. La misma excepción se aplicará a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la República y al Consejo Supremo Electoral.*

*Artículo 60. Los directorios de las sociedades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley aprobarán el presupuesto de su gestión y lo remitirán a través del correspondiente organismo de adscripción a la Oficina Central de Presupuesto y a la Oficina Central de Coordinación y Planificación.*

...

*Artículo 61. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, aprobará los presupuestos de las Sociedades y, según lo dispuesto en el artículo 18 de la presente Ley, decidirá la parte de las utilidades netas que serán ingresadas al Tesoro Nacional y la oportunidad de su entrega. Dicha aprobación no significará limitaciones en cuanto a los volúmenes de ingresos y gastos presupuestarios y sólo establecerá la conformidad, entre los objetivos, metas y programas de la gestión empresarial y los contenidos en el Plan de la Nación y en el Plan Operativo Anual. A este efecto las Sociedades se atenderán a la política sectorial que les imparta el organismo de adscripción y les serán aplicables los artículos 53 y 54 de esta Ley.*

*Artículo 62. Cuando las circunstancias lo aconsejen, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá limitar o fijar los montos de determinados programas o proyectos, indicando los gastos de operación e inversión que quedarán afectados. Esta decisión podrá ser aplicada en cualquier etapa del proceso presupuestario.*

*Artículo 63. Las Sociedades remitirán a los organismos mencionados en el artículo 56, información periódica de su gestión presupuestaria, de acuerdo con las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto.*

5. En cuanto a la utilización del crédito, la vigente Ley Orgánica de Crédito Público establece:

*Artículo 2º. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley:*

...

*2º. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o superior al cincuenta y uno (51%) del capital social.*

*3º. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51%).*

*Artículo 50º. Las Sociedades del Estado no podrán realizar operaciones de Crédito Público sin el previo consentimiento del Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, salvo lo dispuesto en los artículos 6, 51, 53 y 54 de la presente Ley.*

Una vez obtenido el consentimiento del Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, el Ministerio de Hacienda deberá solicitar la opinión del Banco Central de Venezuela y la autorización del Congreso de la República, mediante Ley. Antes de realizar la operación autorizada, el respectivo Instituto requerirá del Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros por intermedio del Ministro de Hacienda la autorización correspondiente.

*Parágrafo Unico.* Quedan exceptuados de este régimen el Banco Central de Venezuela, las sociedades del Estado dedicadas a la intermediación de créditos regidas por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, las regidas por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, las creadas o que se crearen de conformidad con la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y las creadas o que se crearen de conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley Nº 580 del 26 de noviembre de 1974, mediante el cual se reservó al Estado la Industria de la explotación del mineral de hierro.

*Artículo 51. Las Sociedades del Estado que sean de carácter agrícola o industrial o se dediquen a prestar servicios de transporte, de comunicaciones y de electricidad, así como las creadas o que se crearen para operar en los sectores minero, metalúrgico y petroquímico podrán realizar las operaciones de Crédito Público previstas en esta Ley con la sola autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros, y previa consulta con el Banco Central de Venezuela, siempre que el monto de las obligaciones pendientes por tales operaciones más el monto de las operaciones a tramitarse no exceda del cuarenta por ciento (40%) de su patrimonio neto.*

*Artículo 52.* Las Juntas Directivas de las Sociedades del Estado deberán aprobar la operación proyectada de conformidad a sus estatutos sociales, mediante acuerdo o resolución, en el cual se establecerá el programa de inversiones, el plazo para la amortización, la forma de pago, las garantías ofrecidas y las demás características financieras de la operación.

*Artículo 53.* Las sociedades del Estado podrán realizar operaciones de crédito a corto plazo siempre que dichas operaciones reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que sean transitorias y de carácter urgente;
- b) Que estén destinadas a atender necesidades inaplazables de Tesorería;
- y
- c) Que exista la posibilidad de cancelarlas con recursos propios u ordinarios presupuestados en el ejercicio.

Cuando el Ministerio de Hacienda comprobare el incumplimiento de las condiciones señaladas, la sociedad contratante deberá cancelar de inmediato la obligación contraída en contravención de lo dispuesto en este artículo. En todo

caso las operaciones de crédito a corto plazo deberán ser aprobadas previamente por el Ministerio de Hacienda, canceladas en la fecha de su vencimiento, y no podrán ser prorrogadas, renovadas o consolidadas.

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá fijar a cada una de estas sociedades límites anuales de endeudamiento para la realización de las operaciones a que se refiere este artículo.

*Parágrafo Unico.* En el caso de las sociedades que tengan por objeto el desarrollo urbanístico de ciudades o la remodelación o renovación urbana será necesaria la certificación de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Congreso de la República de que se cumplen los extremos contenidos en las letras a), b) y c) del presente artículo. Obtenida esta certificación el Ministerio de Hacienda podrá, si lo considera conveniente, otorgar la autorización.

*Artículo 54.* Las sociedades del Estado, distintas a las mencionadas en el artículo 51 de esta Ley, podrán garantizar obligaciones asumidas por terceros, con la sola autorización del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, hasta por un monto global que no exceda del cuarenta por ciento (40%) de su patrimonio neto, tomando en cuenta el de las garantías ya otorgadas más el de las que se encuentren en tramitación.

En todo caso las mencionadas sociedades notificarán al Ministerio de Hacienda la constitución de dichas garantías, dentro de los quince (15) días siguientes.

6. En cuanto a los litigios judiciales que pudieren suscitarse con estas sociedades susceptibles de ser calificadas como "empresas del Estado", es menester también tomar en cuenta la creación para ellas de un fuero especial en virtud de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que reza:

*Artículo 42.* Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

...

15. Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o *empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva*, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

*Artículo 185.* La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo será competente para conocer:

...

6. De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o *Empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva*, si su cuantía excede de un millón de bolívares, pero no pasa de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido por la Ley a otra autoridad.

*Artículo 182.* Los Tribunales previstos en el artículo anterior (Tribunales Superiores en lo Civil) conocerán también, en sus respectivas circunscripciones:

...

2. De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o *empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva*,

si su cuantía no excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad

7. En cuanto al ejercicio del control externo de las mismas por la Contraloría General de la República, para verificar la correcta administración de los fondos públicos que se hubieren invertido en dichas sociedades, la única norma que en la materia trae la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dice:

*Artículo 64.* "En las empresas en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos tengan participación, la Contraloría sólo podrá practicar auditorías, y ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecua a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados; similares facultades de control podrá ejercer sobre las personas jurídicas en que las empresas del Estado tengan participación y en las demás instituciones promovidas por entes públicos".

Es al alcance de esta norma a la que dedicaremos ahora nuestra atención.

## II. LA OPINION DEL DR. ENRIQUE SILVA CIMMA AL RESPECTO DEL PODER CONTRALOR QUE CORRESPONDE A LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SEGUN EL ARTICULO 64 DE SU LEY ORGANICA

8. A propósito de este último texto legal, el doctor Enrique Silva Cimma, distinguido abogado de nacionalidad chilena, contratado como asesor por nuestra Contraloría General de la República, en su obra "El Control Público", publicación de la propia Contraloría, Caracas, 1976, pág. 304, escribía: "El control de gestión respecto de las empresas sólo puede abarcar aspectos taxativos y específicos: 1) Verificar si la actividad de la empresa se adecua a las decisiones adoptadas; y 2) A los planes y objetivos que le hubieren sido señalados. Para el control del primer aspecto la Contraloría habrá de confrontar la actividad de la empresa con las decisiones de sus órganos directivos, o eventualmente de los Ministerios de adscripción a quienes les hubiere podido corresponder la emisión de actos de aprobación y autorización sobre el particular. En el segundo aspecto, esto es, conformidad con sus planes y objetivos, habrá que enfrentarse tanto a los planes señalados y aprobados por los cuerpos directivos de la empresa, cuanto a aquellos planes y objetivos que, legalmente, hubiere podido impartir el Gobierno Central por vía de los Ministerios de adscripción como de Cordiplán".

