

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

JOSÉ MÉLICH ORSINI

1. *Aclaratorias terminológicas*

El tema que nos ha sido asignado obliga a comenzar con una interrogante. Con la expresión "Sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda al Patrimonio Público", ¿ha querido aludirse a los sujetos a los cuales pertenecen los intereses que la ley protege y que vendrían a resultar sacrificados por los tipos delictivos en ella sancionados? O, por el contrario, ¿ha querido designarse a aquellos sujetos o personas a cuyo cargo ponen las normas de esta ley la realización de los hechos punibles que en ella se contemplan, esto es, lo que los penalistas llaman precisamente "sujeto activo" cada vez que describen un concreto delito?

A responder afirmativamente a la primera pregunta nos invita el título de la ley. Su objeto —según dice literalmente su artículo 1º— es "prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los *delitos contra la cosa pública* que en ella se determinan y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria" por las infracciones a las normas que la misma contempla o a las cuales ella se refiere. Parece, pues, que lo que debemos colocar en un primer plano es la referencia a la índole de los bienes o intereses protegidos por tales normas y cuya lesión o puesta en peligro se busca prevenir o sancionar.

* Conferencia dictada el 20 de enero de 1983, con ocasión del "Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". El autor está consciente de las imperfecciones de este trabajo y sólo la insistencia de los organizadores de este Seminario, quienes desean recoger en su integridad las diversas exposiciones allí hechas le ha hecho acceder a esta publicación.

2. *Entes públicos* stricto sensu

Esta perspectiva nos lleva a fijar la atención especialmente en el artículo 4º de la ley, que define el "patrimonio público" como aquel que corresponde por cualquier título a: "1º) La República; 2º) Los Estados y los Municipios; 3º) Los Institutos Autónomos y los Establecimientos Públicos y demás personas jurídicas de derecho público en los cuales los organismos antes mencionados tengan participación...".

a) *El necesario ejercicio de una función pública*

Hasta aquí todo parece referirse a una noción claramente identificada en la Constitución (Art. 60, ord. 5º *in fine*: "Los reos de los delitos contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia con las garantías y en la forma que determine la ley"), y en el Código Penal (Libro II, Título III: "De los Delitos contra la Cosa Pública", donde se trata del peculado, la concusión, la corrupción, de los abusos de autoridad, etc.). Estos delitos contra la cosa pública se llaman en la mayoría de los Códigos Penales modernos: "Delitos contra la Administración Pública", y a su respecto señala el artículo 236 de nuestro Código Penal, las personas que pueden normalmente considerarse "sujetos activos" de tal género de delitos, a los que identifica como "funcionarios públicos a los efectos de la ley penal". Dice literalmente el citado artículo 236 del Código Penal:

Para los efectos de la ley penal, se consideran como funcionarios públicos: 1º Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades.

2º Los agentes de la fuerza pública.

Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales, los conjuces, asociados, jurados, árbitros, expertos, intérpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones.

b) *Extensión de estas normas más allá del ámbito de funciones públicas* stricto sensu

La Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, de 31 de marzo de 1964, había precisado ya en lo que respecta al numeral 1º del citado artículo del Código Penal —que

se reproduce en el ordinal 1º del artículo 2º de esta LCEI— que debe reputarse indiferente que la investidura de la función pública provenga de “elección popular o de nombramiento de autoridad”. Añadió además de manera explícita, que entre los sujetos pasivos enunciados en el correspondiente numeral del artículo 236 del Código Penal se hallaba el “Distrito Federal”; y agregó la palabra “institutos” a la expresión “establecimiento público”, tal vez porque se pensó que el uso de esta sola expresión podía haber planteado dudas sobre la identidad de este concepto con el de “instituto autónomo” que es el utilizado por nuestra Constitución y nuestras leyes. Pero la verdadera innovación de esta ley consistió en el añadido en su artículo 2º de los ordinales 2º y 3º, que rezan así:

2º) Los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el numeral anterior, están encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la nación, al de los Estados o de las Municipalidades o al de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

3º) Los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa del Gobierno de la Unión, de los Estados, de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

Comentando estas modalidades de la LCEI, señalaba el doctor Ezra Mizrachi en un trabajo titulado: “El concepto de funcionario en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos”, ejemplar N° 4 de la *Revista de Derecho Público*, que lo dispuesto en estos numerales 2º y 3º de LCEI “constituyen ficciones que extienden la calificación de empleado o funcionario público a personas que normalmente no las tendrían”. Hacía resaltar así que los destinatarios de esta LCEI no eran sólo los funcionarios o servidores públicos *stricto sensu*, tal como los define el doctor Eloy Lares Martínez en su *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Caracas, 1978, p. 378, a saber: “Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de entidades estatales”; sino que la LCEI ha entendido abarcar a personas que no ejercen propiamente una “función o servicio público”.

Explicando todavía esta diferencia entre el ordinal 1º y los ordinales 2º y 3º del artículo 2º de la LCEI con base en la doctrina administra-

tivista sobre lo que es un "funcionario público" resumida en la citada obra del doctor Lares-Martínez, el doctor Mizrachi cita y glosa las palabras de aquél en los términos siguientes:

Continúa el citado autor: "Conviene desarrollar los diversos elementos que integran la anterior definición:

a) Es necesario que el ingreso a la Administración se realice en virtud de nombramiento de la autoridad competente, de elección popular o del cuerpo calificado para ello, de sorteo o de otro sistema autorizado por las leyes que rijan la materia, que son naturalmente, normas de derecho público.

