

## LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

JUAN GARRIDO ROVIRA

El tema que me ha correspondido desarrollar es el relativo a "Las Empresas del Estado y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". Como el doctor Brewer-Carías lo decía hace poco, se plantean muchas dudas y problemas de interpretación y de aplicación, o se plantearán en el momento en que la ley entre en vigencia, en función de los supuestos de acciones, hechos u omisiones concretos que se vayan presentando en la gestión de las Empresas del Estado.

Pienso que un modo conveniente de tratar el tema es relacionar la categoría "Empresas del Estado" con los elementos que resultan determinantes para la aplicación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esos elementos son, a mi juicio, fundamentalmente los siguientes:

En primer lugar, el patrimonio público, concebido como el activo y el pasivo de determinadas personas jurídicas señaladas en la ley; en segundo lugar, el funcionario público, concebido como la categoría constituida por las personas naturales señaladas por la propia ley en el artículo 2º, y, en tercer lugar, los ilícitos administrativos y los delitos penales que se materializan con determinados hechos, acciones u omisiones o situaciones tipificadas en la ley y que dan lugar a las sanciones previstas en la propia ley, sea en el ámbito administrativo, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, o en el ámbito penal, como consecuencia de una sentencia condenatoria por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

## I

### EL ELEMENTO PATRIMONIO PÚBLICO Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO

En primer lugar, veamos la relación que tiene el elemento Patrimonio Público con la mencionada ley. Dice el artículo 4º de la ley: "se considera Patrimonio Público aquel que corresponde por cualquier título a...", y en el numeral 4 se establece: "Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al 50 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".

Como puede apreciarse, la norma citada no habla de empresas del Estado. En el texto de la ley sólo se mencionan las Empresas del Estado en el artículo 82, dando a entender que se trata de una categoría jurídico-administrativa con un régimen jurídico-administrativo específico. Pero, al tratar de señalar el patrimonio de las personas jurídicas que se considera patrimonio público el texto legal habla de sociedades, no se refiere expresamente a las Empresas del Estado.

En este sentido, es conveniente señalar que en nuestro derecho no existe una definición general y universal de la empresa del Estado. De manera que, desde este punto de vista, la empresa del Estado no es una categoría jurídico-administrativa como lo es, por ejemplo, el Instituto Autónomo. No hay, pues, una definición general y universal de la empresa del Estado. Sin embargo, sí hay normas legales y sublegales que a efectos específicos determinan o señalan una definición de Empresa del Estado.

Las leyes más relevantes en el orden financiero y administrativo, la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y la Ley Orgánica de Crédito Público y ahora la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no se refieren a las Empresas del Estado como categoría, sino a las sociedades donde el Estado o donde unas determinadas personas jurídicas, que las señala la propia ley, tienen participación igual o superior al 50 por ciento.

Aun cuando, como hemos dicho, no hay una definición universal y general de las Empresas del Estado, es de observar que la tendencia en las diversas normas legales y sublegales es la de proporcionarnos

unas notas definitorias de las Empresas del Estado, y así éstas aparecen como sociedades mercantiles en las cuales el Estado, bajo la forma de una persona jurídica pública territorial o no territorial, o bajo la forma de una persona jurídica estatal con forma de derecho privado, detenta bien sea el 100 por ciento de las acciones o al menos un *quantum* superior al 50 por ciento.

La determinación, por tanto, del concepto de Empresa del Estado no es absolutamente indispensable a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, porque como dijimos, la ley sólo lo utiliza en el artículo 82 cuando se refiere a la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento de los altos directivos.

Por tanto, lo más importante, desde el punto de vista de la determinación de cuáles personas jurídicas o qué patrimonio es patrimonio público, está en el artículo 4º. La ley establece tal determinación haciendo referencia a la participación accionaria que ciertas personas jurídicas estatales, sea de derecho público o de derecho privado, tienen en determinadas sociedades. De la unión de ambos elementos, es decir, del *quantum* de participación accionaria y del tipo de persona jurídica que detenta la participación accionaria, es que vamos a derivar, vamos a poder precisar las sociedades cuyo patrimonio se considera, a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, como Patrimonio Público.

Decía antes que, en efecto, este es el mismo criterio seguido por la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y por la Ley Orgánica de Crédito Público.

