

Una procedimentalización de la potestad organizatoria-empresarial para Venezuela

Rosales G., Jean-Denis

Recibido: 2008-07-17 - Revisado: 20-09-16 - Aceptado: 27-03-18

Rosales G., Jean-Denis
Abogado. Especialista en Derecho
Tributario. Especialista en Derecho
Administrativo.
Universidad de Los Andes, Venezuela
Jdrg_adm@hotmail.com

La presente investigación pretende exteriorizar el vacío regulatorio existente en el derecho administrativo, para justificar la implantación de las empresas públicas como técnicas de intervención estatal dentro de la economía conforme a criterios objetivos, que se acondicionen completamente con un estado de derecho material (motivación-procedimiento), tal como la aplicación especial de la normativa de las contrataciones públicas al presente caso. La anterior tesis como principio, será aplicable a empresas públicas con varios accionistas (Estado y particulares), porque la idea ordenadora de la propuesta procedimental es, no sólo la selección de la mejor oferta, sino del mejor contratista a través de las potestades de examinación, evaluación y recomendación de una comisión, que objetiva y cristalinamente, adjudique la buena pro al mejor proponente en la suscripción del contrato societario con el Estado de un modo eficaz. Ignorar la anterior postura, es consentir la creación de empresas públicas con el sector privado de manera arbitraria.

Palabras clave: Empresas públicas; interdicción de la arbitrariedad; mejor oferta; mejor participante.

RESUMEN

This research aims at revealing the existing regulatory emptiness in the Administrative Law to justify Nationalization as Government Intervention Techniques within the Economy according to objective criteria, which are fully conditioned to a Substantive Law State (motivation-procedure), such as the special application of the Government Procurement regulations to this situation. The previous thesis, as a principle, will be applicable to several-Shareholders Public Companies (government and individuals); since the ordering idea of the procedural proposal is not only the selection of the best offer, but also of the best contractor by examination, evaluation and recommendation powers of a Commission, which objectively and transparently awards preferred bidder status, in the subscription of a corporate contract with the State in an efficient way. Ignoring the previous position means to consent to the creation of Public Enterprises with the private sector arbitrarily.

Keywords: Public companies; interdiction of arbitrariness; best offer; best contractor.

ABSTRACT

1. Introducción

La investigación fundamentalmente intenta resolver un problema jurídico de vieja data en Venezuela, como es la exagerada instauración de estructuras orgánicas de la administración ante el ejercicio ilógico e incongruente de la potestad organizativa del Estado, especialmente en lo tocante con el tema de las empresas públicas de un solo accionista, o, de múltiples accionistas según el ordenamiento constitucional venezolano, y que además, no cuentan con un título justificativo que ampare la utilización de dichos medios organizativos para satisfacer los intereses generales, respetando el criterio de la objetividad y de la transparencia en la implementación de tales técnicas de intervención estatal dentro de la economía.

Cabe decir, que el principio de la interdicción de la arbitrariedad del Estado compone un sinfín de elementos jurídicos de corte garantísticos como la motivación: ¿Por qué la decisión?; el procedimiento que debe seguirse para utilizar una potestad administrativa estatal: ¿Cómo nace la medida? que son de carácter sustantivo; y otros de carácter adjetivo como la revisión judicial de toda decisión estatal ante un tribunal especializado por la materia: ¿Cómo cuestionar la juridicidad de la medida?.

Toda acción estatal debe estar motivada, porque los administrados deben conocer cuál es la utilidad de la empresa pública. Toda acción estatal ha de ser procedimentalizada, porque es necesario que se reverencien todos los pasos, donde los administrados –los operadores económicos- afectados por este tipo de medidas económicas, puedan formular sus interrogantes acerca de la pertinencia y juridicidad de la empresa pública. Toda acción estatal debe ser cuestionable judicialmente, pero si no se conocen los motivos, ni existe un procedimiento previo que indique como se instituyó la empresa pública, los interesados no tendrán oportunidad de cuestionar la decisión que ordena dar inicio a la futura empresa pública ante un tribunal especializado, con lo cual complicaría el debate entre los administrados y el Estado en el juicio, porque uno de los efectos de constituir a las empresas públicas en el contexto actual, es limitar el derecho subjetivo de la libre competencia, aunado a la nacionalización indirecta de la economía; nacionalización de la economía, que la Constitución

de Venezuela apacigua por tipificar una Economía social de mercado que solo accede sobre ciertos medios de producción particularizados, cuando la necesidad lo justifique.

En la actualidad, la intervención estatal en la economía es un fenómeno habitual, que viene desde los tiempos de las primeras civilizaciones, pero el fenómeno de la intervención debe venir acompañado de un procedimiento previo que legitime su nacimiento.

2. Desarrollo

2.1. La empresa pública como fruto del ejercicio de una potestad estatal

En un nivel funcional muy propio del derecho administrativo, las empresas estatales son, sin lugar a dudas, el producto jurídico del ejercicio de una potestad administrativa estatal. Y cabe decir, que desde la óptica del derecho constitucional, y del derecho administrativo también, pues según De la Cuétara (1986, 187) “las potestades administrativas estatales están sometidas plenamente al Derecho, partiendo por supuesto de la idea nuclear de que se trata de un poder cabalmente juridificado.” Y que entonces, las potestades que permiten el nacimiento de una empresa estatal no pueden ser la excepción, porque las potestades administrativas son el tipo de instrumento jurídico que accede materializar un interés de tipo general en beneficio de la colectividad.

Las potestades como manifestación concreta del poder público, implican una forma clásica de *ius imperium*, o de *puissance publique* según la doctrina clásica de Hauriou y Rivero (1911, 22), que van a producir efectos sobre unos terceros, esto es, sobre la esfera jurídica de los administrados (entiéndanse 2 grupos diferenciados): 1) los consumidores o los usuarios; 2) Los demás comerciantes con quienes compite en la actividad económica de su preferencia para que éste cumpla con sus objetivos de modo eficaz.