9. Poco tiempo después, sin embargo, el propio doctor Silva Cimma publicó en la Revista de Control Fiscal Nº 84 (enero-febrero-marzo de 1977), que patrocina la Contraloría, un artículo titulado "La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y las Empresas del Estado", en el cual, adaptándose a una práctica de dudosa legalidad que viene propiciando ese Despacho al atribuirse, mediante una interpretación *praeter legem* del citado artículo 64 de su Ley, el derecho a enjuiciar

el mérito intrínseco de las operaciones realizadas por entidades de derecho privado en las cuales el Estado u otro ente público tenga algún grado de participación económica, intenta rectificar el alcance de sus precedentes conceptos mediante una desnaturalización del concepto de "empresa pública estatal".

Para cumplir este servicio profesional, el distinguido asesor de la Contraloría se sirve de dos instrumentos básicos, a saber: a) un intento de identificación de la noción de "empresa del Estado" con la de "persona pública"; y b) una ambigua utilización de los conceptos de "bienes o recursos públicos" dirigida a permitir que los bienes de las personas privadas en los cuales el Estado o el ente público tenga participación resulten sometidos en su totalidad al máximo posible de control por parte de la Contraloría General de la República.

10. Comienza, en efecto, el doctor Silva Cimma, en el N<sup>o</sup> 2 su citado artículo, así: "La empresa pública estatal se presenta en aquellos casos en que la Nación resuelve atribuirse para sí la satisfacción directa de una necesidad pública caracterizada por la prestación de servicios singularizados a los integrantes de la colectividad. Y para estos fines, afecta o constituye un patrimonio especial de bienes y recursos públicos. *Las empresas del Estado son entonces personas jurídicas públicas, con patrimonio propio, a quienes se comete una función específica de carácter comercial o industrial. A nuestro juicio, el concepto de empresas públicas en Venezuela es amplísimo, por lo menos a efectos de su control, y se parte para tipificarles de tales, de la circunstancia de que donde el Estado coloque un aporte, o constituya un derecho, surge una empresa pública*".

El doctor Silva Cimma parece olvidar que el concepto de "empresa" es para nuestro ordenamiento positivo un concepto más de índole económico que jurídica. Actividad empresarial del Estado significa simplemente organización de unos ciertos recursos económicos y de ciertos servicios personales para la obtención de algunos fines específicos. Por sí mismo este concepto no predica nada acerca de cuál sea el régimen jurídico de tal unidad económica. Como se traiciona a renglón seguido el propio Silva Cimma este régimen puede consistir en el de las "sociedades privadas", esto es, en un régimen de derecho privado, que excluye al menos respecto de algunas empresas del Estado que pueda calificárselas de "personas públicas". ¿Es que acaso es jurídicamente indiferente que una determinada empresa del Estado se constituya como simple descentralización de la Administración Pública, esto es, como "instituto autónomo", o que lo haga como sociedad comercial? Destacando la proliferación de este último género de haciendas o empresas en la que el Estado tiene en nuestros días un cierto grado de participación, escribía, al contrario de nuestro comentado asesor de la Contraloría, el muy ilustrado mercantilista español Joaquín Garrigues, en su *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. I, p. 39: "Cuál sea el destino del Derecho Mercantil ante las exigencias de los nuevos contenidos sociales es difícil de prever. Lo único que, por ahora, cabe afirmar es que aun encuadrado en el marco de una economía dirigida y subordinada a las limitaciones del interés público preferente, el acto jurídico individual sobrevive a todas las mudanzas legislativas, dotando al ordenamiento jurídico mercantil de una resistencia vital que hace

pensar, no ya en la absorción del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo, sino, al contrario, en la comercialización del Derecho Público”.

Pero la identificación que subrepticamente hace el Dr. Silva Cimma entre las nociones de “*empresa pública*” y de “*persona pública*” tiene para él propósitos muy subalternos; como no se recata en admitirlo cuando escribe: “para los fines del control ... la noción de empresa pública en Venezuela admite la mayor extensión” (*locus cit.*, p. 105). La cuestión está precisamente en ello: en demostrar que a los fines del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría la noción económica de “*empresa*” que utilizó dicho texto legal puede ser deslizada legítimamente al campo estrictamente jurídico de la calificación de las personas como públicas o privadas. Para que cuando la Administración Pública se sirva —dentro de los precisos contornos de su competencia legal señalados por la Constitución, por Ley Orgánica de Crédito Público, por la Ley Orgánica de Presupuesto y las otras normas jurídicas que en nuestro auténtico derecho positivo regulan tal competencia—, de la plena capacidad jurídica del Estado para constituir personas jurídicas de derecho privado a los fines de realizar una “*empresa*” tendiente a la satisfacción de una necesidad sentida más o menos como una necesidad pública, pueda todavía la Contraloría General de la República extender el ámbito del limitado control de gestión que le autoriza ese citado artículo 64, tratando a dicha persona jurídica privada y a los que contratan con ella, aun si en virtud de tales contratos se convierten a sí mismos en órganos de dicha persona jurídica, como “*funcionarios*” sometidos al mismo régimen legal que se aplica a los “*funcionarios públicos*”, propiamente tales.

11. El doctor Silva Cimma no deja de percibir la dificultad; y para resolverla se esfuerza en hacer resaltar que el patrimonio de las “*empresas del Estado*” está constituido en alguna medida por el aporte de “*bienes públicos*” (Nº 3, p. 105). Señala entonces que ha sido “una vieja aspiración de la Contraloría General de la República, vinculada a la más integral labor de fiscalización que pretendía ejercer sobre todos los ingresos y gastos públicos”, obtener este control pleno sobre las “*empresas del Estado*” y, reconociendo que sin embargo existen limitaciones materiales y de personal en la Contraloría para colmar esta ambición, se traza el plan de procurar obtener “*las máximas posibilidades de ejercicio de un control pleno*” (Nº 4, a). A este fin, el doctor Silva Cimma incursiona en la Ley Orgánica de la Procuraduría y destaca el artículo 75, cuyo texto se expresa así: “La Contraloría podrá, dentro de los límites de la presente ley, realizar inspecciones en los entes públicos, dependencias y *organismos administrativos*, con el fin de verificar la legalidad y sinceridad de sus operaciones financieras”. De este texto legal deduce el doctor Silva Cimma que, puesto que las “*empresas del Estado* (en su sentido más lato) son “*organismos*” sometidos al control de la Contraloría (Nº 4, b 6., p. 113), dicho ente tiene la posibilidad de practicar “*averiguaciones administrativas*” en dichas empresas y, coordinando esta norma con la del artículo 5º *ejusdem*, concluye sosteniendo que esta labor de inspección que se cumpliría a través de las auditorías autorizadas por el citado artículo 64 de la Ley de la Contraloría, puede materializarse en “*reparos*” susceptibles no sólo de insinuar la posibilidad de proseguir una

acción por responsabilidad civil o penal por parte de los órganos de la Administración legitimados para ello, sino aun de exigir una responsabilidad administrativa.

