

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

El título de la exposición que me corresponde hacer ("El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público") es bastante amplio y sugiere que esta conferencia debería tener un carácter introductorio y que estaría destinada a esbozar, a manera de panorámica, las principales relaciones y posibles influencias entre esta Ley y el Derecho Administrativo, de manera de servir así de introducción a otras conferencias que desarrollarían esos diferentes aspectos específicos. Sin embargo, su ubicación en el tiempo, prácticamente al final del evento, determina que esta exposición debe ser más bien una especie de conclusión general de los aspectos en que se vincula esta Ley con el Derecho Administrativo, ya desarrollados por otros conferencistas.

De todas maneras, creo que aún es muy pronto para llegar a conclusiones y me limitaré a hacer más bien algunos comentarios iniciales que me suscita —como persona preocupada que soy por el campo jurídico-administrativo— la lectura de esta Ley. Desarrollaré estas reflexiones en cuatro partes. La primera de ellas estará destinada a comentar lo que a mi juicio constituye el carácter resaltante de este texto legal, como lo es el de ser un instrumento normativo de carácter penal más que administrativo. En las otras tres partes haré algunos comentarios sobre otras tantas nociones del Derecho Administrativo, respecto de las cuales incide de alguna manera esta Ley: me refiero a la noción de funcionario público, la de patrimonio público y la de responsabilidad administrativa.

I

CARÁCTER PENAL, Y NO ADMINISTRATIVO, DE UNA LEY DESTINADA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En primer lugar, debo aclarar eso de que la Ley está destinada a la Administración. En puridad de conceptos, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público no está destinada solamente a la Administración, sino a todos los poderes del Estado en su conjunto, en la medida en que se vinculen con el objeto protegido por la misma, que es el Patrimonio Público. Pero es evidente que, de hecho, es sólo una parte del Estado, esa parte que se llama Administración Pública, la que se vincula más estrecha, más profunda y más cotidianamente con ese objeto protegido, por lo que será ella, en la práctica, la destinataria privilegiada —si es que se puede considerar esto un privilegio— de las disposiciones de esta Ley.

Ahora bien, esta Ley, dirigida primordialmente a la Administración, no es, paradójicamente, una ley administrativa, o no lo es de manera principal. Por el contrario, su carácter es acentuadamente penal o, de una manera más general, represivo. Ese carácter deriva de una opción política en relación a la manera en cómo debían enfrentarse los gravísimos problemas de la corrupción administrativa y del despilfarro de los recursos públicos. La opción escogida fue la de enfrentarlos a través de la represión. Ese carácter penal y represivo, incluso muy severo, ha sido suficientemente destacado por todos en este evento, algunos criticándolo y otros celebrándolo. No voy, pues, a insistir en él.

Pero sí me gustaría no pasar por alto el señalamiento de que pueden existir otras vías, más bien de tipo preventivo, para enfrentarse a tan graves problemas. Me refiero, en particular, a la necesidad de crear y establecer mecanismos e instrumentos operativos para la actuación de la Administración que le permitan lograr conductas y decisiones correctas y que, por el contrario, impidan o minimicen al máximo la posibilidad o el riesgo de que se tomen conductas y acciones incorrectas, contrarias al patrimonio público y, más ampliamente, al interés público o general. A cualquiera que desprevenidamente lea esta Ley, seguramente le sorprenderá encontrar en ella sanciones a ciertas conductas que sencillamente no debería ser posible que se dieran, como es el caso de las multas previstas para quien contrate personal innecesario para el funcionamiento del organismo o para quien ordene erogaciones excesivas para gastos de escritorio o de papelería. Si tales conductas pueden

darse hoy día en la Administración Pública (y sabemos que lamentablemente sí es posible) es porque no existen las normas y procedimientos internos adecuados en materia de programación y elaboración de presupuestos, que lleven a determinar *a priori*, cuáles son las verdaderas necesidades de los organismos; de existir y de aplicarse esas normas y procedimientos, no tendrían sentido estas sanciones, puesto que no le sería posible al funcionario decidir, contratar personal o adquirir materiales por encima de las necesidades del organismo. En cambio, en ausencia de ellos, muy probablemente el funcionario —dotado, incluso sin quererlo, de discrecionalidad para tales decisiones— tomará decisiones erradas y lesivas al patrimonio público, y ello no necesariamente por mala fe, sino simplemente por carecer de parámetros objetivos y de mecanismos procedimentales preestablecidos.

Hay, pues, todo un esfuerzo que debe realizarse en este sentido, lo cual, por lo demás, no se plantea exclusivamente en relación con la protección del patrimonio público, sino más generalmente en relación con la necesaria modernización de la Administración Pública en todos sus aspectos. No debe olvidarse que la Administración está en mora, desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la redacción y publicación de manuales de organización y de procedimientos internos que objetivicen y racionalicen la actuación administrativa.

En este sentido me parece alentador el anuncio que hizo en este evento el doctor Manuel Rachadell, en el sentido de que la Comisión de Administración Pública tiene la inquietud de promover la elaboración y la puesta en práctica de este tipo de mecanismos instrumentales y operativos, en materia de programación y presupuesto, en materia de manejo de personal, etc., que serían precisamente instrumentos preventivos, de carácter administrativo, y no instrumentos sancionatorios y represivos.