Sin embargo, las potestades administrativas, tienen un presupuesto filosófico determinado según el texto constitucional vía artículos 2 y 141, con la concepción del estado de derecho material, que considera a la juridicidad de las potestades administrativas según la constitución y la legalidad de sus actuaciones para que tengan una fuerte consideración de legitimidad social.

Dos principios generales del derecho que constituyen unas garantías objetivas del orden normativo dentro de un estado de derecho, así como de la efectividad del derecho constitucional de la libertad económica de los comerciantes son la supremacía constitucional y la legalidad administrativa, que suponen que la legitimidad de una empresa estatal debe provenir de un fundamento pleno de la norma constitucional –artículo 300 constitucional- y de una norma legal –artículo 103 Ley Orgánica de la Administración Pública- pues la norma legal es diseñada, discutida y sancionada por el parlamento como órgano que sirve de depositario de la soberanía nacional. Y cada acción estatal de la administración pública debe estar completamente cubierta por una norma escrita que diga ¿a quién incumbe ejercitarla?, ¿en qué supuestos procede?, ¿cuándo procede?, ¿dónde procede?, ¿cómo procede? y ¿por qué?

Para ello, la doctrina administrativa diferencia a la competencia como una técnica consecencial de la legalidad que parcela los poderes legales atribuidos de la Administración según un acto normativo cualquiera a una determina unidad, órgano o ente público del Estado. La competencia legal responde a las anteriores interrogantes. Y ello se logra mediante una juridificación completa de la potestad, porque el texto constitucional, legal y reglamentario (el bloque de la legalidad) debe atiborrar la totalidad de los extremos del ejercicio de una potestad administrativa cualquiera. El bloque de la legalidad debe indicar todo eso. La competencia es un efecto de la ley.

En este sentido, García E. y Fernández, T. (2004, p. 78) dicen que:

Éste principio, no ya el más importante o significativo, sino que llega a tener un valor fundante –siendo germen, savia y raíz- del Derecho Administrativo moderno va a crear un mecanismo técnico, que es la concreción de los poderes perfectamente delimitados a favor de la Administración Pública, en cuya virtud la legalidad define y atribuye potestades a la Administración Pública.

En otras palabras, la supremacía constitucional –lo que dice la Constitución- y la legalidad administrativa –lo que dice la ley- son el fundamento jurídico principal condicionador del nacimiento y ejercicio de la potestad por parte de una unidad organizativa estatal

cualquiera. Como expresa Araujo (2007, 651) “Sin la atribución normativa-legal previa de las potestades administrativas, la Administración Pública no puede actuar.”

En este sentido, el principio de legalidad opera como una condición legal de la actuación administrativa estatal, pues toda potestad administrativa estatal, en cuanto al poder jurídico, el administrativo incluso, ha de estar conferido por el ordenamiento jurídico, y tener en él su base, lo que motiva la regla con forma de aforismo de la *nulla potestad sine lege*, o *conferimento di potestá*. Y todo esto significa que, sólo cuando la administración pública cuenta con esa cobertura legal previa, a través de la concesión de potestades, es que ésta puede ser legítima. Sin el poderío normativo-legal de potestades administrativas previas, la administración en cualquiera de sus formas, no puede ejercitarlas. Sencillamente, la competencia es la medida gradual específica de los poderes otorgados de modo *sui generis* por el ordenamiento jurídico a una unidad organizativa en particular.

La potestad administrativa estatal de constituir empresas estatales no viene sino a determinar la situación posicional de poder en que se encuentra el titular de la misma, situación de un poder, que se va a exteriorizar con unas situaciones jurídicas activas, que de manera fundamental, describirá la incidencia de la potestad en el terreno jurídico-económico; y las situaciones jurídicas que derivan de todas ellas; y por supuesto, las situaciones que derivan de los derechos de los terceros afectados, tras ejercerse las potestades administrativas. Mayer (1949, 67) lo expone muy bien, “el despotismo como sistema de gobierno, se refiere de manera principal a aquellos gobiernos que nunca invocan un título jurídico potestativo de modo legítimo.”

La legalidad de las potestades administrativas ejercitadas significa, conferir reconocimiento popular de la actuación administrativa a través del apego del estado a la ley, incluso cuando crea una estructura organizativa descentralizada con fines empresariales como lo es, una empresa estatal. No hacerlo implica, incluso, una clara forma de desgobierno.

Ahora bien, en términos amplios, el título jurídico potestativo –la potestad- es aquello que legitima cualquier poder jurídico estatal de modo justificado. Un ejemplo, es la utilidad pública con

la técnica expropiatoria como potestad estatal. La diferencia entre la potestad jurídica y el título jurídico, deviene en la existencia de un título justificativo en el segundo caso, y en la ausencia del mismo en el primero. Que existe la posibilidad de potestades estatales reconocidas en la ley que carecen de justificación teórica por la ausencia de una suficiente regulación legislativa. Eso es correcto, pero no es el deber ser en el mundo del derecho para encontrar la regulación administrativa del Estado según los postulados de un estado de derecho material, que ponga limitaciones expresas a las unidades administrativas del Estado, que deben respetar el mínimo vital de las libertades públicas para no limitar con demasía el espacio vital de los particulares.