La ley puede autorizar el ingreso a la función pública mediante la celebración de contrato, que en este caso sería un contrato de derecho público. Se considera que está dada la autorización legislativa cuando en el presupuesto figura una partida destinada expresamente a ese fin.

b) Es indispensable que el individuo, para ser funcionario o empleado público participe en el ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas. Puede tratarse del ejercicio de la función legislativa, administrativa o judicial, por lo que los funcionarios pueden ser de origen legislativo, administrativo o judicial.

c) No puede ser calificado como funcionario público quien no esté al servicio directo de una persona pública estatal: la República, un Estado, un Municipio, un Instituto Autónomo. En lo tocante a los Institutos Autónomos, piezas de la Administración descentralizada, los cuales forman parte del Estado, su personal está sometido al mismo régimen de los servidores de la Administración centralizada (*op. cit.* pp. 378 a 380)".

En mi opinión, los elementos señalados por el doctor Eloy Lares-Martínez al desarrollar su definición de empleado o servidor público deben ser aplicados en la interpretación del ordinal 1º del artículo 2º de la LCEI. Por ello, para ser sujeto de las disposiciones de la LCEI, es necesario el ejercicio de una función o empleo público, mediante nombramiento o cualquier otra forma de designación señalada por el derecho público, y que se preste servicio a un órgano del Estado del orden legislativo, ejecutivo o judicial, o a una persona pública bajo la tutela de una persona pública territorial.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el ordinal 1º del su artículo 2º tan solo añade al texto del ordinal 1º del artículo 2º de la LCEI la indicación de que la investidura en la

función pública puede provenir no sólo de “elección” o “nombramiento”, sino también de “contrato otorgado por la autoridad competente”, y la aclaratoria de que instituto o establecimiento público debe considerarse no sólo aquel sometido al “control de tutela” por parte de un organismo estatal o persona pública territorial, sino a cualquier “otro tipo” de control.

El ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP se lee, en tal sentido así: “Para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos:

”1) 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 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”.

c) *Límites de aplicación del ordinal 1º del artículo 2º de la ley*

Sujetos activos de los diversos ilícitos penales, administrativos, disciplinarios y civiles tipificados en la ley, según este primer ordinal del artículo 2º, serían pues, tan sólo quienes ejerzan una función o empleo público, mediante nombramiento o cualquier otra forma de designación admitida por el derecho público, incluida entre tales formas la investidura por la vía de un contrato, cualquiera que sea el órgano estatal al que se preste tal función o servicio, esto es, sin distinguir entre el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial y sin distinguir tampoco respecto de la clase de persona pública de la cual se trate (la República, los Estados, los Municipios, o cualquier otra entidad de la Administración Pública Descentralizada).

Al hacer hincapié en lo anterior deseamos señalar lo siguiente:

El ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP concuerda con el ordinal 1º del artículo 236 del Código Penal y con el ordinal 1º del artículo 2º LCEI en cuanto a abarcar como destinatario de sus normas a todo el que ejerce una función o servicio público, cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, administrativa o judicial), sin hacer distinciones en cuanto a la naturaleza e importancia de la función (se aplica lo mismo a un Ministro que a su secretaria o a su portero), a si el sujeto en cuestión es portador del *ius imperium* o, por el contrario, un mero auxiliar o colaborador material en la obtención de un interés considerado como interés público, a la naturaleza remunerada o gratuita de la fun-

ción o al carácter permanente o transitorio de la actividad o servicio funcionalizado. Todo estos textos parten, sin embargo, del supuesto común de que su destinatario es por lo menos un sujeto vinculado a una función o servicio público, esto es, a una actividad dirigida a satisfacer unos concretos intereses públicos formalizada en su contenido a través de la creación de un cargo u oficio preestablecido como parte integrante de la organización del Estado o de un ente público territorial o institucional. La sola inclusión en el texto del ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP del hecho de que la investidura puede provenir de un “contrato otorgado por la autoridad competente”, no puede bastar para que se considere potencial sujeto activo de los delitos previstos en esta ley a todo aquel que celebre un contrato con un ente público territorial o institucional. Debe entenderse que la ley ha querido aludir a un contrato que invista de una función pública, esto es, a un contrato de derecho público, como sería aquel mediante el cual se contratan los servicios de una persona para dotar el cargo de Administrador Municipal previsto en la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal o cualquier otra posición de alguna manera formalizada en alguna ley, reglamento o norma de derecho público y para la cual sea posible elegir esta vía de designación mediante contrato.

d) *Situación de quienes prestan servicios por contratos que no invisten de una función pública*

Esto excluye que puedan considerarse destinatarios de la LOSPP, al menos por lo que se refiere al ordinal que comentamos, a quienes simplemente celebran un contrato de obras con una entidad pública territorial o institucional, y lo mismo debe predicarse de un contrato de prestación de servicios profesionales (p. ej.: un abogado, un médico, etc.), en tanto y en cuanto ellos no resulten investidos de un cargo o función pública. Para que tal fuese el caso se requeriría que el cargo o actividad —entendida ésta como conjunto de actos— haya sido preestablecido por una ley, un reglamento aunque sea interno o cualquier otro instrumento jurídico dirigido a configurar la organización del servicio público del cual se trate, bastando al efecto la sola previsión en el respectivo presupuesto del ente público del cargo abstractamente considerado. Tal podría ser el caso del médico a quien se designa para llenar los concretos cargos de un determinado hospital del Seguro Social, o el de un abogado a quien se designa consultor jurídico o para llenar alguna de las posiciones de abogado adjunto de una determinada consultoría jurídica, pero jamás el de un abogado contratado como profesional liberal

para atender un determinado juicio o aun una serie de juicios o de consultas especializadas cuando tal contratación se hace en los términos de un contrato de derecho privado.