En todo caso, lo que me interesa destacar de esto, a los efectos de mi análisis, es la consecuencia lógica derivada del haberse optado en forma exclusiva por este instrumento normativo de carácter represivo: como esta Ley es el único remedio al cual se ha echado mano, es imprescindible entonces —en la mente del proyectista— que el mismo sea, por una parte, lo más englobante posible porque debe tratarse de que nada ni nadie escape del mismo; y por otra, debe ser lo más radical y severo posible. De ello resulta una tendencia expansiva, una actitud extensiva que se percibe en todo el texto de la Ley y que determina en particular la concepción amplia, a veces exagerada, con que se ma-

nejan ciertos conceptos e instituciones que, al menos en Derecho Administrativo, tienen una connotación mucho más precisa, más delimitada, más técnica. A ello yo quiero hacer referencia en las siguientes partes de la exposición.

II

LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La noción de funcionario o empleado público es, como se sabe, uno de los conceptos más importantes del Derecho Administrativo, dentro de la teoría general de la función pública. Desde el punto de vista jurídico-administrativo, la expresión funcionario público tiene una connotación bastante precisa.

Ahora bien, la noción de funcionario o empleado público constituye un elemento fundamental de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en razón de que configura el sujeto pasivo —como se le ha dicho aquí en estas Jornadas— o, más precisamente, el *destinatario* por excelencia de dicha Ley. En efecto, el artículo 1º de la Ley, al precisar los objetivos de la misma, señala como uno de ellos el “hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los *funcionarios y empleados públicos* y demás personas que se indican en ella”. Esta última referencia a otras personas pone de relieve, sin embargo, que el funcionario o empleado público es el destinatario por excelencia, pero no el exclusivo de este texto legal, a diferencia de lo que ocurría con la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, antecedente inmediato de esta Ley.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley Orgánica de Salvaguarda define qué debe entenderse por “funcionario o empleado público”, haciendo la salvedad de que tal definición se hace a los efectos de la propia Ley, por lo que no pretende ser una definición genérica, válida para todos los efectos jurídicos (definición genérica de funcionario público que, por lo demás, no existe en ningún texto legal positivo en Venezuela, ni siquiera en la Ley de Carrera Administrativa).

La derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito había adoptado una técnica semejante: definía, a sus propios efectos, la noción de funcionario o empleado público, noción en torno a la cual luego hacía girar —de manera exclusiva, y esto es una diferencia con la Ley de Salva-

guarda— todas las instituciones y mecanismos que la misma creaba.¹ Debe señalarse de paso que dicha Ley asimilaba las nociones de funcionario y de empleados público, lo que constituye una semejanza con la nueva Ley de Salvaguarda; de este modo, ambas leyes se inscriben dentro de la tendencia dominante en nuestro derecho positivo, que ha optado por no diferenciar entre funcionario y empleado público, a pesar de ciertos intentos doctrinales por señalar diferencias entre ambas nociones.² Pero lo que importa ahora hacer notar es que esa definición de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito no coincidía, por ser más amplia, con la noción genérica o común de funcionario o empleado público, tal como se entiende normalmente en el Derecho Administrativo y, en particular, con la definición que nuestra doctrina y jurisprudencia habían elaborado por la interpretación de la Ley de Carrera Administrativa; esa diferencia, consistente en una noción sensiblemente más amplia en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, era comprensible, por la diversidad de intereses tutelados en uno y otro texto legal.

Ahora bien, dentro de su tendencia expansiva o extensiva, la nueva Ley de Salvaguarda, al definir la noción de funcionario o empleado público, ha extendido aún más la ya amplia noción que contenía la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito. Esa ampliación o extensión de la noción se manifiesta en los tres numerales que conforman la lista que utiliza el artículo 2º de la Ley de Salvaguarda para definir la noción. Esto tiene una gran importancia práctica, porque de esa manera se amplía el campo subjetivo de aplicación de la Ley y se incluyen casos que habían quedado fuera de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito por la interpretación restrictiva que de ella había hecho la doctrina administrativa (la Procuraduría General y la Contraloría General, particularmente), en atención a su carácter penal.

Veamos ahora el artículo 2º de la Ley de Salvaguarda, en el cual, como sabemos, está contenido el concepto de funcionario o empleado público. Dicho artículo comprende tres numerales, en los cuales el legislador tuvo la intención de establecer tres categorías diferentes de funcionarios o empleados públicos. Analicémoslos sucesivamente, señalando en cada uno de ellos los elementos con los que, en cada caso, se intenta ampliar la noción de funcionario o empleado público.

1. Ezra Mizrachi: "El concepto de funcionario público en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos", en *Revista de Derecho Público*, Nº 4, Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre 1980, pp. 40 y 46.
2. Cfr. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª Edición, Caracas, 1978, pp. 375 y ss.

1. Categoría prevista en el numeral 1: los funcionarios "propiamente dichos"

Según el primer numeral del artículo comentado, se consideran funcionarios o empleados públicos "a todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República de las Entidades Federales, Municipios, de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades".

Este primer grupo de funcionarios públicos coincide, a grandes rasgos, con el concepto tradicional que la doctrina jurídica-administrativa hace de funcionario público, ya sea que se utilice como criterio determinante el ejercicio de una función pública o el de la relación de empleo público, que son los dos criterios fundamentalmente utilizados para determinar este concepto. Y, por otra parte, también coincide muy de cerca con el primer supuesto que contemplaba la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito. Frente a este último, se notan, sin embargo, ciertas modificaciones, constituidas por dos expresiones que se añadieron en el texto de la Ley de Salvaguarda, con las que se amplía notablemente el concepto.

La más significativa de esas expresiones es la referente al posible origen contractual de la relación funcionarial. En efecto, mientras la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito consideraba funcionarios a "todos los que estén investidos de funciones públicas... sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" (es decir, señalaba sólo dos posibles orígenes de la relación), en cambio la Ley de Salvaguarda dice: "todos los que estén investidos de funciones públicas... originadas por elección, por nombramiento o *contrato* otorgado por la autoridad competente".

Esto se inscribe dentro de un problema bastante debatido en torno al primero de los elementos que tradicionalmente se señalan como constitutivos de la definición de funcionario público, que es precisamente el referido a la manera de ingresar a la función pública. En efecto, de manera prácticamente unánime se admite que el ingreso a la función pública sólo puede producirse por alguno de los modos de designación previstos en las leyes, que son siempre de Derecho Público: nombramiento, con o sin concurso previo, y elección, esencialmente (aun cuando se señalan otros, tales como el sorteo, pero éste es más bien un caso

excepcional). Todos estos medios se caracterizan porque son mecanismos unilaterales, en el sentido de que en ellos no interviene la voluntad del aspirante a funcionario público, y ello se fundamenta en que la naturaleza de la relación de empleo público es estatutaria (establecida unilateralmente por el Estado, a diferencia de la relación laboral normal) y, por tanto, no puede ser objeto de acuerdos de voluntad. Es de señalar que en el caso específico de la Ley de Carrera Administrativa no se contempla el contrato como posible fórmula de ingreso a la función pública. De allí que la tendencia dominante en Venezuela es la de considerar que las personas —por cierto bastante numerosas— que trabajan para la Administración en calidad de contratados no son verdaderamente funcionarios y que no se rigen por la Ley de Carrera Administrativa, sino por las cláusulas del contrato y por la Ley del Trabajo, la cual, como se sabe, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos (Art. 6).

Sin embargo, tanto la doctrina³ como la jurisprudencia del Tribunal de Carrera Administrativa y de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, han comenzado a admitir que la relación jurídica entre el funcionario público y el Estado puede tener su origen en un contrato, “debiendo tomarse en cuenta para tales fines la naturaleza de la tarea que el contratado realiza”;⁴ expresamente ha admitido la jurisprudencia que el hecho de que una persona esté trabajando para la Administración, habiendo iniciado su relación bajo la forma de un contrato, no excluye de plano y en todo caso la posibilidad de que esa persona sea considerada funcionario público; este último carácter se ha admitido al menos “cuando se trate de contratos de servicios por tiempo limitado de profesionales especializados o para prestación de asesoramiento y consulta”.⁵ Sin embargo, debe señalarse que esta posición jurisprudencial no está totalmente consolidada, pues en otras sentencias, incluso más recientes, se ha insistido en que sólo se puede ingresar a la función pública por nombramiento.⁶

3. Ver Hildegard Rondón de Sansó: *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*, Ed. Magón, Caracas, 1974, pp. 152-153. Ver también Armida Quintana Matos: *La Carrera Administrativa*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 42-45.

4. Ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 27-5-1980, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 189-190.

5. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 9-6-1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, p. 181.

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de fecha 5-11-1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1981, p. 150.

Resulta, pues, significativa la inclusión de la expresión “por contrato” en la Ley de Salvaguarda, por cuanto se inscribe en el sentido de esa evolución jurisprudencial, la cual, por lo demás, no hace más que recoger o no desconocer una situación muy frecuente en la realidad de nuestra Administración, como es la de los “funcionarios contratados”. Podría pensarse, pues, que esta Ley —aunque, insistimos, es sólo a sus efectos— da un espaldarazo a la posición según la cual la relación funcional puede tener un origen contractual. Sin embargo, no deja de ser curioso el hecho de que la propia Ley, en el artículo 107, cuando habla de la obligación que tienen los organismos sujetos a la misma de enviar las nóminas anualmente a la Oficina Central de Personal, dice que esas nóminas deben abarcar “tanto a los funcionarios como al personal contratado”, como si estuviera olvidando que antes, en este numeral del artículo 2º, precisó que el personal contratado está incluido en su noción de funcionarios públicos.

La otra modificación que aporta la Ley de Salvaguarda en la disposición comentada frente a la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, en lo que se refiere a este concepto —digámoslo así— tradicional de funcionario público, es la de que se amplía el campo de los entes públicos no territoriales cuyo personal debe considerarse funcionario o empleado público. En efecto, la Ley derogada consideraba como tales a quienes estuvieran “al servicio de la República (y demás entidades públicas territoriales, en esto no hay cambio sustancial, sino de términos) o de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades”, mientras que la Ley de Salvaguarda dice: “o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela *o de cualquier otro tipo* por parte de dichas entidades”.

La modificación se produce en la manera de identificar a esos entes públicos no territoriales, cuyo personal se considera funcionario o empleado público: antes, los sometidos a control de tutela, y ahora, tanto los sometidos a esa forma como a cualquier otro tipo de control.

Esa modificación —como se ve claramente— es también extensiva o amplificativa, y hace referencia al hecho de que en la teoría jurídico-administrativa por “control de tutela” (o de adscripción, que es la expresión más usual en nuestras leyes) se entiende el ejercido por la Administración Central sobre los institutos autónomos, y no sobre los otros entes públicos descentralizados. Así, por ejemplo, en relación con las Universidades Nacionales, consideradas por muchos no como institutos

autónomos, sino como entes públicos corporativos —otra categoría de entes públicos no territoriales—, hay resistencias a calificar el control que sobre ellas ejerce el Consejo Nacional de Universidades (y no un Ministro, como sucede en el caso de la adscripción) como propiamente de tutela, sino más bien como un control de otro tipo.⁷ Algo similar sucede en el caso de los llamados por un sector importante de la doctrina “entes públicos asociativos” (es decir, aquellos que, como el Banco Central de Venezuela, tienen forma de sociedad mercantil, pero han sido creados por ley y ésta les acuerda el carácter de personas jurídico-públicas), donde tampoco hay un verdadero control de tutela, sino el llamado control accionarial.⁸

Con la nueva redacción de la Ley de Salvaguarda, no habrá ya posibilidad de dudas respecto a que no sólo los empleados al servicio de los institutos autónomos, sino de todos los demás entes públicos no territoriales, sometidos a cualquier tipo de control por parte de la Administración Central, quedan incluidos dentro del concepto amplio de funcionario o empleado público, a los efectos de esta Ley.

Sin embargo, a pesar de tal amplitud, podría pensarse que quedan fuera entes como los Colegios Profesionales, los cuales son considerados por la doctrina y últimamente por la jurisprudencia⁹ como establecimientos públicos corporativos y que dictan actos administrativos, susceptibles, por tanto, de ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, no estando sometidos a control de tutela ni de otro tipo por la Administración, escaparían de esta disposición, lo cual por lo demás parece razonable, en virtud de no encontrarse vinculados directamente a los intereses patrimoniales del Estado. Pero quizás esto nos demuestra más bien que el criterio empleado, el de la existencia de algún tipo de control por parte de la Administración Central, es adecuado, pues éste está generalmente asociado a la presencia de intereses patrimoniales del Estado.

7. En tal sentido, Allan Brewer-Carías: *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 224; también, Armando Rodríguez y Gustavo Urdaneta Troconis: *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Abierta, Caracas, 1981, p. 164.

8. Ver A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis, *ob. cit.*, p. 164.

9. Ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de 11-5-1980, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, p. 104. Ya en fecha anterior, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (sentencia de 13-1-76, citada en la anterior) había reconocido que la actividad reglamentaria de esos colegios “constituye el ejercicio de un servicio público” y que sus decisiones tienen las características de actos administrativos.

2. *Categoría prevista en el numeral 2: los funcionarios "por ficción legal"*

El segundo grupo de personas que este artículo considera funcionarios o empleados públicos se refiere a "los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4 de esta Ley (donde se define el patrimonio público o, mejor, donde se señala la lista de entes que son titulares del mismo), igual o mayor al 50 por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio".

En relación con este segundo grupo de funcionarios, debe señalarse que ya también la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito lo contemplaba como tales (Art. 2º, Ord. 3º). La doctrina, tanto administrativa como de autores, había tenido la oportunidad de poner en evidencia la amplitud de criterio demostrado por esa Ley al catalogar a estas personas como funcionarios públicos. En particular, la Procuraduría General de la República había puesto de relieve "que el concepto de funcionario público que nos da la ley (contra el Enriquecimiento Ilícito) es un concepto muy amplio, amplitud que se pone de manifiesto siempre que el legislador venezolano dicta leyes que protejan los intereses pecuniarios del Estado".¹⁰

Pero, ¿en qué consiste esa amplitud? Sencillamente en que, aun cuando las empresas propiedad del Estado forman parte, por esa vinculación "dominical", de la estructura estatal y constituyen, según la casi unanimidad de la doctrina, entes de la Administración Descentralizada, sin embargo no tienen carácter público, sino que son personas jurídico-privadas (aunque estatales) y, por tanto, se rigen predominantemente por las normas del Derecho Privado. De allí que no parece apropiado considerar al personal a su servicio dentro del funcionariado público; y esto lo recoge expresamente nuestro derecho positivo, al dejar que las relaciones entre dicho personal y sus empleadores (que son las empresas estatales) se rijan por las normas laborales comunes.

En razón de ello, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias había considerado como una "ficción legal" la declaratoria de funciona-

10. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1977, Caracas, 1978, pp. 122.

rios públicos a estas personas, hecha por la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, "por no derivar su carácter de funcionario o empleado público de la circunstancia de estar investidas de una función pública o de desempeñar un cargo público".¹¹ Quedaba claro, pues, que el carácter de funcionario lo tenían a los solos efectos de esa Ley.

Ahora bien, el ya amplio criterio que en este punto demostraba la Ley derogada ha sido extendido aún más por la nueva Ley, en varios aspectos que paso en seguida a enumerar:

A. En primer lugar, donde la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito decía: "Los administradores de sociedades civiles o mercantiles", la Ley de Salvaguarda dice: "los *directores* y administradores". Algunos ya han opinado en ese evento, como el doctor Mélich, que la inclusión de los "directores" no añade nada, puesto que ambas expresiones deben entenderse como sinónimas, tomando en cuenta la normativa del Código de Comercio. Sin embargo, otros como el doctor Brewer, han sostenido que la intención de la Ley de Salvaguarda en este punto fue precisamente la de extender el campo de los sujetos a ella sometidos, que no lo habrían estado de haberse mantenido la antigua redacción. Se trata, pues, de una cuestión de interpretación, que ha de ser solucionada por la jurisprudencia, pero que en todo caso abre la posibilidad de una extensión mayor del concepto de funcionario público.

B. La segunda ampliación de la Ley de Salvaguarda en este punto consiste en que, además de las "sociedades civiles y mercantiles" que estaban contempladas en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, incluye a las "fundaciones y otras personas jurídicas", con lo cual quiso claramente adaptarse a la evolución de la realidad administrativa venezolana, en la cual se evidencia que la descentralización administrativa con forma de derecho privado ya no se hace sólo por medio de la figura de las sociedades, sino además, y en forma creciente, a través de otros tipos de figuras subjetivas de carácter privado, especialmente la de las fundaciones. Los directores y administradores de estos otros tipos de figuras jurídico-privadas deben, pues, añadirse a la lista de funcionarios públicos "por ficción legal".

C. La tercera modificación se da porque, mientras en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito los administradores que se consideraban funcionarios eran aquellos cuya elección o designación dependiera del gobierno de la República, de los Estados, de las Municipalidades o de los

11. Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 13-8-1964, en *Gaceta Forense*, Nº 45, Segunda Etapa, Caracas, 1967, p. 265.

institutos autónomos, en cambio la Ley de Salvaguarda introduce aquí una doble ampliación:

a) Por una parte, porque ya no son sólo los administradores designados por un ente público, sino que son *todos* los directores y administradores, independientemente de *por quién* sean designados, con lo que en el caso de las empresas mixtas quedan abarcados incluso los designados por el sector privado, siempre que la participación estatal sea igual o superior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio de la empresa; con esto, evidentemente, se quiso superar la interpretación restrictiva que al respecto había hecho la doctrina administrativa.¹² La solución de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, basada en el criterio del carácter público o privado de quien hace la designación, se dejó sólo para los casos de empresas con participación estatal minoritaria (inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio).

b) Por otra parte, porque la referencia a la República, Estados, Municipios e institutos autónomos se ha ampliado, al establecerse que las sociedades, fundaciones y otras personas privadas descritas en este numeral son aquellas cuyo capital o patrimonio esté integrado con aportes "de las entidades mencionadas en el artículo 4º" (es decir, el artículo que define el patrimonio público), en el cual no sólo se señalan esos cuatro tipos de entes públicos (República, Estados, Municipios e institutos autónomos), sino también otras categorías de entes, tales como las demás personas jurídicas de derecho público (numeral 3), las sociedades con participación pública decisiva (numerales 4 y 5) y las fundaciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas anteriormente señaladas (numeral 6). No hay necesidad de insistir en que tal disposición extiende enormemente el campo de las personas que la Ley de Salvaguarda considera funcionarios públicos, por esa vía de la "ficción legal" a que hacía referencia la Corte Suprema.

3. *Categoría prevista en el numeral 3: ¿noción "residual" de funcionario?*

En el tercer numeral del artículo que estamos comentando, la pretensión expansiva de esta Ley rebasa con creces todo lo que hasta ahora hemos señalado. En efecto, tal disposición considera funcionario o em-

12. Ver, por ejemplo, *Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República (1969-1976)*, Tomo V, Ediciones de la Contraloría General, Caracas, 1976, pp. 612 y ss.; y *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1965, Caracas, 1966, p. 49.

pleado público "a cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente Ley". Pareciera que, temiendo haber dejado fuera algún posible supuesto o queriendo cerrar el paso a eventuales interpretaciones restrictivas, abrió una especie de noción "residual" de funcionario público.

Es de hacer notar al respecto que con la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito se había planteado el problema de que la misma se estructuraba exclusivamente en torno a la noción de funcionario o empleado público, cuya condición era lo que determinaba la aplicación de las instituciones de dicha Ley: la obligación de presentar declaración jurada, la tipificación del enriquecimiento ilícito, etc. Sin embargo, en la misma Ley se mencionaba, a ciertos y determinados efectos, a otras personas que no entraban dentro del concepto que la misma daba de funcionario, como en el caso de la norma que imponía la obligación a los particulares de colaborar y de informar en las investigaciones que hiciera la Comisión (Art. 16). Ante ello, la doctrina había sido enfática al aclarar que esa circunstancia no les confería el carácter de funcionarios públicos ni, por ende, los hacía destinatarios de la Ley.¹³ Parece razonable pensar, entonces, que el motivo de la inclusión de este numeral 3 fue el deseo de evitar cualquier interpretación restrictiva en relación con el alcance de la Ley de Salvaguarda.

Ahora bien, examinada más de cerca, esta prudencial previsión se nos muestra como innecesaria, generadora de posibles complicaciones y, en definitiva, inútil.

Innecesaria, porque la Ley de Salvaguarda no se dirige exclusivamente a los funcionarios públicos: en su artículo 1º se señalan expresamente como destinatarios "los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indiquen en ella". Si, tomando como modelo la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, la de Salvaguarda hubiera restringido sus destinatarios a los solos funcionarios públicos, habría sido comprensible que luego, al decir qué debe entenderse por tales funcionarios, hubiera utilizado el criterio más amplio posible, y ello habría justificado este numeral 3. Pero, el haber ampliado el campo de sus destinatarios como lo hizo en el artículo 1º, era suficiente para superar la dificultad que presentaba la Ley derogada y ello hacía totalmente innecesario este numeral 3.

Ahora bien, si se tratara sólo de una previsión simplemente innecesaria, no tendría mayor importancia, conforme al dicho popular de que "lo que abunda, no daña". Pero lo grave es que, además, tal dis-

13. Ezra Miztachi, *ob. cit.*, pp. 46 y ss.

posición es susceptible de generar complicaciones en cuanto a la interpretación y aplicación de la Ley. Estas complicaciones pueden producirse por la deficiente técnica legislativa demostrada en este punto por la Ley de Salvaguarda, al utilizar un complicado e innecesario juego de remisiones recíprocas. En efecto, el numeral 3 comentado remite, como vimos, a otras disposiciones de la Ley. Pero gran parte de las disposiciones de éste remiten, a su vez, a este artículo 2º; así, por ejemplo, el artículo 5º señala que están obligadas a hacer declaración jurada de patrimonio "las personas señaladas en el artículo 2º de la Ley"; los delitos previstos en los artículos 58 y 59 pueden ser cometidos por "cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2º de la presente Ley", etc. Por otra parte, al igual como la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito mencionaba a personas diferentes a los funcionarios públicos, también la Ley de Salvaguarda menciona en su articulado a una serie de personas que de ninguna manera podríamos considerar como funcionarios en el sentido propio del término: por ejemplo, el ya muy comentado caso del médico, contemplado en el artículo 74, o el de los particulares e institutos bancarios que, según el artículo 10, deben colaborar suministrando información a la Contraloría, o el de los contratistas, a quienes se puede solicitar declaración jurada de patrimonio, conforme al artículo 14.

El problema que podría derivarse de todo ello puede formularse así: ¿toda persona que la Ley mencione adquiere —en virtud de la remisión genérica del numeral 3 del artículo 2º— la condición de funcionario a los efectos de dicha Ley, aplicándosele, por ende, toda la normativa destinada específicamente a los funcionarios? Y así, por ejemplo, los artículos 32 y siguientes, que regulan la responsabilidad administrativa como una institución referida específicamente a los funcionarios, ¿podrían también aplicárseles a los médicos, a los institutos bancarios o a los contratistas, argumentándose que, por estar mencionados en la Ley, son funcionarios públicos, en virtud del numeral 3 del artículo 2º?

Me parece que no es razonable sostener tal cosa; además, creo que el propio articulado de la Ley suministra argumentos para negar una interpretación como esa, pero un análisis de este tipo excedería los límites de esta ponencia. Baste decir que, en múltiples disposiciones, la Ley distingue entre funcionarios y "otras personas" (por ejemplo, los delitos contemplados en los artículos 63 y 64; el artículo 102, en materia de prescripción de las acciones, etc.). Ello significa, sin duda alguna, que, en la intención del legislador, el que a esas otras personas se las mencione a fin de aplicarles ciertos y definidos aspectos de la Ley, no les confiere el carácter de funcionarios públicos.

De todo ello parece deducirse que este numeral 3, además de innecesario y generador de confusiones, es también inútil o irrelevante, en el sentido de que no produce ningún efecto, no añade nada: los funcionarios son los señalados positivamente en los numerales 1 y 2; a las otras personas señaladas en la Ley se les aplicará lo dispuesto en la norma que los señale, pero nada más y, en particular, no les serán aplicables las obligaciones y responsabilidades previstas para los verdaderos funcionarios. En definitiva, la categoría de funcionarios públicos prevista en el numeral 3 es una categoría vacía.

Debo, sin embargo, admitir que ésta es sólo mi opinión. Pero hay aquí, evidentemente, una puerta abierta para la eventual aplicación aún más extensiva de la Ley.

III

LA NOCIÓN DE PATRIMONIO PÚBLICO

La segunda noción del Derecho Administrativo respecto de la cual tiene alguna incidencia la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público es, precisamente, la de patrimonio público. Voy a hacer algunos breves comentarios en relación con esta noción, la cual, en efecto, se vincula con uno de los temas propios del Derecho Administrativo, como lo es el del régimen de los bienes públicos. En Venezuela, como es sabido, los bienes se clasifican en públicos y privados, según las personas a quienes pertenecen;¹⁴ los pertenecientes a personas jurídicas de carácter público son bienes públicos y están sometidos a un régimen jurídico-administrativo,¹⁵ diferente del aplicable a los bienes privados, que son los pertenecientes a las personas privadas.

Ahora bien, la noción de patrimonio público es un elemento clave de la Ley que estamos comentando, puesto que constituye precisamente el objeto protegido por ella, al cual pretende salvaguardar, como su mismo nombre lo indica. Es por ello que una de las primeras cosas que hace esta Ley es justamente definir qué debe entenderse por patrimonio público; veamos más detenidamente esta definición y constata-

14. Artículo 538 del Código Civil.

15. Sería más preciso decir: "a diferentes regímenes jurídico-administrativos", pues éstos varían según el tipo de interés tutelado. Ver Ana María Ruggeri: *Ordenación Sistemática de la Legislación Vigente sobre Bienes del Estado. Tomo Introductorio*; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, mimeografiado, p. 13.

remos que en la misma está presente la misma tendencia expansiva a que hemos hecho referencia repetidamente.

1. *Definición legal de patrimonio público*

La definición de patrimonio público nos es ofrecida por el artículo 4º de la Ley, en el cual se señala que debe considerarse tal el "que corresponde por cualquier título" a alguno de los entes enumerados en una larga lista contenida en seis numerales.

A los efectos de sistematizar esa lista, podemos ordenar los entes en ella señalados en tres categorías, según una clasificación que se inspira en la posición dominante en nuestra doctrina jurídico-administrativa relativa a las figuras subjetivas del Derecho Administrativo:¹⁶

a) Las personas públicas territoriales: la República, los Estados y los Municipios (numerales 1 y 2).

b) Las personas públicas no territoriales de carácter estatal, es decir, aquellas "personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados (las personas públicas territoriales) tengan participación" (numeral 3). Dentro de ellas son mencionados expresamente, por supuesto, los Institutos Autónomos; además, deben incluirse los entes públicos asociativos,¹⁷ como el Banco Central de Venezuela, y los entes públicos corporativos,¹⁸ al menos algunos de ellos, indudablemente (como las Universidades Nacionales), mientras que es dudosa la inclusión de otros (Colegios Profesionales y Academias), por su carácter no estatal.¹⁹

c) Las personas privadas estatales;²⁰ más precisamente, las sociedades a participación pública decisiva, o sea, igual o mayor al 50 por ciento del capital (numeral 4), y las sociedades en que las anteriores tengan una participación igualmente decisiva, es decir, las llamadas corrientemente de segunda generación (numeral 5), así como las fundaciones privadas de carácter estatal, es decir, las "constituidas por algu-

16. Ver, por todos, Allan R. Brewer Carías, *ob. cit.*, pp. 223-248.

17. *Ibidem*, p. 244; también A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis, *ob. cit.*, p. 165.

18. A.R. Brewer Carías: *ob. cit.*, p. 243; A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis: *ob. cit.*, p. 164.

19. En ese sentido, A. Brewer Carías, *ob. cit.*, p. 244; e Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 215-218.

20. A. Brewer Carías: *ob. cit.*, pp. 240 y 245-247

nas de las personas referidas en el presente artículo" (numeral 6). Debe advertirse, sin embargo, que en este mismo numeral parecen añadirse incluso personas privadas no estatales, al mencionarse a las fundaciones "de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros (para las personas referidas en el presente artículo)"; es decir, que ni son de carácter público, ni de carácter estatal, y su vinculación con el Estado es meramente incidental.

Vemos, pues, que el criterio empleado por la Ley para definir el patrimonio público es aparentemente el mismo tradicionalmente utilizado para definir los bienes públicos: la pertenencia a determinadas categorías de personas. Sin embargo, una lectura más detenida de este artículo nos evidencia que, en realidad, esta Ley ha utilizado este criterio de una manera notablemente ampliada.

2. *Carácter expansivo de la definición legal*

En efecto, ya ha habido ocasión de formularle a esta definición legal una observación referida al uso impropio que hace de los dos términos de la expresión: "patrimonio" y "público", uso impropio que tendría su explicación en esa tendencia expansiva de la Ley de Salvaguarda que he señalado.

En primer lugar, el uso impropio de la palabra "patrimonio" estaría dado porque aquí no se usa en el sentido tradicional que alude al conjunto de derechos y obligaciones, al activo y pasivo de una persona, sino que se refiere sólo al activo (bienes, derechos, acciones), pero de un conjunto de personas; sería justamente un poco como lo contrario. En segundo lugar, el empleo atécnico del término "público" consistiría precisamente en el hecho de que, dentro de ese conjunto de personas enumeradas en el artículo 4º, muchas no tienen el carácter de públicas (numerales 4, 5 y 6), agravándose esto por el hecho de que, si bien algunas de ellas a pesar de tener carácter privado pertenecen totalmente al Estado, en cambio también se incluyen otras cuyo capital o patrimonio pertenece en parte al menos a personas particulares (como el caso de las empresas mixtas); además, vimos que en el numeral 6 se señalan incluso entes que ni son públicos ni son estatales (las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las otras personas referidas en el artículo 4º). Por esta vía, nos encontramos frente a un patrimonio *público* en manos de entes estrictamente privados o de simples particulares, sin ninguna relación orgánica con el Estado.

Ante tales observaciones es necesario recordar, por una parte, que similar sentido extensivo (bienes pertenecientes a muchos sujetos) le es dado al término patrimonio en otras ocasiones, incluso con consagración legal en Venezuela. Piénsese, por ejemplo, en el "patrimonio histórico" o en el "patrimonio artístico", que no constituyen el conjunto del activo y del pasivo de un solo sujeto, sino una categoría de bienes que pertenecen a distintas personas, incluso no sólo públicas, sino también privadas, pero a los cuales, en consideración de ciertas características que poseen, se les da un régimen especial de protección. Eso es lo que ha hecho esta Ley: establecer un régimen de protección a un conjunto de bienes y derechos que tienen como característica común el pertenecer —uso esta palabra con cierta duda, por algo que señalaré luego— a entes que forman la estructura general del Estado, que conforman el sector público en sentido amplio.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha recogido ese concepto amplio, al decidir en varias oportunidades²¹ que "los bienes que constituyen el dominio patrimonial del Estado venezolano están administrados, directamente por los órganos tradicionales de la administración centralizada, o indirectamente por los institutos o establecimientos autónomos y por las empresas del Estado que forman la administración descentralizada. . . cada uno de los cuales persigue fines diferentes, aunque orientados todos a la realización de los grandes cometidos que impone al Estado la realidad contemporánea. Dentro de ese sistema, cada ente descentralizado tiene sus propios bienes, en los cuales están, a su vez, involucrados los intereses patrimoniales del Estado".

De allí, pues, que en este caso concreto, la tendencia expansiva de la Ley pareciera totalmente justificada. Las, llamémoslas así, anomalías conceptuales que han sido señaladas estarían justificadas por el razonable afán protector de *todos* los intereses patrimoniales del Estado.

Un segundo elemento expansivo que se puede detectar en este artículo 4º lo constituye la expresión "por cualquier título". Pareciera quererse decir con ella que, para que un bien sea del patrimonio público, no es necesario que haya un derecho de propiedad sobre el mismo; incluso, el no haber usado la palabra "pertenezcan", sino la de "correspondan" va en el mismo sentido. ¿Deberá incluirse, entonces, cualquier

21. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 4-3-1982, en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio de 1982, p. 134; y de fecha 23-10-1973, en *Gaceta Forense*, N° 82, Tercera Etapa, Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1973, pp. 76 y ss.

bien sobre el que cualquiera de las personas del artículo 4º tenga cualquier tipo de derecho o, incluso, que simplemente posea? Pudiera decirse que sí, dada la amplitud de las expresiones utilizadas.

Yo he encontrado en la Ley, sin embargo, al menos una norma que podría conducir a una interpretación algo más restringida: se trata del artículo 58, que regula al peculado, y donde se hace referencia a "los bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público", de lo cual habría que deducir que los bienes simplemente "en poder" de un organismo público no entran dentro del Patrimonio Público.

Un último rasgo de la actitud expansiva de la Ley en esta materia lo constituye el hecho de que dicha Ley no se limita a proteger exclusivamente el patrimonio público, aun el definido así tan ampliamente en el artículo 4º. En efecto, hay algunas disposiciones que orientan su protección a bienes estrictamente privados, no contemplados dentro del patrimonio público. Así, por ejemplo, el delito previsto en el ordinal 2º del artículo 71 amplía la protección, incluso a fondos de particulares, pero que provengan de créditos otorgados por el sector público.

Vemos, pues, que el propósito de la Ley de Salvaguarda es el de establecer un régimen de protección lo más extenso posible, por encima de cualquier rigorismo conceptual, para los intereses patrimoniales del Estado, en sentido amplio, frente a las variadas actuaciones que puedan eventualmente afectarlos, aun indirectamente.

IV

LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La tercera noción jurídico-administrativa sobre la cual la Ley de Salvaguarda incide, incluso muy notablemente, es la de responsabilidad administrativa. Sobre este tema específico se han previsto dos conferencias en este mismo evento por lo que no es mi intención hacer un análisis detallado al respecto, sino sólo señalar, en relación con dicha noción, dos manifestaciones de la que he llamado tendencia o actitud expansiva de la Ley de Salvaguarda.

En primer lugar, se inscribe de alguna manera dentro de esa tendencia la intención que tuvo el legislador de consolidar y de perfeccionar la responsabilidad administrativa como diferente de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Es cierto que la responsabilidad administrativa —que, como ha sido señalado, pareciera ser una institución

autóctona de nuestro Derecho Administrativo venezolano— ya estaba prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Pero en esa Ley, sus contornos no estaban perfectamente delineados y había tropezado con algunas dificultades de aplicación, sobre todo en lo que toca a los medios para hacer efectiva la sanción correspondiente.

Lo que ha hecho la Ley de Salvaguarda es precisamente llenar esas lagunas, estableciendo con precisión las causales por las que se puede incurrir en dicha responsabilidad y determinando claramente la distinción entre las sanciones que de ella derivan (de tipo pecuniario, impuestas por la Contraloría General de la República) de las sanciones disciplinarias que *deben* (y no simplemente pueden) imponer los superiores jerárquicos del funcionario responsable. Se aclara de esta manera, definitivamente, esa distinción entre la responsabilidad administrativa y la disciplinaria, siendo ambas acumulativas.

Califico a esto como una medida “expansiva” en el sentido de que pone de relieve la tendencia existente a tratar de imponer a un infractor el máximo de sanciones posibles, acumulativamente. Por lo demás, esta tendencia no es exclusiva de la Ley de Salvaguarda y ya ha habido oportunidad de detectarla en otros textos legales, tales como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que también adopta esa posición.²²

El segundo rasgo “expansivo” de la Ley que quería mencionar en relación con esta materia de la responsabilidad administrativa, se refiere a los hechos por los cuales un funcionario puede incurrir en ella, es decir, a las causales de la responsabilidad administrativa previstas en la Ley. Al efecto, el artículo 32 establece el principio general de que se incurre en responsabilidad administrativa por violación de las normas, es decir, por una conducta ilegal.

Dice textualmente la Ley: “El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria”. Considero que esa frase es muy amplia y que debe ser entendida en sus justos términos: no se trata de cualquier violación a cualquier norma. Así, por ejemplo, la violación por un funcionario del deber de obediencia previsto en la Ley de Carrera Administrativa o del deber de informar establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, constituyen conductas violatorias de normas legales, pero no darán lugar a responsabilidad administrativa. Creo que es claro que sólo puede tratarse de la violación

22. Ver artículos 4º, párrafo único, y 101 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

de aquellas normas cuya transgresión esté prevista en ellas como causal de responsabilidad administrativa. En particular, se trata de la serie de disposiciones contenidas en el Título V de esta Ley, que regulan con precisión los supuestos de responsabilidad administrativa.

Pero no es sólo esa redacción amplia del artículo 32 lo único preocupante en esta materia. Hay algo más en relación precisamente con estas causales de responsabilidad administrativa reguladas en la Ley. Se trata de la manera un tanto imprecisa como han sido redactadas algunas de esas disposiciones, en particular el artículo 41, que ya ha causado alguna alarma en estas mismas jornadas de análisis de la Ley. Ese artículo 41 es el que establece que incurre en responsabilidad administrativa el funcionario que, por ejemplo, adquiera vehículos, maquinarias o útiles de escritorio por encima de las necesidades del organismo, o que contrate personal innecesario, etc. De la redacción de este artículo pudiera concluirse que la Contraloría General de la República podría declarar responsable administrativamente al funcionario que, por ejemplo, gastó en papelería cantidades que a él le parecieron adecuadas en su momento, pero que ahora a la Contraloría le parecen excesivas.

Creemos que habrá argumentos para rechazar tal interpretación, tanto derivados del principio que circunscribe el control de la Contraloría a un control de legalidad y de veracidad, pero no de mérito, como del mismo artículo 32 de la Ley, ya citado, que establece el principio general de que sólo se incurre en responsabilidad administrativa por una conducta violatoria de una norma. Sin embargo, ello no deja de constituir otra muestra del carácter expansivo de esta Ley y que puede dar lugar a interpretaciones extensivas, en este caso en relación con el alcance que pretendé querer conferírle al carácter, a la naturaleza y a la extensión del control que se le da a la Contraloría sobre la Administración activa.