La potestad de constituir a las empresas públicas es un buen ejemplo, porque no cuenta con un título jurídico que fundamente detalladamente el ejercicio de la mencionada potestad estatal en el caso concreto, cuando se verifiquen un conjunto de supuestos de hecho, que según la ley, legitimen la procedencia de semejante intervención estatal. Un ejemplo que pudiere ser paradigmático como supuesto de hecho: 1) Cuando no existan empresas del sector privado que desempeñen esa actividad económica de interés general a la colectividad, el Estado podrá constituir empresas que cumplan con esos fines de especial interés general; o, 2) Cuando una empresa, o un conjunto de empresas privadas produzcan unos bienes, o presten servicios de manera monopólica, duopólica u oligopólica en Venezuela. Si una empresa estatal surge de un supuesto de hecho diferente de los anteriormente mencionados, los afectados por la anterior medida económica, pueden impugnar el decreto ordenador constitutivo de la empresa pública recién creada por contradecir la legalidad administrativa, sin olvidar que puede considerarse que vulnera el derecho subjetivo corolario de la libertad empresarial, como el derecho de la libre competencia del sector privado que hacen bienes, o prestan servicios.

Toda potestad estatal debe respaldarse con un título justificativo, que permita conocer las razones de proceder de una u otra manera por parte del Estado. No es suficiente, si la ley establece con sumo detalle casi todo, si no coloca, la motivación, que permita conocer a los ciudadanos el porqué de la medida estatal en el terreno económico, porque esa insuficiente regulación

legislativa de las empresas públicas “asentiría constituir” dichas unidades organizativas de un modo arbitrario, careciendo de límites administrativos y financieros de cualquier tipo.

El artículo 300 de la Constitución es expreso al respecto, cuando dice: “La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades empresariales con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.”

Sin embargo, la sección segunda del capítulo II del título IV de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), no dice nada acerca de los supuestos que permiten al Estado a constituir empresas estatales, ni como se llama el título justificativo que legitima ese proceder estatal en Venezuela. Fíjense que en tema de Expropiación, el Texto constitucional instituye vía artículo 115, que sólo por razones de utilidad pública o social, puede ésta técnica jurídica proceder. *La utilidad pública es el título jurídico* de esa técnica interventora dentro de la economía. *El carácter estratégico es el título jurídico* en las reservas económicas sucesivas, vía artículo 302 *ejusdem*.

Toda técnica de intervención estatal dentro de la economía debe disfrutar de un respaldo constitucional, y/o legal; los supuestos legitimadores de origen; el título justificativo; el ámbito de ejercicio territorial de la nueva unidad organizativa; la indicación de, a quien corresponde crear la empresa pública; y especialmente, el procedimiento, que viene siendo, ¿el cómo del ejercicio de la potestad administrativa estatal? debe necesariamente aparecer indicado en la ley para conocer con suma exactitud el cauce de formación del acto jurídico que crea al ente empresarial, pues según los postulados de un estado de derecho material, toda potestad estatal debe estar debidamente procedimentalizada por la legislación administrativa correspondiente.

2.2. Tipología de empresas públicas: Descripción de su régimen jurídico

La Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) enuncia los cimientos normativos de la potestad organizatoria-empresarial del estado venezolano a partir de los artículos 103 al 109 con

la finalidad de intentar, juridificar a una potestad estatal tan importante como ésta. Especialmente, cuando ésta técnica ablativa restringe sutilmente el atributo del derecho de la libre competencia del derecho constitucional de la libertad empresarial de los comerciantes que se encuentran ejerciendo un derecho constitucional legítimo según el artículo 112 constitucional.

El artículo 103 inicia con la regulación legal de las empresas públicas. Lo particular de la regulación legal de las empresas públicas, viene siendo el enfoque organizativo que tiene éste típico fenómeno dentro del derecho público de las organizaciones, y no como una técnica de intervención estatal dentro del derecho público económico. Este ya distintivo fenómeno jurídico de la realidad venezolana, aparece caracterizado como una estructura jurídica organizativa plena más en el complejo entramado de relaciones de autoridad que es la administración, que se vale de diferentes medios patrimoniales, presupuestarios, humanos y jurídicos, ordenados con variadas modulaciones técnicas en varias personificaciones, cuya diferencia penderá de los objetivos juridificados normativamente para cada una de las diferentes formas en que se exterioriza la administración pública.

Aunque, pudiere decirse, que en éste contexto económico y jurídico-constitucional del Título VI lindante con el régimen socio-económico de la nación ésta aparece reconocida como un medio potestativo que permite al Estado irrumpir en la esfera jurídica-subjetiva de los operadores económicos, con la finalidad de colaborar de modo subsidiario con el sector privado en la creación de bienes, y la prestación de servicios públicos de especial calidad para la colectividad, no se encuentran con estudios de carácter científico que aludan a esa loable posibilidad del Estado, de intervenir de modo sistemático en los procesos de producción económicos consumados en Venezuela.

Es significativo resaltar, que el título IV constitucional lo que expone, son las reglas, los principios y los valores del *sistema económico constitucional*, con su especial *sistema económico*, y cada una de las técnicas de intervención estatal en la economía, que a través de una Constituyente consensualizaron la maniobra gubernamental del mundo económico en Venezuela.

El artículo 103 tipifica a la empresa pública como un tipo

organizativo que se ubica dentro de la administración pública descentralizada del Estado, de igual modo, que los demás entes descentralizados funcionalmente.

Y el dato jurídico de mayor relevancia jurídica es la caracterización de la misma como persona jurídica estatal, en cierta forma independiente de la administración pública central nacional, estatal o municipal, pero con un patrimonio propio, y que sigue para su formación jurídica reglas relacionadas con el mundo del derecho privado como lo es, el actual Código de Comercio. También menciona el arriba indicado artículo, que se entiende por empresa pública a las personas jurídicas de derecho público creadas patrimonialmente por los entes político-territoriales en proporción mínima de 51% del capital social. De tal modo, que se trata de una sociedad mercantil de base capital, pero con forma de compañía anónima, que permite la asociación del Estado como un sujeto trascendental en la relación jurídica de derecho público con otros sujetos de derecho, que pueden ser, de diferente tipo, por ejemplo, de derecho público, en cualquiera de sus formas; o, de derecho privado, con sociedades mercantiles de base capital con forma de compañía anónima.