Lo dicho hasta aquí basta para ilustrar acerca de cuáles entre la multitud de personas de algún modo vinculadas por contratos de servicio en favor de entidades públicas resultan sometidas al deber que estipula el artículo 112 de la LOSPP de presentar declaración jurada de patrimonio dentro de los 60 días subsiguientes al 1º de abril de 1983 y cuáles aquellas que deberán incluirse en la nómina de personal a que se refiere el artículo 107 *ejusdem*, y que deberá remitirse a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República dentro de los 120 días de cada año por el ente público del caso; aun si en este último caso la referencia a la necesidad de incluir en dicha nómina no sólo a "los funcionarios", sino también "al personal contratado", permite entender que debe incluirse también una relación de los contratos privados que el ente público celebre con independencia que los vinculados por tales contratos privados no estén sujetos normalmente a las previsiones de la ley.

3. *La situación de las llamadas "empresas del Estado"*

Pero el artículo 4º de la LOSPP no se limita a considerar como "patrimonio público" aquel que tiene por titular a la República o alguna de las otras entidades a que nos hemos referido hasta aquí, sino que a continuación de los tres numerales del artículo 4º ya aludidos agrega, entre los sujetos pasivos afectables por los tipos delictuales que esta ley establece, a:

"4) Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento 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.

"6) Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas".

a) *Porcentaje de fondos públicos que confieren esta connotación*

Antes de continuar con el análisis de estos textos quisiera llamar la atención acerca de la exageración contenida en el citado numeral 5º de este artículo 4º de la ley. La redacción de este ordinal lleva en verdad a la conclusión, que no vacilo en calificar de desproporcionada, de que si en una determinada sociedad, la República u otro ente público tiene el 50 por ciento del capital y el restante 50 por ciento del capital pertenece a particulares, si esta sociedad llegare a su vez a poseer el 50 por ciento del capital de otra sociedad, a pesar de que en definitiva tan solo un 25 por ciento del capital de esta segunda sociedad podría pretenderse formado con recursos provenientes de fondos públicos, sin embargo, los intereses de este última sociedad deberán ser tratados como "cosa pública" o, si se lo prefiere, la administración de dicha sociedad deberá ser analogada a una "Administración Pública" a los fines de dicha ley.

Como consecuencia de semejante punto de vista, los directores y administradores de estas sociedades civiles y mercantiles son reputados "funcionarios o empleados públicos" tal como lo dice el ordinal 2º del artículo 2º de la ley. En verdad, este último texto legal va más lejos todavía, y nos aclara que, aun si la participación pública en el capital de una sociedad fuere inferior a dichos porcentajes, aquellos "directores nombrados en representación de dichas entidades" —que el citado numeral no vacila en calificar como "estatales"— serán reputados también ser "funcionarios o empleados públicos". Esto es, que en el caso que se da con frecuencia respecto de ciertas empresas originalmente formadas con capitales puramente privados, pero que han obtenido préstamos de entidades crediticias que trabajan con recursos públicos (CVF, Banco Industrial de Venezuela, Banco Nacional de Descuento, etc.), y que al no haber podido cumplir con la devolución puntual de tales préstamos se ven en el caso de aceptar la conversión de dichos préstamos en participaciones societarias y la designación de uno o más de sus directores por dichas entidades (piénsese en el caso de la Sociedad Anónima de Seguros La Previsora, cuyas acciones han pasado hoy a ser del Banco Nacional de Descuento), tales directores —aun si la empresa fuere en un más alto porcentaje de capital privado— deben ser reputados "funcionarios o empleados públicos".¹

1. En el curso de esta charla, un joven y distinguido abogado me hizo la valedera observación de que el ordinal 2º del artículo 2º de la LOSPP se refiere no sólo a los aportes hechos al *capital*, sino también al *patrimonio* de las entidades que

La formulación de esta última aclaratoria nos lleva a la convicción de que ha querido irse más allá de lo previsto en la derogada Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, pues el ordinal 3º del artículo 2º de esta última ley, precisamente extendía la calificación de funcionarios o empleados públicos a esta última categoría de "administradores de sociedades civiles o mercantiles", sólo "cuando su elección o designación dependa del gobierno de la Unión, de los Estados o de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades" (las que antes hemos llamado "públicas" en un sentido estricto), en tanto que ahora a este supuesto se ha agregado el de los directores y administradores de las sociedades en que se den los porcentajes de participación aludidos en los numerales 4º y 5º del artículo 4, independientemente de su forma de elección o designación, esto es, aun si son elegidos por la mayoría de acciones que forman el aporte social de proveniencia estrictamente privada. Se les convierte, pues, en "funcionarios o empleados públicos", sólo porque en la sociedad que ellos administran exista un aporte del 25 por ciento que casual e independientemente provenga de fondos públicos.