Siguiendo la metodología que nos impone la propia ley, podemos afirmar que las sociedades cuyo patrimonio debe ser considerado Patrimonio Público son las siguientes: en primer lugar, las sociedades en las cuales las personas públicas territoriales, vale decir, la República, los Estados y los Municipios, y las no territoriales, o sea, los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas de Derecho Público, tengan participación accionaria igual o mayor al 50 por ciento.

Estas sociedades las podemos llamar sociedades del Estado o Empresas del Estado de primer grado, porque son, en el orden lógico y en el orden cronológico, las primeras en constituirse, en virtud de que, por un lado, cuando nos planteamos el concepto de Estado en el orden lógico, lo primero que aparece son las personas públicas territoriales, luego las personas públicas no territoriales y finalmente las personas jurídicas estatales con forma de derecho privado. Y en el orden

cronológico porque, ciertamente, las personas jurídicas que históricamente empezaron a tener participación accionaria en empresas, fueron, primero, la República, y luego, las personas públicas no territoriales, esto es, los Institutos Autónomos, en la medida en que se fue acentuando, sobre todo a partir de los años 60, el proceso de descentralización funcional.

En segundo lugar, aparecen las sociedades del Estado o Empresas del Estado en las cuales las sociedades de primer grado tienen participación igual o superior al 50 por ciento; estas sociedades o empresas las podemos llamar sociedades de segundo grado, porque su participación accionaria pertenece, en un *quantum* igual o superior al 50 por ciento, a las sociedades de primer grado.

En tercer lugar, podríamos decir, aun cuando de hecho la gestión empresarial del Estado se agota en las sociedades de segundo grado, que existen sociedades del Estado de tercer grado, porque las sociedades de segundo grado podrían ser titulares de participación accionaria en un *quantum* igual o superior al 50 por ciento en otras sociedades.

El texto de la ley parece limitarse a las sociedades de primero y de segundo grado, porque el numeral 4º, que antes leíamos, dice: que se considera patrimonio público el patrimonio que pertenece a las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores. La República es persona pública territorial y las demás personas a que se refieren los numerales anteriores, son las personas públicas no territoriales: los Institutos Autónomos y los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público. De manera que allí parece agotarse el concepto de Patrimonio Público con relación a las sociedades, en las de primer grado y segundo grado.

Ahora bien, la participación accionaria, que es el supuesto que la ley considera como válido para hablar de sociedades cuyo patrimonio es Patrimonio Público, puede ser conjunta o separada por parte de los diversos tipos de personas jurídicas que pueden detentar dicha participación accionaria.

De manera que, en este sentido, debe tenerse presente que una sociedad cuyo patrimonio sea considerado patrimonio público, puede surgir de la participación accionaria, sola o conjunta, de personas públicas-territoriales, personas públicas no territoriales y personas jurídicas estatales con forma de derecho privado.

En otras palabras y con ejemplos concretos: una persona pública territorial, por ejemplo, la República de Venezuela, puede ser única

accionista de una empresa, como es el caso de Petróleos de Venezuela; una persona pública no territorial, facultada expresamente por ley, porque ello constituye una derogatoria del derecho común, como es el caso de la ley que crea el Instituto Nacional de Puertos, puede poseer la totalidad de las acciones de una empresa.

Se puede combinar la participación accionaria de las personas públicas territoriales, esto es, la República, los Estados o los Municipios entre sí; o puede combinarse la participación accionaria de la persona pública territorial con la persona pública no territorial. Es decir, una empresa donde la República tenga acciones y un Instituto Autónomo tenga acciones. O puede también darse el caso de una participación accionaria de personas públicas territoriales con sociedades de primer grado, o de personas públicas no territoriales con sociedades de primer grado o aun de segundo grado.

Así, una vez creadas las personas jurídicas estatales cuya participación accionaria va a producir efectos en el ámbito de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, vamos a tener un universo variadísimo de sociedades cuyo patrimonio se considera Patrimonio Público. Es conocido que estas sociedades, cuyas acciones sean poseídas por personas públicas territoriales o no territoriales, o por sociedades de primero o de segundo grado, probablemente están sobre un número cercano a las 200 empresas, y que manejan cuantiosos recursos financieros, materiales y humanos y que tienen asignados la consecución de fines estatales normalmente en el ámbito económico y, en algunos casos, también en el ámbito económico-social.

Estimo que de esta forma queda relacionado el concepto de Patrimonio Público con la Empresa del Estado, al haber determinado qué sociedades van a ser consideradas titulares de Patrimonio Público, siendo de notar que la ley se extiende explícitamente a las sociedades que hemos llamado de primer grado y a las sociedades que hemos llamado de segundo grado.

## II

### RELACION DEL ELEMENTO FUNCIONARIO PÚBLICO CON LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El siguiente paso sería relacionar, con las empresas del Estado, el concepto de "Funcionario Público" que está establecido en la ley en el artículo 2º, numeral 2. En esta disposición se expresa que, para los efec-

tos de la mencionada ley, se consideran funcionarios o empleados públicos a los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo patrimonio esté integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de la ley, igual o mayor al 50 por ciento del capital o patrimonio, así como los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación sea inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio.

Lo importante de esta norma es que considera como patrimonio público el patrimonio de sociedades en las cuales personas públicas territoriales, personas públicas no territoriales u otras personas jurídicas estatales tienen una participación accionaria igual o mayor al 50 por ciento.

Históricamente, las empresas del Estado nacieron y aún siguen naciendo a la vida jurídica en el ámbito del Derecho Común. El bloque normativo o bloque de normas que se aplicaba a estas empresas era siempre de derecho común, hasta que empezaron a surgir una serie de regulaciones de Derecho Administrativo que empezaron a sujetar a dichas empresas a normas de Derecho Administrativo, sin que dichas empresas —por así decirlo— integren o formen parte del derecho administrativo tradicional o clásico, porque estas empresas no son órganos del Poder Público, no ejercen la potestad pública y, en consecuencia, por ejemplo, no dictan actos administrativos.

Sin embargo, desde el punto de vista sociojurídico, la cuantía de recursos y el tipo de fines que le fueron asignados eran y son tan estatales, como pueden serlo el patrimonio y la finalidad que tienen asignadas las personas públicas no territoriales como son, por ejemplo, los Institutos Autónomos.

Entonces, esto explica que, sin que en el ámbito general y global los miembros del personal de las empresas del Estado sean funcionarios públicos —porque no son funcionarios públicos, no se rigen por la Ley de Carrera Administrativa—, sin embargo, a efectos específicos, especiales y particulares de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los directores y administradores de las empresas del Estado se consideran funcionarios públicos.

Esos directores y administradores son, en mi criterio, los directores y administradores de las sociedades de primer grado, los directores y administradores de las sociedades de segundo grado y los directores y administradores de las sociedades de tercer grado. También quedan comprendidos allí, además, los directores de sociedades mercantiles

nombrados en representación de cualquiera de las personas jurídicas señaladas en el artículo 4º. Ya el doctor Brewer-Carías mencionaba en la etapa de preguntas de la conferencia anterior, que el Estado puede tener participaciones complementarias, por ejemplo, tener participaciones inferiores al 50 por ciento y las tiene de hecho en empresas, y aun cuando la ley no considera esa empresa como titular de patrimonio público, sí considera funcionario al director nombrado en representación de una persona jurídica estatal titular de un determinado *quantum* de acciones. Así puede ocurrir, por ejemplo, en una empresa donde el Fondo de Inversiones tenga una participación minoritaria, y el director nombrado en representación del dicho instituto sea considerado funcionario público.

El siguiente problema que habría que plantearse es: cuál es el alcance de la expresión “directores” y “administradores”, porque la ley limita el calificativo de funcionarios públicos solamente a los directores y administradores de las sociedades que, por aplicación del artículo 4º, pueden considerarse titulares del patrimonio público. No extiende tal calificación a todo el personal de esas empresas del Estado o sociedades del Estado. No conceptúa a todo el personal como funcionarios públicos, sino lo limita a los directores y administradores.

Entonces, parecería lógico plantearse cuál es el alcance de la expresión “directores” y “administradores”. Yo pienso que éste no es, como pudiera parecer a primera vista, un simple problema semántico: aquel que se llame director o administrador ese es funcionario público a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Sin duda, normalmente, cuando una persona desempeña un cargo cuyo título lleva antepuesto la mención de director o de administrador ordinariamente el contenido de las funciones que desempeña es de orden directivo-administrativo.

Creo que la determinación de quienes son directores y administradores debe hacerse mediante la combinación de elementos formales y de elementos materiales, apreciables dentro de la estructura de la propia empresa, siendo, en principio, difícil señalar todas las personas que deben ser consideradas directores y administradores.

En este sentido, conviene tener en cuenta que la diferencia de régimen jurídico que existe entre las empresas del Estado y las entidades que integran la administración central, se manifiesta, entre otros aspectos, en que la organización de dichas empresas no está previamente determinada por la ley y la competencia, organización y funcionamiento

de sus órganos no vienen determinados por leyes o por normas de rango sublegal como ocurre en el caso de la administración central.

La administración central tiene una estructura, por lo demás piramidal, expresamente señalada en la Ley Orgánica de Administración Central y luego complementada con los reglamentos orgánicos y los reglamentos internos de cada Ministerio. Y es relativamente fácil colegir del examen que se haga de esos reglamentos, qué órganos tienen asignadas funciones directivas o funciones administrativas y qué órganos tienen asignadas funciones estrictamente operativas. Este no es el caso de las empresas del Estado, porque la competencia, organización y funcionamiento de sus órganos van a depender tanto de disposiciones estatutarias como de situaciones normativas no estatutarias, así como de situaciones de organización informal que difícilmente se pudieran plantear en la administración central, o que, si se llegasen a plantear, serían probablemente ilegales, mientras que en el caso de las empresas del Estado su ilegalidad sería discutible por cuanto cabría analizar elementos de orden civil y mercantil.

De la combinación o del análisis de elementos formales y materiales en la estructura de la empresa, es que se debe determinar quiénes son directores y administradores. Podemos señalar que, sin duda, hay elementos formales, como son, concretamente, el título del cargo que se desempeña y la jerarquía del cargo, entendiendo por jerarquía el escalonamiento formal de la potestad en la estructura, de cuyo examen puede concluirse que, formalmente, el título de director o de administrador de un funcionario, con una jerarquía específica, lo califica como funcionario público a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Pero, no solamente son elementos formales los que deban ser examinados, también hay que examinar elementos de orden material, concretamente el contenido de la función. ¿Cuál es el contenido específico de la función?, ¿cuáles son los actos que se pueden desarrollar con base en una función determinada?

Normalmente, las funciones se entienden como un grupo de actividades y las actividades como un conjunto de actos. Las funciones suelen ser recogidas en las disposiciones organizativas de la empresa. Pero, en ocasiones, puede ocurrir que determinados órganos que no tengan asignados formalmente ciertas funciones, y que no les corresponda realizarlas, sin embargo, realicen aislada o accidentalmente determinados actos, que puedan ser considerados actos de administración.

Entonces, el darle sentido amplio o restringido o un sentido preciso, exacto y concreto a la expresión director o administrador, va a depender mucho de la estructura administrativa de la empresa y del examen de esa estructura. Sin duda, siempre se podrá señalar que aquellas personas que toman decisiones que afectan el patrimonio de la empresa en su cantidad o en su calidad o que detentan, custodian o manejan fondos o que ordenan compromisos y pagos, son directores o administradores según el título del cargo y la jerarquía.

Pero, examinar el contenido concreto y específico de la función será siempre absolutamente indispensable para poder determinar si se desempeñan funciones directivas o de administración, aun cuando no se tenga el título y aun cuando eventualmente no se tenga la jerarquía, y así precisar si una persona que no tiene el título de administrador, pero que su función es total o parcialmente de administración, deba o no ser considerado como administrador a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En resumen, hay situaciones muy claras en las cuales no hay ninguna duda de que determinada persona por el título del cargo, la jerarquía y el contenido de la función, es director o administrador a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, así como hay niveles operativos en las empresas en los cuales, por la naturaleza de la función operativa, por el título del cargo y por la jerarquía que se tiene, uno puede afirmar que una persona no es director ni administrador.

Pero, entre ambos extremos yo pienso que, según la naturaleza de las empresas y sus características, puede haber perfectamente personas que tengan función directiva o administrativa en las cuales no haya un título propiamente de director o administrador.

De la combinación, por tanto, de los elementos formales y de los elementos materiales, podemos decir, que son directores y administradores: en primer lugar, las personas integrantes de órganos estatutarios unipersonales o colegiados que tienen atribuidas funciones de dirección y administración. Normalmente, estos son los altos funcionarios directivos y administrativos, porque son la respuesta organizativa a las exigencias estatutarias y son las personas que tienen atribuidas las funciones de dirección y administración superiores de la empresa.

Sin embargo, también son directores y administradores y deben ser considerados así a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda, aquellas personas integrantes o titulares de órganos no estatutarios, pero que

tienen atribuidas funciones de dirección y administración. Allí es donde, como antes mencionaba, cobra especial importancia la estructura de cada empresa, la organización de cada empresa y las funciones que se le han atribuido a cada uno de los órganos.

### III

#### LOS ILÍCITOS DE LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Desde otro punto de vista, podemos relacionar con las empresas del Estado los ilícitos administrativos y delitos de carácter penal contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esto nos plantea el problema de la responsabilidad administrativa, civil y penal en que pueden incurrir los funcionarios públicos (directores y administradores en el caso de las empresas del Estado), con motivo de su gestión y nos plantea el problema de la aplicación de las sanciones correspondientes.

En virtud de las disposiciones que la ley establece en materia de responsabilidad administrativa, no hay duda de que los directores y administradores de las empresas del Estado, son pasibles de sanciones administrativas y de que responden administrativamente, aun cuando, como antes decía, la actividad de las empresas del Estado, en sentido estricto, o en aplicación de categorías clásicas propias del Derecho Administrativo tradicional, no constituye actividad administrativa y, en consecuencia, no habría lugar a la responsabilidad administrativa. Sin embargo, como anteriormente señalaba, por razones metajurídicas, el Derecho Administrativo ha ido regulando la actividad de las empresas del Estado y ha ido sujetándolas a normas de derecho administrativo en campos muy amplios que van desde su régimen de programación hasta su ejecución presupuestaria, pasando por aspectos de orden administrativo diverso.

Es por ello que los directores y administradores que sean calificados como tales en función de los criterios que antes anotábamos o de otros que también puedan ser igualmente válidos, pueden incurrir en responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa tiene dos tipos de supuestos en la ley: uno, relativo a los casos específicos de responsabilidad administrativa; otro, el supuesto de inobservancia o violación de norma legal

o reglamentaria que no tiene una sanción específica. En este sentido, es de señalar que los directores y administradores de las empresas del Estado pueden infringir leyes como la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario o la Ley de Coordinación del Situado Constitucional o la Ley de Compensación, Conciliación y Pago de Deudas entre Organismos Gubernamentales, o pueden infringir otro tipo de normas legales o reglamentarias de carácter administrativo.

Un supuesto específico que contempla la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público del cual deriva eventualmente responsabilidad administrativa para el director o administrador de la empresa del Estado es el contemplado en el artículo 35, el cual se refiere a que se efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza sin que los funcionarios estén previa y legalmente autorizados, o sin que se disponga presupuestariamente de los recursos necesarios para contraer esas deudas o compromisos. Este supuesto genera responsabilidad administrativa. Yo creo que debe ser examinado en conexión con el artículo 60 que plantea el tipo delictivo de la malversación y con el artículo 61, especialmente con este último, que plantea el tipo del delito que podríamos llamar de endeudamiento ilegal, porque, en ambos casos, la materia que configura el ilícito administrativo del cual deriva responsabilidad administrativa, o el delito penal del cual deriva sanción penal, es una materia de orden y carácter administrativo.

Observen que en el artículo 35, como antes señalábamos, se establece como una de las causas del supuesto de responsabilidad administrativa que no se disponga presupuestariamente de los recursos para efectuar gastos o contraer deudas o compromisos de cualquier naturaleza. Por su parte, el artículo 61 sanciona con prisión de uno a tres años al funcionario que, excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra alguna de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 4º de la ley, con la excepción de que se obtenga la autorización del gasto por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Pienso que el supuesto es común en ambos o tiene que ver con el problema del régimen presupuestario de las empresas del Estado, porque ambos supuestos tienen en común que lo que desencadena la responsabilidad administrativa o la penal, es que no se tienen asignados los recursos presupuestarios. Decir que no se tienen y decir

excederse en las disponibilidades es lo mismo, porque la disponibilidad presupuestaria tiene un elemento cuantitativo, que es el monto, es decir, que se tenga dinero suficiente para realizar determinado gasto, y tiene también un elemento cualitativo, es decir, que haya partida para ese concepto de gasto. En ambos casos, cuando no hay disponibilidad presupuestaria en el orden cuantitativo o cualitativo existen los elementos básicos para que pueda haber responsabilidad administrativa o penal.

Ahora bien, hay una cierta contradicción en el sentido de que el artículo 35 no contiene la excepción que expresa el artículo 61, que sí prevé que cuando se cumplen las previsiones de la Ley Orgánica de Crédito Público no se configura el supuesto que da origen a la responsabilidad penal.

Por lo que respecta a la referencia de la ley a la autorización previa y legal para realizar gastos, considero que, en el caso de las Empresas del Estado, esa referencia no debe entenderse en la misma forma en que sería aplicable a la administración central, porque son regímenes jurídicos distintos. Creo que el funcionario, el director o administrador que tome esas decisiones, bastará que efectivamente tenga carácter estatutario *lato sensu* para poder autorizar los gastos, y no necesariamente debe tratarse de una autorización específica sino que bastará la autorización general que derive de su condición de director o administrador, independientemente del título que tenga el cargo.

Esta materia administrativa y presupuestaria también está a la base del problema que se plantea con relación al artículo 60, el cual regula el supuesto de la malversación de fondos públicos. Allí se dice que el funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiéndosele aumentar la pena en una tercera parte, si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público.

El problema fundamental consiste en que para que pueda hablarse de que el funcionario ilegalmente le ha dado una aplicación diferente a los fondos o rentas que están bajo su custodia o administración, tiene que haber un incumplimiento de normas presupuestarias, porque la ley dice: "una aplicación diferente a la presupuestada". Cobra nuevamente importancia el determinar el régimen presupuestario de las empresas del Estado, por lo menos en todos aquellos aspectos esenciales que pueden ser relacionados con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patri-

monio Público. La determinación detallada de ese régimen y el poder expresar, si no por normas de carácter legal por lo menos por normas de carácter sublegal, los principios fundamentales que rigen el juego presupuestario de las empresas del Estado es absolutamente necesario para aumentar el índice de seguridad jurídica en la aplicación de la citada ley.

En relación a otros supuestos de responsabilidad administrativa, podemos mencionar:

- a) El contenido en el artículo 36, que se refiere a la apertura de cuentas bancarias a nombre propio o de un tercero, el depósito de fondos en cuentas personales y el sobregiro, excepto en el caso en que se cuenta con la autorización del Ministerio de Hacienda. No creo que hay ninguna observación especial en relación con estos supuestos, porque si los directores o administradores incurren en estas situaciones serán responsables administrativamente.
- b) En el artículo 37 está establecida la responsabilidad administrativa por el uso o disposición indebida de los fondos o bienes públicos, aun en el caso de que se haya actuado por orden de funcionario superior.
- c) El supuesto del artículo 38 se refiere a la aprobación o autorización de pagos ilegales. En el caso de las Empresas del Estado, el problema se plantea en forma un tanto compleja, porque la ilegalidad no necesariamente es una ilegalidad administrativa, como ocurre en el caso de la Administración Central. Aun cuando pueda haber supuestos de ilegalidad administrativa, porque se trate de supuestos regulados por normas de derecho administrativo, la ilegalidad, en el caso de las empresas, podría plantearse en términos mercantiles o en términos civiles. Por ello, hay que examinar el contenido de la obligación que da lugar a los pagos que el organismo tenga que hacer.
- d) El artículo 41 plantea el supuesto de responsabilidad administrativa relacionado con lo que genéricamente se ha llamado el despilfarro. Ya se han planteado en el seminario anterior los problemas que pueden derivar de la aplicación de este supuesto de responsabilidad administrativa, porque dicha aplicación se realiza utilizando lo que se llama en doctrina conceptos jurídicos imprecisos o nociones jurídicas imprecisas, las cuales implican que el organismo que tiene que apreciar esa noción jurídica imprecisa, no tiene la discrecionalidad administrativa en el sentido de que pueda

escoger una entre varias conductas y cualesquiera de ellas sea ajustada a derecho, sino que tiene que decidir conforme o de acuerdo a una base técnica, por ejemplo, en el caso de la calificación de un gasto o contratación como innecesarios o excesivos o de la adquisición de bienes de calidades superiores o inferiores o bien de la contratación de servicios como no estrictamente necesarios. Absolutamente considerado, un gasto puede ser estimado como innecesario, pero en relación a una situación concreta que tiene una empresa ese gasto puede ser necesario. Esto pienso yo que obligará, tanto a niveles de la Administración Central como de la Administración Descentralizada, particularmente de las Empresas del Estado, a tener un soporte técnico adecuado de las decisiones y, particularmente, de aquellas que se encuentran cerca de situaciones límite.

De otra parte, pueden distinguirse lo que la ley llama el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública.

- a) En relación al enriquecimiento ilícito, no he encontrado ninguna particularidad o problema que se plantee en relación con las Empresas del Estado, salvo el relativo a que la Contraloría General de la República puede exigir a personas distintas de las señaladas en el artículo 2º, la presentación de declaración jurada de bienes. Porque si vamos a examinar la intención de la Ley de Salvaguarda, que es proteger el patrimonio público, en el caso de las empresas del Estado, en muchas ocasiones, los problemas no solamente pueden plantearse con los directores o administradores sino que, por la naturaleza de la empresa, por el volumen de recursos que manejan, por los tipos de procedimiento administrativo, por el tipo de negocios que tienen que celebrar, evidentemente que se podrían presentar situaciones que atenten contra el patrimonio público. De manera que, en el caso de las Empresas del Estado, podría plantearse si puede incurrir en enriquecimiento ilícito no sólo un director o administrador, sino cualquier funcionario o trabajador.
- b) Con respecto a los delitos contra la cosa pública ya mencionábamos lo relativo a la base o materia presupuestaria que tiene el delito de malversación y de endeudamiento ilegal previstos en los artículos 60 y 61.

En el caso del peculado o el caso del lucro con el uso de informaciones, previsto en el artículo 63, o en el de la corrupción, previsto en el artículo 67, ocurre que allí las conductas que dan lugar a la calificación legal pueden ser realizadas o pueden incurrir en ellas personas

que no son directores ni administradores en sentido estricto. Entonces habrá que analizar muy bien hasta dónde se lleva el alcance de la función de administración, porque hay también delitos, como este del lucro de funcionarios con el uso de informaciones, que pienso no serían sancionables penalmente sino por vía de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Sin embargo, en relación a los delitos que pudieran ser conceptuados más comunes, que son el tráfico de influencias y el valimiento, en realidad no se plantean problemas porque cualquier persona de acuerdo a la ley puede incurrir en este tipo de delito. Entonces, en el supuesto de manejos dolosos ilícitos a través de lo que la ley conceptúa como tráfico de influencias o como el supuesto del valimiento, cualquier persona o miembro del personal de una Empresa del Estado que incurra en este supuesto puede ser sancionado penalmente.

Estimo que se pueden mencionar, además, dos situaciones concretas. Una es la contemplada en el artículo 71, donde no se habla de Empresas del Estado pero se habla de organismos públicos con lo cual para que se configure el tipo delictivo, la acción tiene de alguna manera que estar relacionada con un organismo público. Creo que la interpretación que hay que darle a los términos "organismo público" en este caso del artículo 71, debe ser una interpretación amplia, es decir, allí están incluidas las Empresas del Estado, porque, a los fines de la Ley de Salvaguarda, su patrimonio es considerado patrimonio público y, en consecuencia, donde la ley habla de organismo público, como en el supuesto del artículo 71, debe afirmarse que allí queda comprendida la Empresa del Estado.

Finalmente, pienso que, con respecto a la aplicación del artículo 104, que establece sanción de inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas, también debe extenderse al desempeño de cargos o funciones en las Empresas del Estado que son titulares de patrimonio público de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda. Si limitásemos la expresión "funciones" o "cargos públicos" a la Administración Central y a los Institutos Autónomos, entonces una persona que hubiese delinquido contra la cosa pública dentro de una sociedad considerada titular de patrimonio público, podría volver nuevamente a tener cargos o funciones en una empresa del Estado, lo cual no tiene sentido.