“Sostener lo contrario —escribe el doctor Silva Cimma, *locus cit.*, N<sup>o</sup> 4 B6, p. 113—, implicaría una lamentable confusión entre los «sistemas de control», uno de los cuales es el de auditoría a que alude el mencionado artículo 64, en los términos empleados y ya analizados y otra cuestión muy distinta es la función o potestad investigativa que tiene un sentido jurídico diverso, y que se encamina, cuando converge en una averiguación administrativa, a determinar la eventual responsabilidad del funcionario. El sujeto pasivo en el caso de la función o potestad investigativa ejercitada es el *funcionario*. En el caso de la potestad de control, en cambio, el sujeto pasivo o controlado es el órgano, o si se quiere en términos adecuados al lenguaje administrativo, la *Administración*”.

12. Pero lo que el doctor Silva Cimma no explica es cómo el sujeto privado que acepta la nominación de administrador, por ejemplo: de una sociedad anónima en la cual el Estado u otro ente público tengan participación accionaria, se convierte en “funcionario” y cómo esa sociedad anónima constituida y regulada conforme a las normas del derecho privado se convierte en “la Administración”.

El afirmar simplemente que toda “empresa del Estado” es un “organismo” y que todo organismo sometido al control de la Contraloría está sometido a su inspección según el aludido artículo 75 de la Ley de Contraloría es un sofisma, pues este artículo no sólo habla literalmente de “organismos *administrativos*”, sino que señala claramente que la potestad de la Contraloría a estos fines de “verificar la legalidad y sinceridad” de las operaciones financieras de tales entes deberá ejercerse siempre “*dentro de los límites de la presente ley*”.

Por lo demás, en este expreso sometimiento de la actividad contralora de la Contraloría General de la República a los límites legales, el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría no hace más que reiterar un precepto constitucional. El aparte del artículo 234 de la Constitución vigente dice, en efecto: “*La ley determinará la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, y la oportunidad, índole y alcance de su intervención*”.

La índole y alcance de la actividad contralora externa de que tratamos, en cuanto a las “empresas del Estado” que no se desarrollan como personas jurídicas públicas, sino como meras sociedades o fundaciones privadas, no aparecen en verdad precisados en el artículo 75 ni en el artículo 5<sup>o</sup>, ni en ningún otro artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría, sino que para precisarlos hay que acudir al artículo 4<sup>o</sup> del Código Civil que señala los principios que en nuestro derecho positivo rigen para la interpretación de la ley, a fin de interpretar el único texto legal de la Ley Orgánica de la Contraloría en que se regula de modo claro y preciso tal específica actividad contralora, a saber, el artículo 64 de dicha Ley.

Más adelante volveremos sobre este punto. Por ahora, para concluir con este examen de las opiniones del doctor Silva Cimma y de los peligros a que conduce esta clase de generalizaciones y ambigüedades en el uso de las expresiones de “persona pública”, “bienes públicos”, “gestión administrativa”, etc., llamaremos la atención de que el propio doctor Silva Cimma, después de manejar muy liberalmente

el artículo 5º de la Ley Orgánica de la Contraloría, hasta el punto de postular que tal disposición como él ha decidido interpretarla “coloca a la Contraloría General de Venezuela en un plano de avanzada en la legislación universal” (sic), y de incluir basado en tal postulado en el concepto de “control de gestión” la supuesta potestad de la Contraloría para apreciar no sólo el costo y los resultados generales de la gestión de cualquier clase de empresa en que el Estado o un ente público tenga participación, sino para emitir juicios concretos al respecto, termina haciendo un llamado a la prudencia.

“A nuestro juicio —escribe bajo el Nº 5, c2, pág. 118—, si bien en el primer aspecto de ponderación de metas y resultados, no vacilamos en pensar que ese aspecto ha sido confiado por entero al órgano de control externo, creemos que la Contraloría deberá obrar con mucha cautela si pretende emitir juicios sobre los últimos aspectos mencionados, esto es, conveniencia y oportunidad de la gestión de la empresa, ya que se correría el riesgo de que por tal vía pudiera inmiscuirse en materias que son propias de la Administración, en este caso de los cuerpos directivos de la empresa, *colándose así una suerte de co-administración que, indudablemente, no ha sido prevista por el legislador*”.

Baste con estas últimas palabras para poner en tela de juicio todo el afán constructivo desplegado por el sabio asesor de la Contraloría.

### III. OTRAS OPINIONES DOCTRINARIAS EN LA MATERIA

13. Del tema se han ocupado además otros distinguidos juristas patrios. En primer lugar debe destacarse al Dr. Héctor Grisanti Luciani, ex Director General de la Contraloría, quien publicó en el número 4341 de *Repertorio Forense*, correspondiente al 31 de octubre de 1978, un estudio titulado “Aspectos del Control Fiscal de las Empresas del Estado”. El doctor Grisanti Luciani llega a las siguientes conclusiones: a) La historia de la elaboración del artículo 230 de la Constitución vigente demuestra la necesidad de distinguir netamente, a los efectos de los poderes de fiscalización y control externo entre “institutos autónomos” y “empresas del Estado”; b) Las “empresas del Estado”, aun si en algunos casos responden a previsiones del legislador en cuanto que a veces existen leyes especiales como la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos, en que se dio al Ejecutivo Nacional el mandato de crear una empresa del Estado como Petróleos de Venezuela S. A., y en tal sentido podría decirse de ella que tiene un origen legal, tienen sin embargo una personalidad jurídica que no deriva de la ley en que se ordena su creación, sino que adquieren tal personalidad por efecto del cumplimiento de los requisitos generales a que el Código de Comercio somete la creación de las llamadas personas jurídicas de derecho privado; c) No es posible aplicar a las “empresas del Estado” la norma del artículo 235 de la Constitución que prevé la posibilidad de extender a los “institutos autónomos” las funciones de la Contraloría General de la República, tal como ellas resultan definidas en la propia Constitución y en su ley especial, sino que apenas resulta aplicable a las “empresas del Estado” el régimen

legal especial que expresamente se establezca al efecto de conformidad con la norma contenida en la parte final del artículo 230 de la Constitución que autoriza al Congreso para establecer mediante normas de rango legal un específico régimen de control externo sobre “los intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza”; y d) Tal régimen especial de control del Poder Legislativo sobre las “empresas del Estado” está contenido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuyos antecedentes históricos que el autor narra con particular esmero demuestran que no es posible extender a dichas empresas la obligación de formular reparos que otras normas de la citada Ley Orgánica le imponen a la Contraloría con respecto a los institutos autónomos y permiten impugnar por ilegalidad los reglamentos en que tal se ha pretendido. Como consecuencia de todo esto el doctor Grisanti Luciani no vacila en escribir: “Decimos que la norma atributiva de competencia contenida en el citado artículo 64 de la Ley Orgánica de Contraloría es excluyente, por cuanto permite que el ente contralor realice sólo dos actividades: control de gestión y auditorías; y facultativa, por cuanto la forma verbal de: *podrá*, quiere decir que queda a juicio de aquél ejercer o no esas funciones”.

14. En apoyo a su tesis cita todavía este autor la opinión del doctor Enrique Sánchez Falcón, alto funcionario de la Contraloría, quien en un trabajo publicado en la Revista de Control Fiscal Nº 77, basándose también en el carácter taxativo de la intervención permitida a dicho ente por el citado artículo 64 de su Ley Orgánica, sostiene la incompetencia de la Contraloría para abrir averiguaciones administrativas tendientes a calificar supuestas faltas, omisiones o negligencias cometidas por el personal de sociedades en las cuales participasen el Estado o los institutos autónomos, tal como lo pretendía dicho organismo contralor con el pretexto de corresponderle a él la atribución de vigilar, inspeccionar y fiscalizar la ejecución de los contratos de sociedad en que participasen el Estado a los institutos autónomos.