el aludido artículo 4º de la ley señala como sujetos pasivos de la misma, y que en tal sentido pudiera entenderse que basta que el patrimonio de una de tales entidades se hubiere formado mediante la inversión de dineros públicos recibidos en forma de préstamos para que los directores y administradores de esta persona jurídica pudieren reputarse incluidos en el supuesto del ordinal 2º del artículo 2º aun antes de la conversión de su deuda en acciones. Pensamos, sin embargo, que no fue esta la intención del legislador. El ordinal 2º del artículo 2º en que se contiene la indicada referencia al patrimonio, debe conciliarse con el ordinal 4º del artículo 4º, donde se alude tan sólo al "capital social" y a la idea de "sociedades de propiedad totalmente estatal"; y si bien es cierto que el ordinal 5º de este mismo artículo 4º es ambiguo, pues habla tan sólo de "participación", todavía resultaba necesario intentar algún género de explicación para conciliar estos diferentes textos legales. Obsérvese que el aludido ordinal 2º del artículo 2º habla, primero de persona "cuyo *capital* o *patrimonio* estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del *capital* o *patrimonio*", y luego de *participación*... inferior al cincuenta por ciento del *capital* o *patrimonio*. La utilización de las palabras "aporte" y "participación" referidas a realidades tan diferentes como "capital" y "patrimonio", contrastante en cambio con el uso de la conjunción "o" para enlazar estos dos conceptos, nos indican que el legislador entendía referirse más bien al caso de aquellas personas jurídicas (asociaciones, sociedades civiles), en las cuales no puede técnicamente hablarse de un "capital" y se trata tan sólo de determinar cómo se ha formado su "patrimonio"; pero siempre referido a verdaderos "aportes", esto es, a transferencias que implican un enriquecimiento para la entidad, no compensados por la pareja, asunción de una deuda en favor de quien le ha hecho la transferencia. Las incorrecciones del lenguaje sólo pueden atribuirse una vez más al menosprecio de nuestros legisladores por el rigor de los conceptos jurídicos, que se les antojan puros "tecnicismos", sobre todo cuando se trata de instituciones del llamado derecho privado.

b) *Corolarios de la nueva redacción*

Bajo la vigilancia del LCEI se había aclarado, tanto por la Contraloría General de la República como por la Procuraduría General de la República,² que la obligación de hacer declaración de bienes a que dicha ley sometía a los reputados por ella como funcionarios públicos, no competía a aquellos otros miembros de Consejos Directivos de sociedades civiles o mercantiles distintos de los designados por una entidad pública *stricto sensu*.

La nueva ley convierte, en cambio, en potenciales sujetos activos de los delitos en ella contemplados a un sinnúmero de particulares o sujetos tratados hasta entonces como sujetos privados. Y si en consideración a las vetustas normas del Código Penal y a las más recientes de la LCEI, podía todavía predicarse que el interés protegido por tales normas era fundamentalmente el interés político-administrativo del Estado en el fiel y leal cumplimiento de sus funciones por parte de aquellos investidos por él de un oficio público, ocurre hoy que el interés protegido no parece tener ya como soporte un puro vínculo orgánico o de servicio entre el titular del oficio y el oficio público propiamente tal; desde luego, que a ciertos particulares de quienes no puede predicarse en absoluto haber sido investidos de ningún oficio, por el solo hecho de que las sociedades civiles o mercantiles que ellos dirigen o administran tengan unos determinados aportes de capital de procedencia pública, y aun si su designación proviene de fuentes totalmente privadas—elección hecha por el voto de la mayoría de acciones de procedencia privada— se les trata como a “funcionarios o empleados públicos” a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Nadie pone en duda que los sujetos privados pueden cometer ciertos actos ilícitos contra la Administración Pública, tales como los que se concretan en actos de violencia o de resistencia a la autoridad (Arts. 216 y ss. Código Penal), ultrajes y otros delitos contra personas investidas de autoridad pública (Arts. 214 y ss.), corrupción de funcionarios (Art. 200), etc., pero con la nueva ley se trata de algo desconocido hasta ahora. Se trata de la total homologación de personas puramente privadas a la categoría de funcionarios o empleados públicos por el solo hecho de ejercer funciones de director o administrador en una sociedad civil o mercantil en la cual exista una inversión de fon-

2. *Cfr.* los dictámenes que cita el doctor Ezra Mizrachi con su citado trabajo: “El Concepto de Funcionario Público en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos”.

dos públicos en acciones o participaciones sociales que excedan de un cierto porcentaje. Y lo que es más grave aún: aun si tales personas privadas ejercieran esas funciones por designación y en representación de sus propias acciones o cuotas o de las de otros sujetos netamente privados. La LOSPP no hace, en efecto, distinción de ninguna clase para considerarles incurso en infracciones administrativas o delitos penales que en la unanimidad de las legislaciones positivas suponen en el sujeto activo la estricta condición de funcionarios públicos. Tal es el caso —y elijo sólo algunos ejemplos al azar— de los artículos 34 (daño culposo al patrimonio público), 35 (gastos o asunción de deudas sin una partida presupuestaria suficiente), 36 (apertura en el propio nombre o de un tercero de una cuenta bancaria con fondos de la entidad o sobregiro de la misma), 38 (responsabilidad solidaria de los miembros de una Junta Directiva por la ordenación de “pagos ilegales”), 41 (utilización de vehículos y otros bienes propios de la entidad en provecho personal, pagos por encima de los precios de mercado para la obtención de bienes o servicios, negligencia en el ejercicio de acciones o recursos, etc.), 44 y 66 (enriquecimiento ilícito), 58 (peculado), 60 y 61 (cambio de destino o sobregiro de las partidas presupuestarias), 62 (concusión), 63 (uso indebido de datos o informaciones), 67 (extorsión), etc.