Puede definirse jurídicamente el sentido de la norma en cuestión, como una norma sustantiva que moldea en un sentido más o menos preciso, el régimen jurídico de la empresa pública en Venezuela, aunque con ciertas matizaciones que se insinuarán después, al diferenciarse interpretativamente con el artículo siguiente: el Artículo 104 LOAP.

El artículo 104 en conjunto con el artículo 105 procedimentalizan la potestad organizatoria-empresarial del Estado. Pero advirtiéndolo, que dicha regulación es insuficiente, porque ésta obvia un aspecto fundamental de la formación de la voluntad estatal en el presente caso.

En este orden de ideas, el artículo 104 LOAP menciona, quien es la autoridad competente para decretar el nacimiento de una Empresa Pública en Venezuela. La norma legal manifiesta que la autoridad competente será el jefe del ente político-territorial respectivo: el presidente ejecutivo reunido en Consejo de Ministros, Gobernador, Alcalde con un acto jurídico denominado Decreto, y que éste deberá ser publicado en la gaceta oficial de la república

bolivariana de Venezuela conforme el artículo 105 LOAP.

Luego, en este orden, la segunda oración del artículo 104 LOAP indica la necesidad de la vital protocolización del acta constitutiva de la sociedad mercantil en la oficina de registro mercantil del lugar donde tendrá sede la nueva empresa del estado. Pero hacen falta mucho más aspectos sustantivos-adjetivos que delimiten como crear legítimamente a una empresa pública.

El artículo 108 versa acerca de la legislación aplicable al ejercicio de las empresas públicas del Estado, una vez que ésta, está constituida. Y la norma legal menciona que el funcionamiento entero de la empresa pública se regirá por la legislación ordinaria del Código de Comercio y Código Civil para los asuntos de carácter operativo, salvo en lo conducente en asuntos de carácter jurídico laboral, cuya idoneidad normativa incumbe a la LOTTT. Cabiendo realizar la salvedad, de que su actividad puede ser sometida a las normas del derecho Público como la Ley Contra Corrupción y como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República a los fines de asegurar la idoneidad de la utilización de los fondos públicos. Y cuya carestía operativa a nivel de tales actos normativos requerirá de la intervención de la misma administración pública según la sección quinta del capítulo II del título IV LOAP (Artículos 118-131). Así, la creación de una Empresa Pública no enreda la *despublificación* de la materia organizativa estatal, sino a la complementariedad normativa-principista de dos ramas del Derecho, como el derecho público y el privado.

La temática de la intervención estatal de las empresas estatales por parte de la administración pública central es indiscutiblemente de derecho público como puede observarse de las normas anteriormente apuntadas, pero ésta se complementará con normas legales del derecho privado. Incluso, las empresas del sector privado pueden ser intervenidas, en muy pocos casos, pero con un *título justificativo* que legitime la medida final, que pudiere asumir la unidad jurídica competente, y eso significa, derecho público. Esas dos normas: 103-104, son muy importantes para juridificar el nacimiento de las empresas públicas. Y las demás normas de intervención de las empresas públicas son importantes para juridificar el funcionamiento de las mismas, porque permiten mantener viable la funcionalidad social de las mismas frente a la

colectividad. El resto de las normas LOAP de las Empresas Públicas no son pertinentes a los efectos de ésta exposición teórica, y regulan diferentes aspectos sustantivos-adjetivos de las diferentes tipos de empresas públicas.

El artículo 105 LOAP establece que podrán crearse empresas estatales de un solo accionista. Y que en todo momento, será el estado venezolano en cualquiera de sus formas. Sin embargo, de especial importancia es, el mensaje que puede deducirse en un sentido interpretativo contrario al expresamente indicado en ese artículo, de que pueden instituirse empresas públicas con varios accionistas, donde pueden confluir accionistas del sector público, o del sector privado con el ente político-territorial legitimado para constituir a la empresa estatal. ¿Cuál es el criterio para seleccionar a los otros accionistas que contribuirán a la creación de la nueva empresa pública? Esto no se sabe.

La Legislación nada establece, pero la finalidad del presente estudio es ofrecer una alternativa jurídicamente válida, que condescienda cohesionar el anterior vacío, que facilita un cierto margen de “falsa discrecionalidad que en todo caso supone una motivación” al momento de proceder a constituir la empresa pública con el otro vacío legislativo que aparece en el artículo 104 LOAP; ésta idea será relacionada con el punto siguiente.

Ahora bien, del artículo 104 LOAP puede deducirse un mensaje justificador de especial trascendencia para el tema de las empresas públicas que será abordado, y que en todo momento forjará los nuevos lineamientos teóricos del derecho público económico con un estado de derecho material bien configurado en Venezuela, redimensionando inclusive el contencioso-administrativo de las empresas públicas patrio, porque ésta aportación va a proscribir la arbitrariedad en la implementación de la ya tantas veces aludida potestad organizativa, planteando la posibilidad de declarar nulo el decreto constitutivo de la empresa pública¹, o de la resolución

¹ Corresponde al Poder Judicial supervisar el respeto de las Empresas Públicas a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales, ya que esta actividad estatal de contraste con unos parámetros jurídicos y de tutela judicial efectiva de todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos le ha sido encomendada por la Constitución. Cfr. Antonio Troncoso R. (1997) *Privatización, Empresa Pública Y la Constitución*. Marcial Pons. Madrid, España. Pág. 386. Sin olvidar, que para éste autor, es el Juez Contencioso Administrativo el que está más habituado para exigir a los

culminatoria de la comisión contratante, cuando ésta escoja a los futuros accionistas del ente político-territorial vulnerando a la Ley de Contrataciones Públicas según el principio de universalidad del control de la actividad administrativa. Así, si participan cinco operadores económicos con la finalidad de asociarse con el Estado en la constitución de la referida empresa, y la comisión contratante elige a tan solo 1 de ellos. Los otros 4 operadores económicos podrían acudir a los tribunales especializados para cuestionar la providencia de la comisión contratante de querer seleccionar a unos contratistas, y no a los otros.