15. Aunque con menos concreción al tema, estos mismos principios parece recogerlos el doctor Allan R. Brewer-Carías, en su obra *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, Caracas, 1980, pp. 77 y 112. No obstante su acostumbrado extremismo iuspublicístico, Brewer-Carías, *op. cit.* p. 79, no puede menos que reconocer que “la organización y funcionamiento de estas empresas públicas con forma jurídica de derecho privado, es la establecida en el Acta Constitutiva o Decreto de creación y su gestión está sometida, en principio, al derecho privado, salvo las excepciones establecidas en normas especiales . . . que les puedan ser aplicables y las mencionadas leyes especiales. En relación a estas empresas públicas, y en particular aquellas con forma de sociedad anónima, no existe un control de tutela propiamente dicho, sino que los controles por parte de la Administración Central se ejercen a través de los mecanismos societarios: Asambleas de socios fundadores. Se trata de un control accionario o accionarial. Por último, en sus relaciones con los particulares las empresas con forma de derecho privado, se rigen por éste, al igual que cualquier otro particular”.

16. Una conclusión similar parece imponérsele al abogado Jesús Caballero Ortiz al estudiar el género de control que sería susceptible de ejercerse sobre las sociedades en las que el Estado tenga participación, pues en la tesis presentada por él para

optar al título de Doctor en Derecho, titulada *Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano*, edición multigráfica, Caracas, 1980, Tomo II, p. 603, escribe: "Como hemos visto, tanto la práctica de auditorías como el control de gestión son comunes a los institutos autónomos y a las sociedades. ¿Cómo distinguir entonces el control que se ejerce sobre ambos tipos de empresas? La diferencia radica en que el control de gestión, en el caso de las sociedades, deberá limitarse exclusivamente a la verificación en las actividades en relación a las decisiones adoptadas y a los planes señalados. A tal fin las sociedades están en la obligación de poner sus libros, comprobantes de contabilidad y demás documentos a la disposición de los funcionarios que destaque la Contraloría. Las auditorías y control de gestión permiten a la Contraloría tener una idea exacta sobre la marcha de la empresa, su estructura, sus aspectos económicos y financieros y, en general, la eficacia con la cual es administrada. Todo ello es objeto de un informe que es comunicado a los órganos de dirección de la empresa". Y si bien a continuación, en términos meramente descriptivos, el abogado Caballero da cuenta de que la Contraloría viene reputándose autorizada para aplicar sanciones, formular reparos y abrir averiguaciones administrativas, a este último respecto no deja de observar que "*no debía hablarse propiamente de responsabilidad administrativa por no tratarse de funcionarios públicos*, motivo por el cual consideramos inconveniente el término aplicado al personal que presta sus servicios en las sociedades".

#### IV. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE

17. En un régimen de derecho como el que ha establecido nuestra Constitución, toda persona jurídica pública o privada, así como el trato de ella con cualquiera otra persona u órgano suyo está sometido a rigurosos cauces jurídicos. No es posible, por tanto, concebir una actuación ajena en la esfera de los intereses propios de ninguna de tales personas jurídicas en ausencia de una norma jurídica que justifique tal actuación y la someta a sufrir las consecuencias de ésta conducta ajena. En el caso que nos interesa ahora se trata no sólo de determinar si una persona jurídica de esa especie *sui generis* que llamamos "empresa del Estado" y, aún más precisamente, si una "sociedad anónima en la cual el Estado u otros entes públicos tengan participación accionaria", está sujeta a someterse a determinadas actuaciones de la Contraloría, así como si lo están las personas físicas que contraten con dicha sociedad anónima y, en particular, aquellas que consientan en participar en ellas como administradores, empleados o dependientes de dichas sociedades; y si tales actuaciones de la Contraloría son susceptibles de determinar en lo que se refiere a estas últimas personas físicas determinadas calificaciones jurídicas, tales como la de haber quedado incurso en "responsabilidad administrativa".

Partimos del supuesto de que la Contraloría General de la República constituye un órgano de un Poder Público, más concretamente un órgano auxiliar del Poder Legislativo que ha sido dotado por la propia Constitución de una cierta autonomía funcional. "La Contraloría General de la República —dice el artículo 236 de la Constitución— es un órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre

la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones". Pero como para todo órgano del Poder Público, rige por lo mismo a su respecto lo que dispone el artículo 117 *ejusdem*, a saber: "La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio".

Las atribuciones de la Contraloría deben, pues, ejercerse con estricta sujeción a su Ley Orgánica, mediante la cual, en obediencia a lo dispuesto en el aparte del artículo 234 de la Constitución, se determinó su organización y funcionamiento y la oportunidad, índole y alcance de su intervención.

Si la actuación de la Contraloría excede o se extralimita de esas normas legales que determinan la índole y el alcance de la intervención suya no sólo es ineficaz para producir los efectos legales que con ella se han pretendido, sino que puede acarrear responsabilidad para quienes pusieron en acción esa autoridad usurpada. Baste citar al respecto el artículo 119 de la Constitución que reza: "Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos"; y el artículo 121 *ejusdem* que dice: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley".

Ahora bien, cabe advertir que los preceptos constitucionales no se limitan a señalar que toda la materia atinente a la organización, funcionamiento y modalidades de la intervención de la Contraloría es de estricta reserva legal, sino que todavía somete a criterios muy precisos al legislador ordinario en cuanto a lo que puede ser el contenido de esa necesaria intervención del legislador ordinario. Es así, como al par que señala en el artículo 234 que "corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos", o que estipula en el artículo 236 la necesaria "autonomía funcional" de la Contraloría respecto del Congreso que deberá dictar las normas relativas a su organización y funcionamiento, indica al propio tiempo cuál es el máximo ámbito al cual podrán extenderse esas funciones que las leyes atribuyen a la Contraloría. En el artículo 235 de la Constitución se lee, en efecto: "Las funciones de la Contraloría General de la República podrán extenderse por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución". Es manifiesta en este texto constitucional la omisión de las llamadas "empresas del Estado", como lo es la de toda forma particular de personas jurídicas de derecho privado mediante la cual pueda desarrollarse ocasionalmente por el Estado o por una persona pública (tales como los "institutos autónomos" o cualquiera de esas aludidas "administraciones estatales o municipales" que, en cambio, sí están sometidas al poder contralor).

18. La circunstancia de que las sociedades con participación del Estado o de otros entes públicos puedan constituirse con aportes directamente derivados de "ingresos nacionales" o con otros bienes que puedan calificarse como "bienes nacionales", y que el artículo 234 de la Constitución haya previsto que corresponde a la Contraloría General de la República "el control, vigilancia y fiscalización" de tal género de ingresos o bienes, no es suficiente para considerar a estas sociedades constituidas mediante dichos aportes o cuyas acciones lleguen a ser adquiridos con

recursos de ese mismo origen como sociedades directamente sometidas a la intervención funcional de la Contraloría. El que algunos de los ingresos de tales personas de derecho privado puedan estar configurados como aportes de los sometidos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría, no autoriza a considerar sometido al control de dicho Organismo a esas personas jurídicas en cuanto tales y a extenderlas a ellas el régimen establecido para la Administración Central y que el artículo 235 autoriza a extender a los "institutos autónomos" y a las "administraciones estatales o municipales". El control, vigilancia y fiscalización por parte de la Contraloría de tales aportes consistentes en "ingresos" o "bienes nacionales" debe interpretarse, pues, que ha entendido ser sometido por el constituyente a un régimen diferente.

Pero ¿cuál es ese régimen? El aparte del artículo 230 de la Constitución, que se encuentra precisamente entre las "disposiciones generales" aplicables a la Hacienda Pública, lo señala así: "los institutos autónomos, así como *los intereses del Estado* en corporaciones o *entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Congreso, en la forma que la ley establezca*".