c) *Incongruencias del legislador en esta materia*

Lejos de mi ánimo está reprochar que esta clase de infracciones o delitos hayan sido previstos y sancionados en nuestro ordenamiento positivo, pero sí que, referidos ellos a sociedades civiles o comerciales y eventualmente aun a fundaciones de carácter privado, sean contemplados como tales delitos o faltas sólo en lo que respecta al exclusivo interés de la Administración Pública, cuando más bien hubiera debido contemplárseles en su aspecto genérico de lesión al patrimonio de la persona jurídica en cuanto tal, sin diferenciación alguna en cuanto a la proveniencia pública o privada de los fondos indebidamente apropiados, malversados o dilapidados.

Como lo hemos venido sosteniendo reiteradamente, constituye un grave error de política legislativa extender a las sociedades en las que exista una cierta participación accionaria de entes públicos el mismo régimen de control que se aplica a los entes públicos propiamente tales. Cuando el Estado o algún ente público *stricto sensu* acude a los mecanismos de libre concurrencia y coordinación de interés propios del derecho privado para incentivar una rama de la economía, debe ser muy

cauto en la utilización de ciertos dogmas conceptuales del derecho público tales como los de la legalidad de los gastos presupuestarios o de la necesidad de una ley de crédito público que autorice el compromiso. Los principios que aseguran la disciplina en la Administración Pública y tienden a garantizar una correcta inversión de los ingresos públicos no coinciden a menudo con la exigencia de máxima productividad y rendimiento que justifican la adopción de un régimen de derecho privado, y es tanto más aberrante que porque un ente público haya invertido un 50 por ciento (y aun apenas un 25%), en el capital de una sociedad privada, se someta a la administración de ésta a la rígida coraza de unos procedimientos publicísticos. ¿Es que acaso puede encontrarse alguna razón valedera para que los intereses del Estado en el Banco Nacional de Descuento, en la Compañía de Seguros La Previsora, en la Siderúrgica del Orinoco o en Petróleos de Venezuela se sometan a un criterio idéntico al que priva para juzgar la conducta de la burocracia de una Aduana de la República o de la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento? ¿Y no es todavía más absurdo que a una empresa de fabricación de calzados o de enlatado de jalea, sólo porque la Corporación Venezolana de Fomento le haya hecho un préstamo que accidentalmente haya derivado en una participación de ésta, superior al 50 por ciento del capital accionario de aquella, para juzgar el comportamiento de todos sus administradores, deban aplicársele los mismos criterios que se aplican al director del INOS o al del Instituto de Puertos?

El peligro de poner demasiados obstáculos al libre desarrollo de la administración de una sociedad comercial, fuente y corazón de la economía de muchos países donde el Estado suele ser también accionista aun mayoritario —tal como ocurre en Italia, en Japón y diría que hoy en casi en todos los Estados desarrollados—, debía haber aconsejado más prudencia que la empleada por nuestros legisladores en la configuración de las diversas figuras delictuales, y en la dosificación de las penas. Lamentablemente la falta de matización y la elaboración de una legislación destinada tan solo a satisfacer las pasiones circunstanciales del electorado, lo que podríamos llamar una "legislación para la galería", es el signo constante de nuestro tiempo y una de las herencias más funestas que los legistas del *Ancien Régime* han dejado a las democracias populistas del siglo xx.

Por ello creemos que más sensato que el texto de la ley que en definitiva sancionó el Congreso, era el que fue objeto de la proposición hecha por el ciudadano Presidente de la República en la solicitud de reconsideración al inicial texto sancionado el 28 de julio de 1982, cuan-

do se sugirió dejar el control de este género de sociedades y de otras personas jurídicas en que hubiere una cierta participación patrimonial de origen público a Comisarios con funciones análogas a los que para las sociedades mercantiles con patrimonio de proveniencia puramente privada se prevén en el Código de Comercio, reforzando apenas ciertas exigencias legales o estatutarias tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de sus deberes por parte de la Administración, de los representantes de las acciones de entes públicos en las Asambleas, y de los Comisarios de las sociedades mercantiles. Expresaba al respecto el ciudadano Presidente de la República: "sería inconsecuente con mi deber de velar por la adecuada administración de la Hacienda Pública Nacional, no advertir la ineludible matización que impone una debida protección del patrimonio público, ya que no conviene aplicar los mismos criterios para combatir el indebido ejercicio de potestades públicas *stricto sensu* y para cuidar intereses patrimoniales que, por razones en cada caso diferentes, resuelve el Estado gestionar mediante los cauces del Derecho Privado. Nadie podría negar, en efecto, que en el llamado tráfico de influencia practicado por un Ministro, en la extorsión cumplida por un juez o aun por un modesto agentes policial, va envuelto el desprestigio del sagrado depósito de la autoridad; y en la imprevisión o en la torpeza del gerente de una compañía anónima, en la que la participación accionaria de un ente público alcance el 30 por ciento, resultan involucrados intereses puramente patrimoniales, que si bien deben ser cabalmente protegidos, no tienen por qué ser objeto de una legislación muy diferente de aquella que el propio Estado ha juzgado adecuada y suficiente para proteger los intereses legítimos de sus propios ciudadanos y que, como tal, ha plasmado en las normas de sus Códigos Penal, de Comercio y Civil. Esto se pone más de relieve cuando se piensa que el Estado acude a menudo a los cauces del derecho privado, precisamente para aprovechar los criterios de lucratividad y libre concurrencia que guían los negocios privados, lo que le lleva a contratar personal nacional y aun extranjero que no está dispuesto a someterse a formas de control publicístico como las que se establecen en la ley que motiva estas observaciones y que se caracterizan por la gran discrecionalidad del órgano contralor. Ignorar esto sería exponer a las empresas comerciales en las que el Estado sea socio a una situación claramente desventajosa frente a la de otras empresas competidoras, ya que el personal posiblemente más capacitado preferirá emplearse en aquellas en que no se les exige declaraciones de patrimonio, no se les somete en sus eventuales incrementos patrimoniales a la presunción de haber sido logrados por medios ilícitos, ni se les expone a riesgos de sanciones