El mensaje legislativo es, que del ilusorio cauce legal de las empresas públicas puede deducirse 2 momentos claramente diferenciados del mundo de las empresas públicas. Uno claramente relacionado con el procedimiento de formación de la empresa pública. Y el otro relacionado con la gestión de la empresa pública. De donde, el primero está relacionado con el binomio: *Acto Administrativo Formal-Contrato de Sociedad*, y el segundo con todas las técnicas contractuales que materializarán los planes de gestión de la junta directiva al servicio de sus objetivos estatutarios. La fase más relevante es la primera, el binomio acto administrativo formal-contrato de sociedad, pues el procedimiento del mismo no existe en la LOAP², debiendo existir. Y que en un primer arrimo se denominará: *la fase de derecho público que resolverá como seleccionar sin arbitrios de ningún tipo a los futuros accionistas del Estado en la*

poderes públicos el cumplimiento de los principios Constitucionales. Pág. 394.

² Como señala Araujo, en los mismos orígenes del Derecho Administrativo, el principio inicial consistía en la libertad procedimental o informalismo de que gozaban las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus cometidos estatales, en virtud de la cual seguían el cauce que técnicamente les parecía más convincente. En efecto, las primeras fases del Derecho Administrativo se caracterizaban por someter a la Administración a normas materiales o de fondo, fijándose reglas precisas sobre los fines que podía, o debía realizar, pero sin que el camino de formación, revisión o ejecución de la voluntad administrativa en el sentido procedimental, retuviera la atención del Derecho Positivo. Así, el Derecho Administrativo clásico se conformaba con estudiar el producto de la acción, su resultado, el acto administrativo en si mismo; desdeñaba el proceso de creación, el desenvolvimiento jurídico del actuar administrativo. Sin embargo, ya han transcurrido 220 años desde entonces, y no es posible seguir concibiendo el hecho de dictar actos administrativo formales sin procedimiento. Ni siquiera la posibilidad de tener leyes que sostengan ese postulado tan anacrónico con un estado de derecho material como ocurre con la actual LOAP en materia de empresas públicas. Cfr. Araujo Juárez. J. (2007) *Derecho Administrativo Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Pág. 825.

fundación de la empresa pública, ¿y por qué?

En cambio, la LOAP si alude el procedimiento relacionado con el contrato de sociedad, y que en una primera aproximación conceptual se llamará: *la fase de derecho privado*, que básicamente es, una continuación de la fase anterior, y que se encargará de materializar el logro de la personalidad jurídica por parte de la futura empresa a través del registro mercantil.

Ambas fases están íntimamente relacionadas con la formación de la empresa. Y naturalmente, éstas serán concretizadas por 2 unidades jurídico-administrativas diferentes. La primera por una comisión contratante. Y la segunda por una consultoría jurídica.

2.3. Una propuesta procedimental de la potestad de empresas públicas

2.3.1. El Estado de Derecho y el Procedimiento Administrativo

Es bien sabido que el derecho, además de constituir la causa y los límites de la función ejecutivo-administrativa como lo requiere el principio de legalidad, ésta confiere a la administración poderes frente a los operadores económicos como administrados que son, a través de formidables potestades administrativas, que se encargan de generar una dinámica administrativa de las que derivan derechos y obligaciones económicos recíprocos.

En este sentido, la técnica contractual estatal es una competencia legal que se encuentra ya, históricamente justificada como una pieza básica en la consecución de los fines públicos. Y la celebración de tal técnica contractual es una parte integrante del cuadro de potestades administrativas que se han conferido por las leyes al Estado, pues en palabras de Goy (1980, 234), "hay un procedimiento administrativo para cada poder, y un poder estatal para cada procedimiento."

En efecto, la potestad administrativa estatal de instaurar empresas públicas por intermedio de un contrato de sociedad no puede concretizarse inmediatamente, sino que éste se mantiene al solo nivel de posibilidad de una actuación lícita. Para que tal potestad estatal pueda proceder legítimamente, es necesario que se decrete normativamente la medida de su competencia, y que procederá, cuando concurren las circunstancias previstas en el sistema, y que tales circunstancias, surjan en forma de actos jurídicos

con la finalidad de que constituyan en el presupuesto necesario para afinar el respectivo acto jurídico societario. Benvenuti (1952, 307) es categórico cuando dice, “que el procedimiento es sin duda, la historia de la transformación del poder en un acto, la historia determinada por una serie de actos necesarios para que el poder se manifieste en una realización concreta.”

Cabe decir, que el procedimiento administrativo es, sin duda alguna, una de las conquistas más importantes del estado de derecho. Es según Weber (1971, 176) en el ámbito de la función jurídico-administrativa, “una manifestación capital de la cláusula del estado de derecho” y en palabras de Schmidt-Assman (2003, 4) “una expresión de cambio habido en las relaciones entre el Estado y el ciudadano.”

Como afirma Villanueva (1965, p. 179): “El procedimiento administrativo es un fruto jurídico eminentemente histórico del estado de derecho. Entonces, la administración pública no solo debe aprovechar un derecho sustancial, material, sino que éste debe al mismo tiempo hacerlo con arreglo a cierto procedimiento establecido por un derecho adjetivo o formal”.

Y es que, uno de los problemas del derecho público actual, es la insuficiencia de una mínima ordenación legal, general, del sector público empresarial del Estado; aspecto fundamental de una regulación deficitaria, que debe solventarse pronto para zanjar la arbitraria creación de las empresas públicas en Venezuela con la finalidad de adaptar su potestad de creación a la ley y al derecho, como muy bien menciona el artículo 141 constitucional.

Una consecuencia importante de la formalización de una potestad estatal de creación empresarial, es la procedimentalización del medio jurídico potestativo como principio general del derecho público para la formación de la estructura organizativa-empresarial, sin obviar como dice Martín-Retortillo (1991, 260) “el contenido de su estatuto, permitiendo que todos, los diferentes sectores afectados por la toma de decisión, puedan hacer valer su pertinente opinión al respecto.”

En este sentido, cuando la administración pública central firma un contrato cualquiera, dichas actuaciones resultan, pues, del cumplimiento de un procedimiento administrativo de formación del acto jurídico estatal que condiciona, y da vida a las relaciones

jurídicas contractuales del Estado con los operadores económicos. Y no cumplir con lo anteriormente mencionado, implicaría una especie de vía de hecho contractual.

Éste fenómeno de la procedimentalización de las potestades, no solo sustantivo (el procedimiento), constituye un aspecto vital de la vida estatal venezolana. Así, el valor del procedimiento administrativo en los contratos estatales no es igual en todos los países del orbe, y en muchos de ellos no existe jurídicamente como en el sistema inglés: o de libertad de acción; o éste tiene un papel secundario en la celebración del contrato como acontece en el sistema alemán: o de procedimiento flexible; o es finalmente, un instrumento de la técnica del contrato administrativo como acontece en el sistema francés: o de procedimiento rígido, escogido por el sistema normativo patrio a través de una ley para instituir las garantías objetivas mínimas para la selección de los contratistas que van a celebrar contratos con nuestro Estado.

De ahí, que Brewer-Carías (1978, p. 141):

es un principio unánimemente admitido, el que todos los contratos celebrados por la Administración Pública, incluso, aquéllos que por su propia esencia excluyen la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, obligan a observar como mínimo, básicamente, las normas sobre competencia y procedimiento.

2.3.2. Recomendación normativa para suplir la deficiencia regulatoria

El procedimiento administrativo de contratación pública no es un acto, ni siquiera complejo, sino un conjunto de actos integrantes de un vital procedimiento administrativo. En suma, son actos tanto de la administración pública como de los propios contratistas, todos concurrentes a formar la voluntad contractual, que comprende a su vez varias etapas, que en su total conjunto, y hasta su terminación configuran la tramitación del caso en estudio. Tampoco es el contrato, ni viceversa. Mientras que el contrato es el resultado del encuentro de la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, así, el vínculo contractual germina solo cuando se enlazan tales voluntades por el procedimiento administrativo previsto para tales efectos.

Boquera Oliver (1963, p. 112) expresa que en consecuencia,

“estamos en presencia de un procedimiento administrativo iniciador de la voluntad administrativa contractual. Esa es su esencia jurídica”.

Ahora bien, esto, desde un punto de vista formal, pero sede enfatizar materialmente, que cada cauce, o procedimiento administrativo de 1er grado, tendrá un objeto específico decretado por la naturaleza del mismo contrato. Quedando así la necesidad de determinar entonces, la incidencia del objeto contractual (contrato societario) con la idoneidad del cauce administrativo concursal de la Ley de Contrataciones, pues el elemento individualizador de cada procedimiento administrativo es el efecto jurídico del acto, y por tanto, la *fattispecie* a la que ésta se refiere. Esto quiere decir, que cada vez que se emprenda el examen de un determinado procedimiento administrativo, es por ende, necesario tener en cuenta la *fattispecie* que hace relación Sandulli.

Pero, ¿Cómo adecuar convincentemente el objeto contractual societario con las modalidades concursales representadas dentro del Bloque Normativo de la Ley de Contrataciones Públicas? Partiendo por el principal argumento de todos. El Contrato de sociedad a suscribir por el Estado en cualquiera de sus formas, es un medio vital para materializar a la empresa pública, que no está procedimentalizada a los fines de seleccionar al mejor contratista. Y para escoger al mejor contratista se requiere de un procedimiento administrativo. Y el procedimiento concursal es el más adecuado para tal fin.

¿El por qué? del procedimiento concursal, se debe a que existen unas notas similares, materiales, sustantivas, de los 3 tipos de contratos tipificados en la Ley de Contrataciones Públicas: contrato de ejecución de obras, contrato de suministro de bienes y el contrato de prestación de servicios, con el contrato de Sociedad. Y aunque existen otras técnicas contractuales, igual de administrativas en la Ley Orgánica de Bienes de Dominio Público que regulan el cauce de selección contratistas para la venta y arrendamiento de bienes de dominio privado del Estado, éstas son muy diferentes a las otras.

Éstas dos técnicas acatan mucho más a criterios potestativos relacionados con la gestión demanial estatal sobre sus bienes, y no sobre un conjunto de recursos materiales, humanos y jurídicos,

que se van a constituir a los fines de que terminen circunscritos en torno a la personalidad jurídica de una determinada sociedad (una persona jurídica), que sea idónea para suscribir contratos, o generando situaciones jurídicas nuevas que impliquen derechos y deberes de manera simultánea para ambas partes mediante una técnica contractual como ésta.

Partiendo de ese primordial argumento, se tiene, entonces, que no se puede aplicar las normas procedimentales de las técnicas contractuales de dicha ley para el contrato de sociedad necesario y así materializar dicha empresa pública. La *especialidad sustantiva-procedimental* regulativa de la LCP sería notablemente aplicable para el presente caso, no pudiendo ser aplicable la otra, porque la dinámica procedimental entre el ente político-territorial y los interesados en que se confiara totalmente (compra-venta); o parcialmente (Arrendamiento), la titularidad de los bienes de dominio privado de la nación, es incompatible, a los fines de determinar su procedencia objetiva.

En este sentido, la LCP puede ser más aplicable a la presente materia, puesto que el procedimiento administrativo concursal (abierto o cerrado) permite escoger al mejor contratista en torno a dos criterios muy claros: Uno objetivo, y otro subjetivo. *El objetivo* relacionado con la mejor Oferta. *El subjetivo* análogo con el criterio del mejor participante. Además, que la Ley Orgánica Procedimientos Administrativos (LOPA) mediante el artículo 48 plantea la especialidad regulativa de una ley sobre una determinada materia, que en este caso incumbe según el artículo 1, a la LCP, siempre y cuando que se trate de los contratos allí mencionados. De tal modo, que el principio de la especialidad normativa del artículo 1LCP no resulta aplicable por la mención expresa de los contratos allí indicados en principio, aunque el procedimiento administrativo de primer grado para crear una empresa pública formada por varios accionistas (públicos-privados), esté orientado en cuanto al objeto con la ley, en la base dual de esa búsqueda por una comisión contratante.

El detalle es, que si bien es cierto, que el contrato de sociedad no es, ninguno de esos contratos, queda entonces por esa vía, la aplicabilidad del artículo 48 de la LOPA, a los fines de aplicar supletoriamente el procedimiento ordinario. La traba es que el

procedimiento administrativo ordinario es incompatible con la esencia contractual del tipo societario, pues no alude ni siquiera a la necesidad de instituir una comisión contratante conformada por expertos que sean afines al área³. Entonces, no acudiendo el principio jurídico de la especialidad normativa-societaria en la LOAP, ni pudiéndose aplicar, en vista de la supletoriedad normativa a la LOPA debido a los vacíos normativos parciales, tan sólo queda, la residualidad normativa ¿pero qué plantea la residualidad normativa?

Que cuando no existe la especialidad normativa de la materia, y con ello existe entonces la supletoriedad normativa, queda recurrir al instrumento normativo que en última instancia regula la materia de un modo mucho más idóneo para ese fin: la LOPA, pues la actividad administrativa referida con la contratación pública, como las restantes expresiones del accionar jurídico administrativo alinean en suma, la secuela de un procedimiento de primer grado, que se articula en heterogéneas etapas perfectamente distintas entre sí, aunque ésta diferenciación en modo alguno es incompatible con la unidad final gracias a la cual se instituyen, esto es, el contrato, pero que están en una relación recíproca entre sí y con los contratos. El problema se presenta con la deficiencia regulatoria de la LOPA, que ni siquiera instituye a una comisión contratante conformada por expertos para seleccionar a la mejor oferta y a los mejores contratistas. Nuevamente, la LOPA queda en evidencia como un instrumento regulador ineficiente para la temática de las empresas públicas. No así, el Bloque Normativo de las contrataciones públicas por razones de especialidad que con sus 2 procedimientos concursales acaban instituyéndose en el

³ Cabe decir, que es común en la doctrina venezolana, que la supletoriedad normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos procede en cualquier momento que se encuentre un vacío normativo parcial acerca de un determinado punto de la materia. Sin embargo, en ocasiones, encontramos, que las disposiciones del procedimiento ordinario son incompatibles con la materia, y ellas resultan inaplicables por su falta de idoneidad, como acontece en el presente caso. Como en ambos grupos de casos, el Primero (Contrato de Ejecución de Obras, de Suministro, de Prestación de Servicios dentro de la LCP); y el segundo (Contrato de Sociedad dentro de la LOAP) nos encontramos con la técnica contractual, asunto que implica una similitud sustantiva ínfima, pero al fin y al cabo existente, para sobre esa premisa, construir suficientemente el acabado teórico sustantivo restante, faltante, y asimismo, el procedimental, para cumplir con el mismo propósito de seleccionar al mejor contratista para el Estado.

cauce ordinario de las técnicas contractuales que utiliza el Estado.

Sin olvidar, que la normativa procedimental administrativa contractual de la LCP son un fragmento de un procedimiento administrativo contractual general, y que existe un vínculo jurídico de especialidad en la materia que gira en torno a la idea cardinal del contrato, del mejor contratista y de la mejor oferta, que reúne de una manera mucho más sistemática mediante un cuerpo unitario de normas, la temática de las contrataciones públicas.

Por tanto, el procedimiento administrativo contractual de la LCP tendrá una aplicación preferente desde el punto de vista material-principista, al procedimiento administrativo ordinario regulado en la LOPA, pero sólo en las materias tocantes a la especialidad. Ahora, ésta especialidad se presta a equívocos, si con ello se tiende a dar a la especialidad, un valor absoluto en orden a la exclusión de la aplicación de la LOPA, olvidando, como señalaría García, E. y Fernández, T. (2004, 460) con éste fenómeno regulativo, “que semejante especialidad sólo puede conceptuarse sobre la base de la existencia plena de aquélla, *como simples adaptaciones,*” por lo tanto, del procedimiento tipo, que la LOPA modela con un carácter bastante general, porque, a fin de cuentas, el procedimiento administrativo de primer grado allí instituido en la LCP, es juzgado como el que mejor preserva e instrumentaliza el patrimonio público de una forma eficiente, eficaz y transparente en la actividad estatal, aunado al hecho de que se busca opciones mucho más ventajosas en precio, calidad, financiamiento y oportunidad.

De allí, que sea forzoso que se utilice el procedimiento administrativo concursal de la LCP, que se realice un llamado a participar con un acto administrativo de invitación por el órgano o ente contratante con la finalidad de que los interesados a contratar, *se asocien con el Estado;* y que cumplan con los requerimientos objetivos-subjetivos intimados por las condiciones de contratación; presenten su oferta a través del llamado a participar; para luego fomentar el derecho de la libre concurrencia de voluntades de los operadores (libre competencia) que están interesados en firmar el contrato societario.