El que el artículo 230 aluda también al control del Congreso sobre los institutos autónomos, no significa que ese control deba ejercerse en la misma forma en que se ejerce para la Administración Central y que el artículo 235 de la Constitución autoriza a extender a los institutos autónomos, sino que, independientemente de que la ley mediante la cual se resuelva por el Congreso ejercer tal control haga uso de la especial potestad constitucional de extender a dichos institutos autónomos el régimen genérico de la Contraloría para la Administración Central, faculta al legislador para establecer libremente específicas formas de control de los intereses del Estado en los institutos autónomos. Por lo que respecta a las corporaciones u otras entidades en las cuales existan intereses del Estado, el citado artículo 230 deja al criterio del Congreso establecer la forma de control que juzgue adecuada, el cual, sin embargo, encontraría un límite en el artículo 235 que señala muy claramente hasta donde puede extenderse el campo de acción de la Contraloría General de la República en lo que respecta a entidades que no forman parte de la Administración Central ni de las administraciones estatales o municipales.

Si entendemos así las cosas, es claro que tiene razón el doctor Grisanti Luciani cuando señala que la base constitucional del control externo que ejerce la Contraloría sobre las "empresas del Estado" así genéricamente aludidas, no es el artículo 235, sino sólo el artículo 230, y que debiéndose distinguir netamente entre aquellas empresas estatales que adoptan la forma de institutos autónomos y aquellas otras que se desarrollan instrumentalmente a través de formas asociativas propias del derecho privado, hay que concluir que la única norma de rango legal existente mediante la cual resulta legitimada la actuación de la Contraloría al respecto de intereses del Estado en una sociedad anónima es la del citado artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría que delimita claramente el posible ámbito de esa intervención. Toda actuación excedente configura una usurpación de funciones, y resulta ciertamente ineficaz.

19. Recordemos ahora que dicha norma dice de manera muy precisa que "la Contraloría sólo podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión,

a fin de verificar si las actividades de las referidas empresas se adecua a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados". Cualquier actuación de la Contraloría que exceda de esta finalidad de verificación de que una determinada actividad cumplida por una sociedad en la cual el Estado tenga intereses por haber contribuido a ella con ingresos o bienes públicos "se adecua a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados", es por tanto una actuación **ineficaz**.

## V. CRITERIOS LEGALES PARA APRECIAR LA CONDUCTA DEBIDA POR UNA SOCIEDAD DONDE EL ESTADO TENGA PARTICIPACION

20. Ahora bien, realizar auditorías y funciones de control de gestión, es cumplir una serie de actos dirigidos a determinar si la actividad de una sociedad de la especie de las llamadas "empresas del Estado" se ha desarrollado en consonancia con las *decisiones, planes y objetivos que le han sido trazados por quienes tenían las potestades para ello*, y tal determinación sólo puede hacerse a partir de la consideración de cuáles eran tales decisiones, planes y objetivos trazados a dicha sociedad en su concreto documento constitutivo o estatuto social, o que le puedan ser impuestos legítimamente bien por sus Asambleas, Junta Directiva u otros órganos externos a la sociedad cuando alguna ley autorice tal género de imposición.

En este sentido la actividad de un órgano de una de estas sociedades será "inadecuada" si ella no se compadece con su objeto social, o si aun compadeciéndose viola una decisión legítimamente adoptada por un órgano estatutario superior (p. ej.: la Asamblea de Accionistas) que prohibía al órgano que actuó (p. ej.: la Junta Directiva) adoptar tal actividad o le imponía hacerlo de una determinada manera, o si como ocurre con las empresas del Estado que tienen limitaciones por la Ley Orgánica de Crédito Público en cuanto a la generación de "deuda pública" o que tienen que someterse a ciertas pautas presupuestarias según la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario se constatare sin embargo la violación de tales limitaciones o pautas, etc.

21. Por tanto, aun si se admitiese que el artículo 64 de la Ley Orgánica de Contraloría, que pauta la manera como el Congreso ha resuelto ejercer el control sobre los intereses del Estado en este género de "empresas del Estado", esto es, aquellas constituidas como sociedades con participación accionaria del Estado o de otros entes públicos, autoriza a la Contraloría para emitir autos de responsabilidad administrativa o "reparos", siempre sería necesario partir del presupuesto de que tal responsabilidad sólo podría generarse por actividades que no se adecuaren a las "decisiones" legítimamente adoptadas por los órganos legítimos de dicha sociedad, o a "planes y objetivos" señalados a la sociedad y que sus administradores estuvieran en el deber de observar conforme a los Estatutos de la sociedad o a leyes específicas que debieren regirlas. En ningún caso podría la Contraloría entenderse facultada para juzgar libremente sobre la prudencia de la actividad desplegada, las modalidades según las cuales fue adoptada tal decisión o la oportunidad de adoptarla o no.

22. Lo que decimos es de relevante importancia para juzgar sobre la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima por el estilo del Centro

Simón Bolívar, C. A., donde sobre la base de que las acciones que integran el capital social de esta compañía “están poseídas íntegramente por diversas entidades que son parte y están integradas a la Administración Pública” se llega a la conclusión de que por tal motivo esa compañía es una “persona pública” y que la gestión que le ha sido encomendada es una gestión “de derecho público”, lo que hace aplicable directamente el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría. Así lo sostiene el propio Contralor General de la República en decisión dictada el 28 de noviembre de 1980, mediante la cual confirmó jerárquicamente una decisión anterior dictada por el Director de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada (Expediente ADD-78-018).

El citado artículo 81 de la Ley de Contraloría reza así: “La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o *particulares*, que tengan a su cargo o *que intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control*, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubieran cesado en sus funciones” (subrayados nuestros).

Ahora bien, si bien es cierto que este texto legal parece muy amplio, pues no habla de “*bienes o fondos públicos o nacionales*”, sino de “*bienes o fondos de entidades sujetas a su control*” (esto es, al control de la Contraloría), debe tenerse en cuenta que, como ya lo expusimos, el artículo 235 de la Constitución excluye de modo implícito que *puedan extenderse las funciones de la Contraloría* de que trata el artículo 234 *ejusdem* al hablar de los “bienes nacionales” *a las empresas del Estado constituidas como sociedades de derecho privado* y que, en consonancia con él, el citado artículo 64 de la Ley de Contraloría lo excluye expresamente al limitar la función de control de tal organismo a verificar *si la actividad de dichas sociedades se adecua “a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados”*.

Es necesario, pues, armonizar el texto del artículo 81 de la Ley de la Contraloría con el del artículo 64 *ejusdem*.

“Bienes nacionales o públicos”, conforme al criterio del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, serían tan sólo las “acciones” del Centro Simón Bolívar y, en tal caso, sería a los “errores, omisiones y negligencias” en que hubieran podido incurrir quienes han ejercido la representación, custodia y manejo de dichas “acciones” a los que podría hacer alusión el citado artículo 81 de la Ley de Contraloría. No así los bienes o fondos propiedad del Centro Simón Bolívar como tal, a cuyo respecto sólo puede hablarse en estricto sentido jurídico de “bienes privados” de tal ente. Para juzgar sobre la administración, manejo y custodia de la primera especie de bienes (las “acciones”) los criterios serán, por tanto, los generales a la Administración Central o a los organismos públicos a los que ellos pueden extenderse conforme al artículo 235 de la Constitución y en la medida en que la Ley Orgánica de la Contraloría así lo haya autorizado. Para juzgar, en cambio, sobre la corrección (ausencia de errores, omisiones o negligencias) del manejo, administración y custodia de los bienes del Centro Simón Bolívar, en cuanto en ellos tiene

un “interés” indirecto el Estado, habrá que aplicar rigurosamente los criterios taxativos del artículo 64 de la Ley de Contraloría, que es la ley según la cual ha resuelto el Congreso conforme al artículo 230 de la Constitución que debe ejercerse este control.