penales por tipos delictivos no siempre netamente tipificados. Pero además, de mantenerse inmodificado el texto del párrafo único del artículo 20 de la ley, las compañías industriales o comerciales en las que el Estado tenga aún ocasionalmente un porcentaje accionario del 30 por ciento (piénsese en los numerosos casos en que la Corporación Venezolana de Fomento ha accedido a capitalizar o recibir en acciones obligaciones de sus prestatarios en dificultades de pago, en los bancos comerciales que por razones análogas han pasado a tener como accionistas al Banco Central de Venezuela y al Fondo de Inversiones de Venezuela), quedarán automáticamente por el solo hecho de la promulgación de la ley en franca y peligrosa desventaja respecto de otras empresas de puro capital privado, para celebrar negocios de cualquier naturaleza”.

d) *Posibles vicios de inconstitucionalidad*

La renuncia del Congreso a atender estas recomendaciones, salvo en el aspecto puramente cuantitativo de elevar al 50 por ciento el porcentaje del 30 por ciento del aporte estatal tenido inicialmente como criterio para calificar como “empresa pública” a una determinada sociedad civil o comercial, expone la ley —si acaso en Venezuela existiera realmente una Corte Suprema de Justicia independiente de los circunstanciales intereses partidistas y atenta exclusivamente a razones de índole jurídicas— a ser invalidada como violatoria de muy claros preceptos constitucionales.

En efecto, hemos sostenido también en otro lugar que la propia Constitución establece un límite preciso al control del Congreso sobre los intereses del Estado en empresas que adopten formas diferentes de las puramente publicísticas, esto es, de dependencias o servicios autónomos de la Administración Central o de institutos autónomos bajo cualquiera de los nombres que se les apliquen. Tal límite resulta de la contrastante redacción que presenta el artículo 230 de la Constitución, que se ubica entre las “disposiciones generales” aplicables a la Hacienda Pública, respecto del artículo 235 de la misma Constitución que se halla en el capítulo relativo a la Contraloría General de la República, y en donde se señala literalmente que las funciones de este organismo “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”. Esto es, que la Constitución es muy expresiva cuando excluye de tal “extensión” por vía de una ley especial las funciones de la Con-

traloría, a las llamadas "empresas públicas" que no adopten la forma de institutos autónomos o que no constituyan administración de los Estados de la Unión o de los Municipios.

Ahora bien, cuando el artículo 230 señala en cambio que "los intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Congreso, en la forma que la ley lo establezca", aun si comienza por referirse a los institutos autónomos, hay que entender que esa modalidad de control externo no puede adoptar para tales corporaciones o entidades distintas de los institutos autónomos la forma de "extensión de las funciones de la Contraloría General de la República". La Ley Orgánica de la que hablamos trata, en cambio, a "las sociedades civiles o mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas", cuyo capital o patrimonio estuviere integrado con aportes de las entidades mencionadas en su artículo 4º igual o mayor al 50 por ciento, en absoluto pie de igualdad con la Administración Central, y con los institutos autónomos y las administraciones estatales o municipales.

Pero además, no obstante la formal consagración en el artículo 72 de la Constitución de la garantía del derecho a constituir asociaciones y sociedades de cualquier género, en los artículos 96 y 98 de la garantía de la libertad económica y en el artículo 61 de la garantía de la igualdad y de la condenación de toda clase de "discriminaciones fundadas" en meras circunstancias de "condición social", resulta que estas sociedades civiles o mercantiles fundaciones o personas jurídicas de cualquier índole en las cuales se dé una circunstancial participación porcentual de entidades públicas en su capital o en su patrimonio, son objeto de un trato discriminatorio y desigual por la LOSPP; no sólo en cuanto a la eventual concurrencia de los aportes provenientes de recursos privados con otros aportes provenientes de recursos públicos, sino también en cuanto a la tipificación de los delitos, infracciones administrativas e ilícitos civiles en que pueden incurrir sus directores y administradores, aun si éstos, por el origen de sus poderes y la inmediata titularidad del patrimonio que gestionan —que no deja de ser patrimonio de un ente privado por el hecho de haberse formado ocasionalmente con un aporte público— no se diferencian en absoluto de cualesquiera directores y administradores de otras sociedades o personas jurídicas privadas.

Todo lo dicho nos revela la complejidad de los intereses protegidos por la nueva ley, que no resultan ser ya, por lo dicho, la protección de meros bienes públicos y el recto y leal ejercicio de una función o

empleo público; puesto que se incurre en él aun por quien no es funcionario o empleado público, y se le sanciona con penas aplicables al peculado, la concusión, etc., en lugar de sancionársele en pie de igualdad con las sanciones que se aplicarían a los directores o administradores de sociedades u otras personas con aportes públicos inferiores a los señalados porcentajes —y aun si éstos hubieran sido también recipiendarios de préstamos, depósitos u otras formas de empleo de dineros públicos que excedieren de dichos porcentajes. En efecto, en este último supuesto se les sancionaría, en cambio con las penas menores previstas para los paralelos delitos de hurto, estafa, apropiación indebida, etc. Semejantes incongruencias sólo pueden explicarse por la falta de matización y las exacerbadas generalizaciones a que nos han acostumbrado las simplificaciones conceptuales de nuestros llamados publicistas, para quienes las palabras “interés público”, “bienes públicos”, “poder público” y otras similares sirven a menudo como justificación de toda clase de excesos o exabruptos.

e) *Sobre el concepto de directores y administradores*

Para concluir con este punto quisiera señalar todavía, que el ordinal 2º del artículo 2º de la ley se refiere a “los directores y administradores”, siendo así que el término utilizado por el Código de Comercio y por el Código Civil para referirse a quien ejerce las funciones a las que pretende aludirse, es simplemente el de “administradores”. Ello ha hecho pensar ya a algunos que entre los potenciales sujetos activos de los delitos, faltas e infracciones que prevé la LOSPP pudiere pretender incluirse a personas que no ejercen propiamente funciones de administración de una sociedad comercial o civil o de una fundación o esas “otras personas jurídicas” a las que se refiere el ordinal que comentamos y a los cuales con fines de mera jerarquización interna se las califica de directores, tales como esos llamados Directores de Finanzas, Directores del Departamento de Contabilidad, Directores de Relaciones Públicas, etc., en ciertas grandes sociedades mercantiles que pudieren resultar comprendidas entre los sujetos pasivos de la ley. Quisiera, pues, aclarar de una vez que los directores a los que alude el ordinal que comentamos no son tales directores, sino verdaderos directores-administradores, aun si el uso de la preposición “y”, en lugar de la proposición “o” —como habría sido lo más correcto—, pudiere hacer creer otra cosa. El uso de la expresión “directores” conjuntamente con la de “administradores” debe atribuirse simplemente al hecho de que en las grandes compañías anónimas estatales, especialmente cuando éstas son creadas

en obediencia de algún mandato legal, suele emplearse con frecuencia el término “directores”, “junta directiva”, “directorio”, etc., para significar precisamente lo que el Código Civil o el Código de Comercio llaman “administradores”.³

En mi opinión, pues, no están obligados —al menos por lo que atañe al ordinal 2º del artículo 2º de la LOSPP— el Director de Finanzas, o el Director de Administración, o el Director del Departamento Jurídico, etc., de una simple compañía anónima y aun si su capital fuera en su totalidad poseído por la República o por otras entidades públicas *stricto sensu*, a presentar declaración jurada de patrimonio; ni pueden ellos resultar en derecho potenciales sujetos activos de los delitos previstos en esta ley, ya que esta ley deberá interpretarse restrictivamente, como legislación de excepción que ella, es respecto a la que rige para toda sociedad civil, compañía mercantil, fundación o persona jurídica. En otra parte he tratado ya en extenso sobre la artificiosidad ajurídica de esa pretendida existencia de sociedades mercantiles de carácter público para las cuales pretende inventarse un régimen autónomo y distinto de las otras sociedades mercantiles, por el sólo hecho de que ciertas disposiciones legales especiales de la Ley Orgánica de Crédito Público, de la Ley Orgánica de Presupuesto, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, etc., y ahora de esta LOSPP, le resulten particularmente aplicables. La aplicabilidad de estas específicas normas especiales a dichas sociedades, si bien puede servir a fines puramente clasificatorios o académicos, como “índices” que permiten agruparlas bajo el rubro de “empresas públicas”, no permite hacer predicaciones de carácter general derivadas del supuesto carácter “público” de dichas empresas que vayan más allá de la estricta sujeción a los deberes que le han sido impuestas por las leyes del caso, las cuales les resultan aplicables con idénticos términos y amplitud en que le serían aplicables a otras personas jurídicas de las que se clasifican como “privadas”, si las aludidas normas las comprendieran en su concreta especificidad.

3. El artículo 270 del Código de Comercio habla de que la gestión diaria de los negocios de la sociedad puede ser confiada a “directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones regirán los estatutos”. En este caso, tales “directores” se transforman en verdaderos administradores de la sociedad, y creemos que ellos deben ser tratados a los fines de la LOSPP en pie de igualdad con los integrantes de la Junta Directiva. Creo que ello es lo más que pudo haber querido hacer el legislador. La circunstancia de que la palabra “directores” preceda a la de “administradores” ratifica en todo caso mi opinión, de que en cuanto a las funciones que se les tienen confiada en la sociedad, los llamados “directores” por el ordinal 2º del artículo 2º, ejercen por la sociedad poderes más importantes o cuando menos de importancia similar a las de un “administrador” y que es por ello que se les incluye entre los destinatarios de la ley.