Luego, los operadores económicos interesados formularán sus ofertas a los fines de que, o sean rechazadas, o estos puedan verse

favorecidos con la adjudicación, tras la examinación, la evaluación y la recomendación de las mejores ofertas, estribando de si son éstas *ofertas económicamente ventajosas o no*, conforme a las condiciones de contratación que fueron formuladas por la comisión contratante como normas de derecho objetivo que sirven de norte para la selección del mejor contratista en cada caso empresarial, puesto que finalmente el procedimiento permite a la comisión contratante del poder nacional, estatal o municipal, discernir de una manera más objetiva, quienes pueden ser mejor contratistas para el Estado con un contrato de sociedad; que ofertas económicas les conviene más, lo que supondrá, discutir aspectos como, el porcentaje de acciones a repartir (y con ello, el porcentaje de ingresos comerciales a repartir con los dividendos, también los gastos), la cantidad de dinero a invertir para poder constituir la empresa, en fin.

Un procedimiento administrativo de primer grado, es un mecanismo jurídico de extraordinario reforzamiento de la institucionalidad democrática en la intervención estatal dentro de la economía. Para ello, es necesario sin excusas de ningún tipo, un álgido debate entre el Estado que busca concretar el bien común con la colaboración del sector privado, cuando éste último, posee los medios económicos, y especialmente experiencia para que la nueva Empresa pueda cumplir satisfactoriamente con sus objetivos estatutarios.

3. Conclusión

En un estado de derecho es necesario el respeto de la legalidad. Sin embargo, la legalidad administrativa de la acción estatal significa un correcto enmarcamiento de la operatividad potestativa de la administración pública con la finalidad que quede sumamente cubierta con una norma escrita, todos los condicionamientos respectivos de las potestades estatales. La regulación constitucional-legal debe ser exhaustiva, no dejando posibilidad alguna a los operadores jurídicos (los intérpretes de normativas), cualquier interpretación sesgada que se aparte de un estado de derecho material.

Cierto, un estado de derecho significa el correcto respeto a la constitución y a la legislación administrativa (estado de derecho formal). Sin embargo, cuando la ley es deficiente, y surge la

necesidad de su aplicación, puede que entonces surja una eventual contrariedad no manifiesta a la letra constitucional, porque no se cumple con el acabado regulativo-legal respectivo, que, como principio general del derecho, en palabras del Francés Goy (1980, p. 321) “Cada poder un procedimiento”, o “que cada potestad deba ser procedimentalizada por ley”, y que por razones de desidia del Congreso, éste no juridifica con exactitud el régimen de las empresas públicas, que a fin de cuentas, supone una configuración de una Empresa Pública con varios accionistas (públicos y privados), que ni siquiera exterioriza con una clausula, que podrá aplicarse supletoriamente la Ley de Contrataciones Públicas.

En el derecho administrativo, ya no es posible que éste tipo de situaciones sigan surgiendo, porque la Asamblea Nacional debe velar por la seguridad jurídica de las personas, que deben conocer con exactitud cuáles son las pautas legales que deben seguirse para ejercitar legítimamente las potestades estatales, y que en todo instante, deben ejercerse con la finalidad, de que no implique una arbitrariedad de ningún tipo por parte del Estado; arbitrariedad que en todo caso, significare, un choque de intereses con el concepto jurídico del estado de derecho, que significa el completo respeto a toda la constitución, a la legislación y a los principios generales del derecho. No obstante, un estado de derecho implica no solo no oponerse claramente el derecho estatuido, sino regular de un modo suficientemente detallado la temática de las empresas públicas para evitar la inseguridad jurídica.

4. Referencias

- Benevenuti, F. (1952) *Funcione Amministrativa, Procedimento, Processo*, en Revista Trimestrale de Dirritto Pubblico. Roma, Italia.
- Boquera, J. (1963). *La Selección de Contratistas*. Madrid: IEP.
- Brewer-C., Allan-R. (1978). *Evolución del Concepto del Contrato Administrativo, en El Derecho Administrativo en Latinoamérica*. Curso Internacional. Bogotá Colombia.
- De La Cuétara, J. (1986). *Las Potestades Administrativas*. En Temas Claves de la Constitución Española. Madrid, España.
- Fernández de Velazco, R. (1945). *Los Contratos Administrativos*. 2º Edición. Madrid, España.
- García De Enterría, E. y Fernández, T.R. (2004). *Curso de Derecho*

- Administrativo. Tomo II.* Madrid: Thomsom-Civitas.
- Goy, R. (1980). *La Notion de Detournment de Procédure*. Recueil D'Études en Homenaje a Charles Eisermann, París Francia.
- Hauriou, M. (1911). *Precis de Droit Administratif*. Séptima Edición. Paris, Francia.
- Juárez, J. (2007). *Manual de Derecho Administrativo Parte General*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Mayer, O. (1949). *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Renato, A. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I. Barcelona, España: Trad. Española, Bosch
- Royo-Villanueva, A. (1965). *Elementos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Valladolid: Valladolid.
- Sandulli, A. (1959). *Il Procedimento Amministrativo*. Milán, Italia.
- Schmidt-Assman, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. INAP, Madrid: Marcial Pons.
- Troncoso, A. (1997). *Privatización, Empresa Pública y la Constitución*. Madrid: Marcial Pons.
- Villar, J. (1977). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid, España.
- Weber, M. (1971). *Sociedad Y Economía*. Tomo I. México D.F.: FCE.
- República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Oficial 2818 Extraordinaria de 01 de Julio de 1981.
- República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial 5.980 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009. Sometida a la Enmienda N°1 Aprobada por Referéndum Aprobatorio.
- República Bolivariana de Venezuela. *Decreto-Ley Orgánico de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*. Gaceta Oficial N° 6.103 Extraordinaria del 23 de Diciembre de 2010.
- República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores Y Trabajadoras*. Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 07 de Mayo de 2012.
- República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de la Administración Pública*. Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinaria del 17 de Noviembre de 2014.
- República Bolivariana de Venezuela. *Decreto-Ley Contra la Corrupción*. Gaceta Oficial N° 6155 Extraordinaria del 19 de Noviembre de 2014.