23. Aclarado lo anterior, nos queda sólo por comentar la pintoresca afirmación hecha por el Contralor en su informe de que el Centro Simón Bolívar es una “persona pública” porque “la gestión que le ha sido encomendada es de *derecho público*”.

Sabido es que la clasificación entre “normas de derecho público” y “normas de derecho privado” suele construirse bien atendiendo el carácter primario o secundario de los intereses protegidos por una norma (teoría del interés) o bien a la posición de subordinación o de igualdad en que se desenvuelven las relaciones jurídicas reguladas por la concreta norma de cuya calificación se trata. Para que una norma sea de derecho público en concepto de la primera teoría aludida no basta con que ella persiga *mediatamente* un interés público o colectivo, pues todo el Derecho Privado de origen legal está dirigido en última instancia a proteger el interés público en la paz social, el desarrollo nacional y eficiente de la economía, etc., sino que se requiere la especial y preeminente consideración por la norma del interés de que se trate como un interés público, lo que está lejos de resultar evidente cuando el Estado adopta para regular sus muy variados intereses algún procedimiento característico de derecho privado. Por otra parte, lo que tipifica según otro apreciable sector de la doctrina de Derecho Público es que la relación intersubjetiva que en ella se presenta se nos da en un plano de supraordenación: apareciendo uno de los sujetos como portador preeminente del poder, mientras que los enfrentados a él se nos mostrarían como subordinados. Sin pretender con estas dos notas agotar el muy complejo tema de la diferenciación del derecho público y del derecho privado, es por lo menos cierto que estas normas nos llevarían a sostener lo contrario de lo aseverado en la comentada decisión del Contralor, esto es, que la gestión encomendada al Centro Simón Bolívar, C.A. es una típica gestión de derecho privado, caracterizada por desenvolverse en plano de igualdad con los demás sujetos que intervienen ordinariamente en el mundo de los mismos negocios que, según su objeto social, debe realizar el Centro Simón Bolívar; para lo cual se le constituyó en la forma de una empresa privada, con un estatuto sometido a las guías del Código de Comercio y se lo dotó de una administración que no se instituye por las pautas publicísticas para el nombramiento de los funcionarios públicos, sino que se integra sirviéndose de las pautas contractuales previstas en el Código de Comercio y en la Ley del Trabajo, o sea, mediante elección por la asamblea de los accionistas de la compañía o mediante la celebración de meros contratos de trabajo.

Para no citar sino un solo texto en lo que respecta al modo que la doctrina emplea para definir lo que es una persona jurídica pública, nos limitaremos a citar lo que el profesor Ricardo Monaco escribe al respecto en el *Novissimo Digesto Italiano*, voz “Persona Giuridica (Diritto Privato e Pubblico)”, Vol. XII, p. 1042; a saber: “Mas precisamente los signos que permiten reconocer a la persona jurídica pública son los siguientes: 1º) Goce de la potestad de imperio por atribución directa

de parte del Estado y, por consiguiente, ejercicio de tal potestad en el propio nombre del ente; 2º) constitución de la empresa jurídica por iniciativa directa del Estado; 3º) deber frente al Estado de cumplir los propios fines en conexión con el control del Estado dirigido a asegurar tal cumplimiento". Y aunque el citado profesor reconoce que tales notas ayudan muy poco, luego de hacer una clasificación entre "personas jurídicas privadas *de utilidad pública*" y "personas jurídicas privadas *de utilidad particular*", termina diciendo: "La importancia de la distinción entre persona jurídica pública y privada, tanto bajo el aspecto teórico como sobre todo bajo el aspecto práctico, no está en una separación de la capacidad de derecho entre las dos categorías de ente, en cuanto que si la persona privada puede moverse solamente en el campo del derecho privado, la persona jurídica pública tiene capacidad de realizar tanto actos *iure publico* como actos *iure privato*"; y añade todavía que esto se refleja en la característica general de "que el ente público, a diferencia del privado, es parte de la administración pública, y por consiguiente a ella se le aplican las normas concernientes a la administración pública, tanto en lo que respecta a la organización estructural, como en lo que respecta a la actividad del ente y a sus relaciones con los demás sujetos".

Ahora bien, es evidente que tal no es el caso del Centro Simón Bolívar, C. A. ni de las otras compañías anónimas constituidas por el Estado venezolano para realizar algunos de sus objetivos empresariales.

## VI. ANALISIS DE LA ILEGALIDAD DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL CONTRALOR AL CONFIRMAR UN AUTO DE SUPUESTA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CONTRA ADMINISTRADORES DEL CENTRO SIMON BOLIVAR, C. A.

24. La aludida decisión del Contralor General de la República, de 28 de noviembre de 1980, se contrae a un supuesto en que los integrantes de la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar aprobaron en términos generales una operación de compra-venta de terrenos con un particular, dejando al Presidente del Centro (cargo que por los Estatutos Sociales del Centro corresponde al Gobernador de Caracas) la determinación de cuál debía ser el preciso precio a pagar en definitiva. Al respecto el acta de la decisión de la Junta Directiva resumía el acuerdo adoptado por ésta en estas esquemáticas palabras: "Adquisición de inmuebles para el Proyecto de Renovación Urbana de Antímamo. Se autorizó al Presidente para adquirir los lotes de terreno necesarios para la relocalización de habitantes en la zona de Antímamo. Se acordó que el desarrollo de viviendas se haga en forma conjunta con el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo o con cualquier otro promotor solvente a juicio del Centro. Se acompaña al Cuaderno de Comprobantes la oferta de venta sometida a la consideración de la Junta y el avalúo realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo".

En consonancia con este texto en el llamado Cuaderno de Comprobantes, anexo al Libro de Actas de la Junta Directiva, se agregó una carta donde los oferentes

a los terrenos decían estar dispuestos a aceptar un precio de Bs. 80,00 por metro cuadrado y un informe o avalúo del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo en que se establecía para los mismos terrenos un presunto valor de Bs. 56,54 por metro cuadrado.

El Presidente del Centro Simón Bolívar, valiéndose de esta "autorización" o delegación de poderes que le había hecho la Junta Directiva y asesorándose directamente con las dependencias administrativas del Centro que intervenían en el avalúo y adquisición de terrenos, concluyó efectivamente por firmar el contrato de compra-venta por el aludido precio de Bs. 80 por metro cuadrado. Según consta de las declaraciones que éste hiciera en el curso de la "averiguación administrativa" abierta por la Contraloría, para la aceptación de este precio él se basó, entre otras cosas, en que el avalúo agregado al Cuaderno de Comprobantes calculándose un precio de Bs. 56,54 por metro cuadrado fue luego rectificado por el propio Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, al percibir que por un mero error de cálculo el precio por metro cuadrado que realmente correspondía a los terrenos, con base en idénticos elementos a los del referido avalúo, resultaba ser de Bs. 93,58 por metro cuadrado, lo que significaba que adquiriendo dichos terrenos al aludido precio de Bs. 80,00 por metro se lo adquiriría en Bs. 13,58 por debajo de la estimación de su valor real.