Valga esto aun para sociedades de capital puramente estatal como SIDOR, EDELCA, CADAFE, MARAVEN, etc.

4. *Situación de los particulares ante la ley*

La Ley Orgánica extiende, por último, el carácter de funcionario o empleado público "a cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente ley", como reza el numeral 3º de su artículo 2º. Veamos ahora cuáles pueden ser esas otras personas.

a) *La designación de directores de entidades netamente privadas, por entes públicos*

En primer lugar, dado que el numeral 2º del artículo 2º de la ley establece que ella se aplica a "los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación (de tales entidades estatales en el de la fundación o entidad del caso), fuere inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio" de esta última, pensamos que si se constituye una fundación con un objeto de interés colectivo (por ejemplo: un servicio social, cultural, etc.), en cuyos estatutos se previera que uno o más directores deban ser designados, por ejemplo, por el Ministro de Sanidad o de Educación, la Ley Orgánica podría pretenderse aplicable a ellos, aun si el patrimonio de la entidad del caso no recibiere ningún aporte de fondos públicos, sino que se formase con aportes netamente privados. Creemos, sin embargo, que esta inferencia debe matizarse. Es cierto que el referido ordinal 2º del artículo 2º se presta a equívocos, pero si nos atenemos a que el artículo 1º de la LOSPP recorta ya anticipadamente su estricto ámbito cuando hace expresa referencia a la "cosa pública", parece más sensato entender que la ley no se aplica a tales directores, sino cuando su designación se haya hecho por un funcionario público en el obligatorio cumplimiento de un mandato legal, no cuando él acate simplemente la previsión de un estatuto fundacional privado que está en libertad de acatar o no, y ciertamente cuando los recursos de la entidad que debe administrar tal director no quepan en el concepto de "patrimonio público". Aunque no conozco los Estatutos de la Cruz Roja, las designaciones que en su directorio se encomiendan según creo al Ministro de Sanidad, pudieran servir de ejemplo a lo que digo, ya que igualmente entiendo que estoy hablando de una mera "asociación civil" de carácter privado.

b) *Contratistas de obras, suministros o servicios en favor de las entidades antes indicadas sub 2 y sub 3*

En segundo lugar, el artículo 14 de la ley potesta a la Contraloría General de la República y a los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público para imponer a cualquier persona natural o jurídica "que ejecute obras o suministre bienes o servicios a cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º", la obligación de formular y presentar declaraciones juradas de sus bienes. Potestad esta que, al tenor de la letra del numeral 5º del artículo 7º y del artículo 13 de la ley, dichos organismos pueden extender discrecionalmente a cualquier otra clase de persona, aun si ella no fuere en estricto rigor un contratista o suplidor de las entidades aludidas en el artículo 4º.

c) *Situación especial de estos contratistas cuando ellos sean sociedades en cuyo capital participen funcionarios*

La ley parece todavía hacer especial hincapié en aquellas personas jurídicas en cuyo capital participase directa o indirectamente o por persona interpuesta, cualquier persona que esté al servicio de la República, del Estado o de los Municipios y demás personas de derecho público, cuando ellas contrataren con algunas de las entidades señaladas en el artículo 4º (numeral 6º del artículo 22).

d) *Los particulares como potenciales sujetos activos de los delitos e infracciones tipificados en esta ley*

Cualquiera de esta categoría de personas, aun si ellas fueren sin duda alguna personas de carácter puramente privado, podrían resultar en sus casos por lo menos destinatarios de las sanciones previstas en los artículos 10 y 54 *in fine* (retención de cualquier remuneración que les corresponda), 11 (cierre forzoso de eventuales cajas de seguridad abiertas en su nombre), 14 (penas pecuniarias e interdicción de contratar con la A.P. y de recibir de ésta pagos por los contratos ya celebrados), 18 y ord. 4º del artículo 22 (sujeto de averiguaciones administrativas por presunto enriquecimiento ilícito u otro de los delitos previstos en la ley), 19 y 21 (multas hasta de Bs. 10.000), etc.

Además, dada la homologación que se ha hecho del contratista de obras o suplidor de bienes y servicios con el funcionario o empleado público cuando así lo decida el Contralor General de la República (artículo 14 y ordinal 3º del artículo 2º), bien pudiera intentar exten-

derse a dichos contratistas o suplidores, esto es, constructores, mandatarios judiciales, proveedores, etc., algunas de las sanciones administrativas previstas en los artículos 41 (multas hasta de Bs. 500.000), y podría pensarse en extenderles también ciertas sanciones penales en los supuestos de violaciones a la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional u otras de índole fiscal (artículo 51, ordinal 2º), en el caso de mal versación culposa (artículo 59), etc.

Por lo demás, la ley es explícita en cuanto a la posibilidad de que estas mismas personas puedan ser sujetos activos de delitos tales como enriquecimiento ilícito (artículo 45), acuerdo fraudulento para desviar una licitación o subasta (Art. 70 *in fine*), fraudes en perjuicio de la Administración Pública (Arts. 71 y 78), falsedad en la declaración jurada de patrimonio (Art. 73), expedición o forjamiento de certificados médicos falsos (Art. 74), valimiento de funciones (Art. 77), etc.