Como quiera que sea, apoyándose en un nuevo avalúo elaborado posteriormente con criterios diferentes por dependientes de la Contraloría en el curso de la "averiguación administrativa", según el cual a dichos terrenos no podía atribuirse sino un valor de Bs. 30 por metro cuadrado, el organismo contralor decidió que los integrantes de la Junta Directiva del Centro habían incurrido en una conducta negligente "por haber autorizado en forma genérica al Presidente del Centro Simón Bolívar para la adquisición de los lotes necesarios para la relocalización de los habitantes de Antimano, sin haber precisado las características y condiciones de la operación" autorizando o permitiendo así "la cancelación de un sobreprecio".

Al rechazar los cargos que se le hicieron, los integrantes de la Junta Directiva así inculpados alegaron: 1º) que el Centro Simón Bolívar, C. A. es una sociedad anónima y como administradores designados para integrar su Junta Directiva por una Asamblea de Accionistas del mismo, ellos no eran funcionarios públicos cuya actuación estuviera sujeta al juicio de la Contraloría en términos similares a los de un "funcionario público"; 2º) que de conformidad con el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría, ésta debía limitarse a juzgar su actuación en cuanto se ajustara o no a los poderes que los Estatutos Sociales del Centro confería a la Junta Directiva del mismo y a las normas legales cuya observancia pudiera reclamarse, tal como los que derivan de la Ley Orgánica de Crédito Público, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, etc., pero que la Contraloría carecía de competencia para inmiscuirse en la apreciación misma de si una determinada operación autorizada por ellos, en los límites de sus poderes estatutarios como administradores, era o no conveniente a los intereses del Centro; 4º) que la decisión adoptada por ellos se adecuaba al objeto social del Centro, a las atribuciones que le conferían los Estatutos Sociales, a los planes confiados al Centro por el Ejecutivo Nacional en los límites en que éste podía hacerlo, etc. y que en particular la delegación de

un determinado aspecto de una operación que la Junta Directiva juzgare conveniente en sus términos generales al Presidente del Centro estaba explícitamente autorizada por los Estatutos Sociales, tanto más cuanto que éste tenía a su directa disposición la asesoría de detalles que implicaba la organización administrativa del Centro.

25. De acuerdo con cuanto hemos venido exponiendo, aun para determinar si en la conducta observada por los integrantes de la Junta Directiva del Centro al autorizar la operación en "forma genérica", y delegar los pormenores de ella en el Presidente del Centro, existió alguno de esos "errores, omisiones o negligencias" a que se alude en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Contraloría, el Organismo contralor en el caso concreto no podía actuar a su arbitrio o discreción, pues tratándose de la actuación de la Junta Directiva de una sociedad que se rige, como hemos demostrado, por un régimen de derecho privado, y concretamente por el régimen establecido para las compañías anónimas por el Código de Comercio, la decisión de la Contraloría tenía que enmarcarse en las normas legales que rigen la responsabilidad de los órganos colegiados de administración de las sociedades anónimas. A ellos, en efecto, remite en primer término el citado artículo 64 de la Ley de Contraloría cuando indica que la actuación de la Contraloría se limitará a determinar si la actividad de los órganos de este género de empresa estatal sometida a un régimen de derecho privado "se adecua a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados".

Es por tanto irrefutable el argumento de los administradores integrantes de la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar de que la actuación de ellos, en cuanto regida específicamente por las normas de los artículos 243 y 266, ordinal 4º del Código de Comercio, no podría ser apreciada libremente por la Contraloría como si se tratase de apreciar la conducta de un "funcionario público" en el supuesto de que el citado artículo 81 de la Ley de Contraloría autorizase tal género de discrecionalidad al respecto de los funcionarios públicos.

26. Ahora bien, el artículo 266 ord. 4º del Código de Comercio obligaba al organismo contralor a determinar cuál era la inexactitud en el cumplimiento de los deberes que le imponían el Código de Comercio y los Estatutos Sociales, y el artículo 243 *ejusdem* limitaba la responsabilidad por las conductas realizadas por los miembros de la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar en cuanto "administradores" de una empresa del Estado sometida al régimen jurídico de una sociedad anónima, a la resultante de la "ejecución del mandato". Por otra parte, una correcta aplicación del artículo 26 letra h) de los Estatutos Sociales del Centro Simón Bolívar obligaba a que se les considerase investidos de un mandato general de administración colegiada y la obligatoria aplicación analógica de los artículos 1695 del Código Civil y 387 del Código de Comercio, unida a la del artículo 27, letra k) de los Estatutos Sociales del Centro que *legitimaba expresamente a la Junta Directiva para delegar funciones específicas en el Presidente de la Compañía*, obligaba a excluir, con base en lo que disponen los artículos 1695 del Código Civil y 387 del Código de Comercio al respecto de los poderes de sustitución del mandatario, que los miembros de la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar pudieran *estar sometidos al deber de comunicar precisas instrucciones al Presidente del Centro Simón*

*Bolívar*, persona plenamente abonada para ser sujeto pasivo de cualquier género de sustitución o delegación que en él hicieran los demás integrantes de la Junta Directiva, tanto más cuanto que él era además el Gobernador de Caracas y el jefe superior inmediato de todos los servicios internos del Centro (incluidos los encargados de efectuar los avalúos y estudios técnicos de los terrenos a adquirir) sobre las particularizadas modalidades de una determinada operación que la Junta reputase adecuada a los objetivos del Centro y conveniente en sus lineamientos generales para el cumplimiento de sus planes. A este último respecto, escribe el autor español *Fernando Rodríguez Artigas*: "Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración", Editorial Montecarlo, Madrid, 1971, p. 195, lo siguiente: "El Consejo de Administración puede recurrir a la delegación, tanto para confiar a alguno de sus miembros la ejecución de una decisión concreta previamente acordada por el pleno (por ejemplo, la delegación de la firma de un contrato aprobado por el Consejo) *como para atribuir*, bien a una Comisión, bien a uno o más *Consejeros Delegados, el poder de decidir, con una cierta autonomía, sobre una esfera determinada de competencia*. En este segundo caso se trataría de proceder a una descentralización, en el sentido ya apuntado, a través de un reparto de tareas por medio de una delegación o, en otras palabras, de organizar en una forma relativamente estable la actividad de gestión. *La delegación supone, por tanto, la concesión a determinados administradores de una cierta esfera de autonomía*".

Nada prohibía, pues, a los integrantes de la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar aprobar en términos generales la operación proyectada y delegar en el Presidente del Centro los pormenores de su ejecución.

Tampoco podría decirse que esa decisión adoptada por ellos estuviere fuera del límite de sus atribuciones, ni que el contenido de la misma no se adecuara a los planes y objetivos señalados al Centro por algún órgano interno o externo del mismo, autorizado para trazarle cauces de alguna naturaleza.

Es evidente que la conducta que se atribuye en la decisión del Contralor a los miembros de la Junta Directiva del Centro no puede tacharse de inadecuada a los Estatutos del mismo. Basta comprobar que la letra h) del artículo 26 de tales Estatutos reza literalmente así: "La Junta Directiva tendrá la dirección de todos los negocios y actividades de la compañía, incumbiéndole expresamente...: h) Resolver acerca de la celebración de todos los actos, contratos, operaciones y negocios que vaya a efectuar la compañía, autorizando previamente la suscripción de todo documento que tenga por efecto obligar a la Compañía". Tampoco la conducta del Presidente del Centro Simón Bolívar, que vendría legitimada por la delegación de poderes cumplida en él por la Junta Directiva podría decirse no adecuada a los objetivos y planes trazados al Centro Simón Bolívar por su objeto social definido en esos mismos Estatutos Sociales, así: "La Compañía tiene por objeto el desarrollo urbanístico de la ciudad de Caracas, su Area Metropolitana ... Para ello podrá contratar, ejecutar y financiar toda clase de trabajos relacionados con el cumplimiento de dicho objeto, pudiendo por estos fines realizar todo tipo de operaciones mercantiles y financieras, así como ... comprar ... y realizar inversiones y actos de lícito comercio sin ninguna limitación". Por otra parte, no se le ha imputado a los

miembros de la Junta Directiva haber violado ninguna ley especial dictada por el Congreso a los fines de ejercer el control que le autoriza la Constitución, por ejemplo: la Ley de Crédito Público, la Ley de Presupuesto, etc. Y por el contrario, más bien podría decirse que la operación enjuiciada era una operación inmobiliaria que encuadraba dentro de los precisos planes y objetivos que le había impartido al Centro Simón Bolívar el Presidente de la República a través del Decreto Nº 333 de 13 de agosto de 1974 (*G.O.*, Nº 30.472), mediante el cual se declaró en emergencia una serie de barriadas populares de la ciudad de Caracas y se encomendó al Centro Simón Bolívar la inmediata dotación de viviendas sustitutivas para los habitantes de las mismas, en uso de las atribuciones que al respecto reconoce al Presidente de la República la letra a) del artículo 26 de los Estatutos Sociales del Centro cuando somete al conocimiento y decisión de éste el plan de actividades de la empresa.

## VII. CONSIDERACIONES DE CARACTER IDEOLOGICO

Contrariamente a lo que pudiera creerse la pretensión de la Contraloría de extender a las sociedades en las que exista una cierta participación accionaria de entes públicos el régimen de control previsto para los entes públicos propiamente tales, es inconveniente a los fines que persigue el Estado moderno cuando se inmiscuye en la economía. Es cierto que el dirigismo económico, el derecho reconocido al Estado de promover o regular la producción y la equitativa distribución de la riqueza, implica muchas veces que éste tenga que acudir a normas de derecho público para subordinar a sus fines transpersonales los intereses particulares que puedan contraponerse a ellos. Pero que la realización del llamado interés público por el cual vela el Estado suponga *siempre* la adopción de un régimen de derecho público no es, en cambio, verdad. La frecuencia con la que en los últimos años todos los Estados vienen acudiendo a mecanismos de derecho privado, a ese régimen diseñado por ellos para regular en un plano de igualdad y de mera coordinación de los contrapuestos intereses las relaciones entre los sujetos particulares sometidos a su potestad, para realizar algunos de sus intereses solo mediatamente públicos como si se tratase de un interés privado cualquiera, revela que hay una necesidad psicológica o sociológica de actuar en esta forma y que no es sensato ahogarla por el puro dogmatismo de legistas aficionados al derecho público.

Cuando el Estado, sirviéndose de su capacidad jurídica como persona privada, esto es, como sujeto que también tiene de modo inmediato intereses particulares, acude al expediente de formar una sociedad anónima en lugar de crear un instituto autónomo, lo hace para aprovechar las ventajas que deriva de este enmascaramiento de sus intereses públicos como si se tratase de un interés privado cualquiera. Obtiene así, por lo pronto, la ventaja de templar la actividad que se propone desplegar en el campo de la economía al someterla al libre juego de la competencia económica a que por lo general están sometidos en el mercado capitalista los sujetos privados. Puede contratar los servicios de ejecutivos extraídos del mundo de la actividad

privada que no estarían dispuestos a someterse al régimen estatutario de un funcionario público. Busca sustraerse a ciertos rígidos controles legales a que por su misma índole está sometida toda actuación inmediata del interés público, para que esos intereses, en definitiva también públicos, resulten promovidos con la misma flexibilidad con que los promovería un particular, sometiéndolos más bien a un régimen de libre contratación que a rígidos esquemas legales o reglamentarios.

¿Qué se gana, entonces, con esa tendencia regresiva que pretende volver a encerrar la íntegra actividad del Estado en las redes de una normativa iuspublicística? ¿Evitar que los sujetos que actúan tales intereses del Estado en los entes de derecho privado por él instituidos se sirvan de tales intereses en su propio y particular provecho personal? ¿Pero acaso no existe un peligro similar para los intereses privados de cualquier accionista de una sociedad que confía a unos administradores, igualmente privados, la gestión de los intereses que él tiene en la buena marcha de la sociedad? Y cuando el Estado diseña el régimen de responsabilidad de las sociedades anónimas estableciendo ciertos inviolables poderes de la Asamblea de Accionistas, de los Comisarios, del Juez de Comercio, ¿no busca igualmente evitar esos riesgos de desnaturalización de un poder conferido para actuar intereses ajenos para tratarlo como conferido en el propio provecho? Si el Estado considera haber cumplido suficientemente con su deber de velar por el interés público en que los intereses particulares de sus súbditos resulten debidamente armonizados y defendidos cuando estableció el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima que consagra en el Código de Comercio, ¿por qué ha de considerar que tal régimen es inadecuado para velar por sus intereses particulares cuando él mismo ha buscado servirse de tal régimen? ¿Acaso no lo ha establecido así porque está persuadido de que ese régimen de concurrencia y coordinación de intereses es el que mejor responde a la actuación de intereses privados? Y entonces, cuando quiere que sus propios intereses sean actuados como si fueren intereses privados, ¿no sería una inconsecuencia desnaturalizar y pervertir los fundamentos mismos de tal régimen de concurrencia y coordinación?

Contra lo que la denunciada tendencia regresiva ha popularizado en cierto sector de publicistas, es conveniente pues dejar abiertas las vías de la actuación de ciertos intereses públicos por los cauces del derecho privado. Ello no significa predicar la inexistencia de todo género de controles por la vía de mecanismos de derecho público, sino no exagerarlos más allá de lo realmente imprescindible. Para asegurar el control del Estado sobre las sociedades de derecho privado en que tiene intereses, además de los mecanismos de control que le brinda el derecho privado y que él mismo ha juzgado suficientes para proteger a cualquier particular (el sometimiento al objeto social diseñado, la distribución de poderes entre los diversos organismos sociales, la institución del Comisario, etc.), basta con los especiales controles publicísticos que el Congreso ha creído conveniente establecer en leyes especiales como la de Crédito Público, Régimen Presupuestario, etc. ¿A qué fin, entonces, estimular el doctrinarismo publicístico que arriesga con terminar con las ventajas que el Estado busca con una legislación que le deja abiertas las puertas

para acudir, en determinadas condiciones, al mecanismo de las sociedades de derecho privado?

Obsérvese que cuando se dice que la Contraloría tiene un control de gestión para cerciorarse de que estas sociedades del Estado se han sujetado en sus actuaciones "a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le han sido señalados", se le deja abierto el camino para imponer por los mecanismos propios de un ente privado las rectificaciones y responsabilidades que sean necesarias. La participación de los entes públicos en sociedades privadas se actuará siempre a través de determinados miembros de la Administración Pública que ejercerán la representación de tales entes en las Asambleas de dichas sociedades, y si la Contraloría detectare inadecuaciones en la actuación de este género de empresas que dichos miembros de la Administración Pública no hayan corregido a tiempo siempre podrá imponerles sanciones que les impulsen a corregir tales omisiones, haciendo valer al efecto la representación que ejercen para actuar mediante ella, instando a su vez a los Comisarios de la sociedad privada o exigiendo las responsabilidades que correspondan en el seno de las Asambleas o ante el Juez de Comercio, pero dejando que sean siempre dichos funcionarios quienes actúen el régimen de protección de derecho privado a que el Estado ha resuelto someterse y no pretendiendo sustituir a dichos funcionarios con una forma de actuación directa y de carácter publicístico que no prevé el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría.