

LA EMPRESA ESTATAL. ANÁLISIS DESDE LAS REGULACIONES QUE LIMITAN SU GESTIÓN

Edison Lucio Varela Cáceres

Universidad de Los Andes, Abogado *Cum Laude*. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil y Personas. Universitat de Barcelona, Máster en Derecho de Familia e Infancia.

Esta colaboración fue preparada en el marco del “Seminario doctoral: análisis comparado de las privatizaciones” a cargo del profesor Miguel MÓNACO en la Universidad Católica Andrés Bello.

A la memoria del maestro Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, con afecto de discípulo.

Recibido: 4-4-2019 • Aprobado: 6-6-2019

Revista Tachirense de Derecho N° 5/2019 Edic. Digital - 30/2019 Edic. Ordinaria ISSN: 1316-6883 13-32

Resumen:

El autor describe los instrumentos jurídicos que en el ordenamiento jurídico venezolano rigen a las empresas estatales. A tales fines, expone en un primer aparte la doctrina que clasifica a las personas jurídicas en públicas y privadas, además de la escisión entre entes estatales y no estatales, concluyendo que las empresas del Estado son personas jurídicas privadas estatales. A renglón seguido, refiere los diversos sectores que regulan a las empresas estatales y subraya las diferencias y similitudes con las empresas de carácter no estatal y, finalmente, reflexiona sobre los procesos que permiten corregir la proliferación de empresas públicas ya que las mismas han resultado ineficientes.

Palabras clave

Empresa pública. Estatal. Desregulación. Privatización.

Abstract

The author describes the legal instruments that govern state-owned enterprises in Venezuelan law. To this end, it sets out in the first separate part the doctrine that classifies legal persons as public and private, in addition to the split between state and non-state entities, concluding that state enterprises are state private legal persons. It then refers to the various sectors that regulate state-owned enterprises and highlights the differences and similarities with non-state enterprises and finally reflects on the processes that allow the proliferation of public enterprises to be corrected as they have proved inefficient.

Keywords

Public company. State company. Deregulation. Privatization.

“... por las vías más diversas, se ha buscado refugio en el Derecho privado para poder actuar más libremente y, por ende, con mayor eficacia. Y quizás, para huir del Derecho...”.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ

SUMARIO: Introducción 1. La empresa estatal y la no estatal. 2. Limitaciones normativas a la actividad de la gerencia pública. 2.1. Gestión financiera. 2.2. Organización y planificación 2.3. Contrataciones públicas. 2.4. Las llamadas prerrogativas estatales. 2.5. Régimen común a las empresas estatales y privadas no estatales. 3. Procesos de corrección de desequilibrios. Conclusiones.

Introducción

El actual modelo económico del Estado venezolano ha evidenciado con creces ser ineficiente, solo es necesario ojear los índices macroeconómicos para cotejar grandes desequilibrios: hiperinflación, continua caída del PIB, recesión económica, desabastecimiento, pobreza extrema, etcétera. Lo descrito no es más que los efectos de un modelo ideológicamente involutivo, como lo es el socialismo, que en el pasado demostró ser restrictivo de las libertades ciudadanas e improductivo y, hoy, en su versión del siglo XXI, opera de la misma forma.

Tal esquema parte de una intervención directa en la economía y por ello origina un aumento exagerado del aparato estatal y, en consecuencia, de las empresas en manos del Estado, lo cual contrasta con un descenso acelerado de las empresas privadas.

Ahora bien, si ya es un problema la intervención estatal en actividades triviales como por ejemplo: la producción de jugos naturales pasteurizados –prestaciones que pueden perfectamente cumplir la empresa privada–, a ello se suma que su gestión es, en su gran mayoría, ineficiente, burocrática y corrupta. Tales calificativos se extienden en la diatriba política a la gerencia y de allí que en muchos foros de opinión se atribuya la quiebra de determinada empresa pública a su directiva, cuando la verdad es que en numerosos casos es el modelo en general el que ya había pronosticado la ruina de la referida actividad empresarial.

Por otra parte, se está consciente de que existe abundante bibliografía donde calificados autores han explicado las razones de la ineficiencia de las empresas estatales en los modelos de alta intervención en la economía y que, en consecuencia, postulan soluciones prácticas y viables como la implementación de procesos de privatizaciones de gestión, de activos o de derechos que se ha reservado el Estado. Empero, en el presente opúsculo no se sigue ese hilo conductor, sino se persigue presentar las limitaciones normativas que presentan las empresas estatales, en comparación de las no estatales, lo que permitiría corroborar que en efecto aun contando con gerentes altamente capaces y éticamente responsables, los obstáculos normativos que enfrentan los directivos en la gestión del negocio hacen prácticamente cuesta arriba el tener éxito.

En concreto, el desarrollo seguirá el siguiente orden: en un primer punto se delimitará conceptualmente a qué se denomina “empresa estatal”; de seguida se sistematizarán las normas más relevantes que truncan la actividad de la gerencia pública –en los siguientes renglones: i. gestión financiera, ii. control y planificación, iii. contrataciones y vi. prerrogativas–, ello cotejándose con lo que ocurre con su contraparte la “empresa no estatal”; posteriormente, se comentaran algunos procesos de corrección de dichos desequilibrios, a saber: privatizaciones, liberaciones y desregulaciones; y, finalmente, se expondrán las respectivas conclusiones.

Obviamente, la intención el presente trabajo no es únicamente teórica –dirigida a describir una realidad como la que actualmente enfrenta la gerencia pública–, sino que tal ejercicio persigue servir de base para una reflexión sobre el actual modelo económico, que si bien se juzga difícil una rectificación o un “gran viraje” hacia un modelo de libre mercado, al menos pudiera comenzarse el desmontaje de dicho Estado caótico por medio de la “desregulación” y es en dicho escenario donde se puede hacer un aporte al presentar, en líneas gruesas, todo ese aparatoso conjunto de disposiciones que traban la gerencia empresarial y la condenan generalmente al fracaso.

1. La empresa estatal y la no estatal

El término “empresa” puede tener diversas acepciones, aquí se alude a su significado económico, pues como se ha dejado ver aunque el presente es un estudio jurídico, parte de ponderar la realidad económica actual.

Así, por ejemplo, el Derecho Laboral –para sus fines– recoge una definición que pone énfasis en lo mercantil¹ y que coincide con la segunda acepción del

¹ Vid. ALFONZO SOTILLO, Julio R.: “Una aproximación al concepto de empresa y de grupo de empresas en la legislación laboral venezolana”. En: *Temas de Derecho Procesal. Libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza*. Vol. I. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2003, pp. 52 y ss.

*Diccionario de la Lengua Española*², en concreto la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras³, fija una delimitación conceptual en su artículo 45, cuando establece que la “empresa” o “unidad de producción de bienes o servicio” está “constituida para realizar una actividad económica de cualquier naturaleza o importancia...”. En dicho orden se puede colegir que la empresa sería aquel sujeto de derecho colectivo que se organiza para desarrollar actividades mercantiles –industriales, comerciales o financieras– que implican como objeto natural la obtención de lucro.

No obstante, a los fines de precisar la subjetividad jurídica, se emplea una terminología técnica que persigue aglutinar los diversos entes en grupos según los regímenes jurídicos a que están sometidos, el desarrollo de dicha distinción se juzga necesaria para poder comprender a que se alude cuando se habla de empresa “estatal”⁴.

Ciertamente, a los fines de dilucidar qué tipo de ente es la “empresa estatal”, debe tomarse en cuenta que la legislación decimonónica distingue entre personas de Derecho público y de Derecho privado (artículo 19 del Código Civil)⁵ y la doctrina ha añadido otro criterio de distinción entre entes estatales y no estatales (con cierto respaldo en la Constitución⁶).

2 Empresa: “... 2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos...”, <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg>.

3 Vid. Decreto-Ley publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6076 extraordinario, del 07-05-12; vale destacar que la Ley Orgánica del Trabajo derogada (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4240 extraordinario, del 20-12-90, reformada en *Gaceta Oficial* N.º 5152 extraordinario, del 19-06-97 y finalmente reformada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6024 extraordinario, del 06-05-11) era más clara pues enfatizaba en su artículo 16, que su finalidad era: “realizar una actividad económica con fines de lucro”. Véase: GIANNINI, Massimo Severo: “Sobre las empresas públicas”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 28. UCV. Caracas, 1964, p. 15, donde subraya en la empresa el ser “un organismo caracterizado por el fin de lucro”.

4 VILORIA V., Enrique: “El concepto de empresa pública: los cuatro elementos de una definición”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 16. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 90, comenta que “Las locuciones empresa pública, empresa estatal, empresa del Estado, empresa de participación estatal son utilizadas, a veces indistintamente”. Vid. una distinción en CABALLERO ÓRTIZ, Jesús: “La noción de empresa pública y de empresa del Estado en el Derecho venezolano”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980, p. 34, donde señalaba “en Venezuela los términos empresa pública y empresa del Estado, conllevaría a adoptar un criterio restringido de la noción de empresa pública reduciéndola solo a las que adoptan la forma jurídica de la sociedad, lo cual no es posible en virtud de la existencia del instituto autónomo empresarial que queda igualmente comprendido en la noción de empresa pública” (vid. del mismo autor: *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982).

5 Vid. OCHOA GÓMEZ, Oscar Enrique: “Personas jurídicas”. En: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, pp. 10 y ss.

6 Vid. artículo 145 de la Constitución que alude a “personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales” y artículo 180 que refiere a “personas jurídicas estatales creadas”; cfr. BREWER-CARÍAS, Allan: “La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el

Así, para identificar una persona jurídica de Derecho público, en contraposición de una persona jurídica de Derecho privado se coloca énfasis en las formas de constitución del ente, lo que en otros términos sería analizar si el instrumento de creación –que define su personería– corresponde a aquellos que son propios del Derecho público o por el contrario son de naturaleza privada. En concreto, un ente que sea instituido a través de la Constitución, la ley, o un decreto ejecutivo –es decir, donde su personería surja con la publicación del anterior instrumento, por ejemplo con la Ley de creación para el caso de cualquier instituto autónomo– sería claramente de Derecho público; por otra parte, un ente erigido por medio de un contrato –como sería el caso de la sociedad civil, artículo 1649 del Código Civil– es patentemente de Derecho privado.

La otra clasificación entre entes estatales y no estatales toma en consideración la actividad que desarrolla o está dirigida a desarrollar la persona jurídica; es “estatal” si su labor está incorporada a la estructura administrativa del Estado y cuando no existe dicha vinculación es en razón que corresponde a una persona jurídica “no estatal”⁷. Sin embargo, en el caso de las personas de Derecho privado la Ley Orgánica de la Administración Pública⁸ simplifica la manera de determinar su carácter estatal o no estatal, pues fija un criterio cuantitativo y, en consecuencia, todo ente de Derecho privado en el cual el Estado posea una participación patrimonial superior al 50 % se considera de carácter estatal⁹.

sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 57. UCV. Caracas, 1976, pp. 115-135; SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique: “La distinción entre personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado (verdades y confusiones de una problemática)”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 15. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, pp. 79 y ss.

⁷ Recuerda BREWER-CARÍAS, Allan R.: “Introducción general al Código de Derecho Administrativo: La constitucionalización del Derecho Administrativo y su regulación legal básica”. En: *Código de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 65 y 66, que la Constitución de 1999 constitucionalizó la referida distinción en el artículo 145, “Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el Derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de Derecho público y las personas jurídicas de Derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado”. Véase: CANCELADO RUIZ, Ingrid: “Las personas jurídicas que conforman el sector público (su clasificación y tratamiento jurídico frente al sector privado)”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 14. Sherwood. Caracas, 2002, pp. 36 y ss.

⁸ Vid. corresponde a un Decreto-Ley, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6147 extraordinario, del 17-11-14.

⁹ “Artículo 103.- Las empresas del Estado son personas jurídicas de Derecho público [léase estatales] constituidas de acuerdo a las normas de Derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50 % del capital social”, corchetes añadidos. Por su parte para DE TEJADA CASANOVA, José María Elías: “Gobierno corporativo, empresa pública y responsabilidad de los administradores”. En: *Estudios jurídicos en homenaje*

Como se observa los referidos criterios no se contraponen, sino se complementan y en conjunto permiten resolver problemas prácticos como el régimen que opera para sus formas externas de la personería –constitución, modificación, fusión, extinción, etcétera–; por su parte, la distinción entre estatal y no estatal resuelve aspectos vinculados con la gestión y controles internos –planificación, gestión financiera, régimen laboral, prerrogativas, privilegios, entre otros–.

En tal sentido, si la anterior doctrina se aplica para dilucidar la naturaleza de un empresa ella tendría la forma mercantil de sociedad anónima –tégase en cuenta que se aludió a que su actividad es con fines de lucro¹⁰, y si su patrimonio

a don Manuel Goded Mirand. Ministerio de Justicia. Madrid, 2019, p. 261, “Las sociedades mercantiles estatales son aquellas que están controladas por el Estado o por alguna de las personas jurídicas que integran la Administración institucional, bien porque la participación directa en su capital social de la Administración general del Estado o el sector público institucional estatal es superior al 50 por 100; bien porque la sociedad mercantil forme parte de un grupo de sociedades previsto en el actual artículo 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores”; *cf.* MARTÍN MATEO, Ramón: “La eventual reconsideración del *status* de las cajas de ahorros”. En: *Revista de Derecho de la Unión Europea*. N.º 7. UNED. Madrid, 2004, p. 151, comenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2000/52/CE de 26 de julio de 2000 (que modifica la Directiva 80/723/CEE) relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros, se entiende por empresas públicas, “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en razón de la propiedad de la participación o financiera o de las normas que la rigen” (artículo 2). Por tanto, “se presumirá que hay influencia dominante, cuando en relación con una empresa el Estado y otras administraciones territoriales directa o indirectamente: a. Posean la mayoría del capital. (b. Dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa. c. Puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración de dirección o de vigilancia de la empresa”. Comenta VIZCAÍNO LÓPEZ, Fernando: “Sociedades mercantiles estatales: régimen de su personal”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a don Manuel Goded Mirand*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2019, p. 48, que “Las sociedades mercantiles estatales se configuran como uno de los entes públicos que, sin ostentar la condición de Administración Pública, forman parte del denominado sector público institucional estatal. La principal regulación jurídica de las sociedades mercantiles estatales la constituye la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en concreto, en sus artículos 2.1.c), 84.1.c) y, sobre todo, en sus artículos 111 a 117”, por tanto “las sociedades mercantiles estatales son precisamente entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, porque se rigen exclusivamente por Derecho privado, de conformidad con el artículo 113 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Además, tampoco pueden conceptuarse como Administración u organismo público, porque, en virtud del artículo 113 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, las sociedades mercantiles estatales no pueden ostentar potestades administrativas, que es uno de los elementos caracterizadores de una Administración pública”.

¹⁰ LINARES BENZO, Gustavo: “Las empresas del Estado y el artículo 7 del Código de Comercio”. En: *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. A. MORLES HERNÁNDEZ e I. de VALERA, coords. Caracas, 2004, p. 185, subraya que “por la naturaleza mercantil de las empresas del Estado. Su actividad es comercial, por lo que solo podrían atribuirse a esa empresas el ejercicio excepcional de potestades públicas de sustancia económica y mercantil, que no supongan la abdicación de potestades públicas que esencialmente

pertenece a entes estatales en un porcentaje superior al 50 % será de carácter estatal, pues, en definitiva dicho porcentaje accionario define que sea la Administración Pública la que decida o domine la conducción gerencial del ente y de allí que se le considere incorporada a la estructura administrativa del Estado y por tanto su cualidad estatal¹¹.

En síntesis, las empresas que estarán sometidas a las limitaciones que se comentaran en el epígrafe siguiente son aquellas sociedades anónimas donde el

corresponden a la Administración”. Recuerda CABALLERO ORTIZ: art. cit. (“La noción de empresa...”), p. 24, “La noción de empresa pública es fundamentalmente económica y no jurídica”. Finalmente, lo descrito no implica olvidar los intereses públicos del Estado, sino la necesidad de equilibrio entre los objetivos económico que persigue la empresa y su rol público. Así pues, expresa ARAUJO-JUÁREZ, José: “Régimen general de Derecho público relativo a las empresas del Estado”. En: *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 208, “Cualquiera que sea la forma jurídica con que tales empresas públicas se presentan, es característica común a todas el tratarse siempre y en todo caso de instrumentos utilizados por el Estado para conseguir sus fines de interés público (...) las empresas públicas, no solo debe perseguir un fin ‘de lícito comercio’, como correspondería a cualquier sociedad de Derecho privado que se rija por el Código de Comercio; la Ley Orgánica de la Administración Pública exige además, que el objeto social de las empresas del Estado corresponda a una necesidad para el mejor cumplimiento de los fines del Estado”. *Vid.* en relación al ordenamiento español: MARTÍN MATEO, Ramón: “Relaciones entre Gobierno y empresa a través de instituciones especializadas”. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 76. CEP. Madrid, 1975, p. 402; ALVAREZ, Valentín Andrés: “Introducción al estudio de la empresa pública”. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 3. CEP. Madrid, 1950, pp. 48 y 51, “Para que una actividad pase del sector privado al público tiene que haber en ella algo que no sea indiferente a los fines del Estado”, por tanto “una actividad económica debe, y solo debe, pasar de privada a pública cuando dentro de la economía libre contraria o es indiferente a fines económicos, sociales, etc., que el Estado considera imprescindible cumplir, y la actividad es, además, en manos de éste, un instrumento que permite cumplirlos o mejorar su cumplimiento”.

11. VILORIA V.: art. cit. (“El concepto de empresa...”), p. 92, las define ampliamente como: “Aquellas entidades descentralizadas funcionalmente del Estado, con personalidad jurídica de Derecho público (instituto autónomo empresarial) o privado (sociedades mercantiles), en las cuales el Estado ejerce el control de su dirección, directamente o a través de otras entidades públicas, mediante la posesión de la mayoría del capital o a través de otros instrumentos que aseguren dicho control, y cuyo objeto sea la producción de bienes o servicios de naturaleza industrial, comercial o financieros o la coordinación y control de actividades de otras empresas públicas”. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Las sociedades de economía mixta y las empresas del Estado en la legislación argentina”. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 3. CEP. Madrid, 1950, p. 498, al comentar la antigua Ley 13 563, sobre régimen y funcionamiento de las empresas del Estado (1949), observa que estas son definidas como “las entidades descentralizadas de la Administración nacional que cumplen funciones de índole comercial, industrial o de prestación de servicios públicos de carácter similar” (artículo 1). MARTÍN MATEO, Ramón: “Empresa pública, empresa privada, economía mixta”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 15. Civitas. Madrid, 1977, p. 589, “La empresa pública no se diferencia estructuralmente de otros complejos similares del sector privado. Se trata en definitiva de la organización de medios materiales y personales para la producción, transformación o distribución de bienes y servicios”. En todo caso aquí solo examinamos los entes empresariales con forma privada, no así los denominados institutos autónomos empresariales.

Estado posee un control de su gestión por poseer la titularidad de la mayoría de su patrimonio, es decir, las denominadas “estatales”¹².

2. Limitaciones normativas a la actividad de la gerencia pública

En la actualidad es común observar en los sistemas normativos nacionales e internacionales la proliferación de reglas jurídicas, lo que ha llevado a sostener incluso una afectación a la seguridad jurídica, así SCHMITT ha definido tal fenómeno como una “legislación motorizada” y ORTEGA alude a una “legislación incontinente”¹³. Si lo anterior es preocupante y en tal sentido se han diseñado mecanismos oficiales para el manejo de información, pasa que en los modelos altamente intervencionista¹⁴ dichas inquietudes aumentan, pues, por su naturaleza controladora crece el universo normativo, con la gravedad que la mayoría de las normas son producto del ejecutivo –vía decreto-ley– y no del órgano ordinario que desempeña la función legislativa.

12 Lo anterior, no es un obstáculo para que los entes estatales acuerden dentro de su gestión empresarial someterse voluntariamente a prácticas que son comunes a los entes privados “no estatales” o a la inversa que los anteriores asuman algunos hábitos exigidos a la Administración Pública por considerarlos que se adecuan más a sus objetivos. Así de pasada BEASCOECHEA ARICETA, José María: “Gestión de la Administración y gestión empresarial”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 2. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1982, p. 9, comenta: “Administración pública y empresa tienen mucho en común, ya que ambas deben satisfacer necesidades de la comunidad a través de servicios o productos adecuados, al coste más reducido, adaptándose a la dinámica cambiante de las necesidades de la comunidad con la flexibilidad y rapidez de respuesta necesarios”.

13 ORTEGA ha añadido: “La legislación se ha hecho cada vez más fecunda, y en los últimos tiempos se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes sin cesar. Esto trae consigo que el individuo no pueda proyectar su vida, y como la función más sustantiva del individuo es precisamente eso: proyectar su propia vida, la legislación incontinente le desencaja de sí mismo, le impide ser”, citados en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas. Madrid, 2000, p. 48. Vid. MEIER E., Enrique: “El Estado como fábrica de leyes”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 133. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 69-76.

14 MÓNACO, Miguel: “El derecho de la competencia y la Ley Antimonopolio en la segunda década del siglo XXI, o del segundo libro de la poética de Aristóteles y Guillermo de Baskerville”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 10. Caracas, 2016, p. 242, apunta “el Gobierno nacional ha decidido la alternativa de la economía planificada centralmente, en la cual se pretende regular y controlar administrativamente todas las actividades económicas que tengan lugar en Venezuela, con mayor o menor intensidad, según la relevancia que puedan tener en un momento dado para éste. La más clara manifestación de tal aspiración a planificar centralmente la economía se encuentra en el Plan de la Patria Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019”. Práctica que no resulta imputable únicamente a las últimas dos décadas, pues como advierte CABALLERO ORTIZ: art. cit. (“La noción de empresa...”), p. 23, en la década de los 80, “El Estado venezolano actual se caracteriza por su alto grado de intervención en el ámbito económico”. Véase sobre la evolución de este fenómeno SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis: “Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 101. UCV. Caracas, 1996, pp. 144 y ss.

En efecto, la legislación venezolana de las últimas décadas es un ejemplo –negativo– de la propagación desbocada de normas jurídicas por parte del Ejecutivo, recurriéndose a la figura de los decretos-leyes, sin prácticamente ningún control ni rubor –de hecho nuestro actual Código Orgánico Procesal Penal corresponde a un Decreto-Ley del Ejecutivo, por solo citar un texto legal que por su relevancia con las libertades ciudadanas debería ser producto de un consenso democrático–. En el caso de los instrumentos normativos que regulan la actividad estatal se observa igual despliegue y así se perciben diversos decretos-leyes que rigen a las empresas estatales limitando en la mayoría de los supuestos su gestión y colocándolas en desventajas con relación a la empresa no estatal que posee mayor dinamismos lo que le permite responder más eficientemente a las condiciones del mercado y, por tanto, ser más efectivas en la obtención de resultados lucrativos.

En efecto, si una de las razones de la empresa estatal fue la búsqueda de la eficacia por medio de la eliminación de las trabas burocráticas, dicho objetivo se ve distorsionado en modelos en los cuales las regulaciones son excesivas y limitan a ultranza la actividad de la gerencia. Por lo indicado sostenía MARTÍN MATEO: “La búsqueda de la eficacia solo es posible a partir de una cierta descentralización, sobre la base de una autonomía gestora que dé libertad de movimientos y permita a la postre enjuiciar los resultados, sin que pueda excusar la alegación del cumplimiento estricto de órdenes minuciosamente emanadas (...) es impensable que pueda funcionar con una organización sustancialmente diversa a la que ha probado su éxito en el sector privado para la racional aglutinación de los factores productivos”¹⁵. Véase a continuación cuales son los grandes sectores de regulación a que se ven sometidas las empresas estatales.

2.1. Gestión financiera

La administración financiera y los sistemas de control interno del sector público están regulado principalmente por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹⁶, dicho instrumento señala expresamente:

Artículo 6.- Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente: (...) 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social. Quedarán

15 MARTÍN MATEO: art. cit. (“Relaciones entre Gobierno...”), p. 402.

16 La actualmente vigente corresponde a un Decreto-Ley (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6210 extraordinario, del 30-12-15). Véase un estudio crítico en: SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique J.: “La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, entre los años 2000 y 2015, ruta segura hacia el despilfarro”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 7-III. Caracas, 2016, pp. 717 y ss.

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. 9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social...

Como consecuencia de lo anterior, la captación de ingresos, su aplicación, así como la administración de los bienes¹⁷ de las empresas estatales estará sometida a complicados controles, sistemas y procesos que más que garantizar el buen destino de los recursos se transforman en trabas burocráticas que dificultan que la gerencia maniobre ante situaciones coyunturales en tiempos de crisis¹⁸.

Algunos afirmarán que tales mecanismos persiguen básicamente limitar la corrupción¹⁹, sin embargo, ello no ocurre en sistemas altamente interventores, donde no existe división de poderes –como el actual–, pues los casos de perversión en el manejo de la cosa pública en Venezuela son superlativos²⁰, lo que implica que en la realidad dichos controles son burlados con estratagemas y lo único que originan en el caso de las empresas estatales –cuando están en manos de gerentes probos– es dificultar que la directiva pueda maniobrar ante eventualidades que requieran acciones rápidas.

17 Vid. Decreto-Ley Orgánica de Bienes Público (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6155 extraordinario, del 19-11-14), la cual incluye dentro de su ámbito de competencia a las empresas estatales (artículos 2 y 4.10).

18 Comenta GIANNINI: art. cit. (“Sobre las empresas...”), p. 12, “debe tenerse presente, que en casi todas las legislaciones europeas la contabilidad comunal y la actividad negocial municipal esta disciplinada por leyes que se inspiran en los principios de la contabilidad pública”. En efecto indica LINARES BENZO: art. cit. (“Las empresas del Estado...”), p. 190, que la empresa estatal se encuentra sometida al régimen de la contabilidad de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público: “artículo 128.- Los entes a que se refieren los numerales 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 6 de esta Ley suministrarán a la Oficina Nacional de Contabilidad Pública los estados financieros y demás informaciones de carácter contable que ésta les requiera, en la forma y oportunidad que determine” y a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6013 extraordinario, del 23-12-10).

19 Aunque aludimos a este mal por ser el más generalizado no olvidamos lo que señala GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La ética en la Administración Pública*. Civitas. Madrid, 1996, p. 31, “Es tal el nivel de degradación de los valores éticos en las Administraciones públicas, que parece que la cuestión se centra en la corrupción. Cuando ésta constituye tan solo uno, aunque sea el más grave, de los atentados a la ética en que puede incurrir un servidor público. Pero existen otros muchos que, ante la generalidad de aquélla, han quedado relegados al olvido o considerados leves pecados veniales, o hasta prácticas administrativas que no vale la pena desterrar”.

20 Basta solo ilustrar que varios funcionarios que manejaron la Oficina de Tesorería de la Nación en las últimas décadas se encuentran investigados en el exterior por lavado de dinero, llegando incluso en uno de dichos casos a admitirse que se recibieron más de mil millones de dólares por sobornos, véase: <http://www.laverdad.com/economia/148427-desfalco-en-venezuela-es-de-400-mil-millones-de-dolares.html>.

Por lo anterior, a título ilustrativo, una empresa estatal se vería seriamente comprometida si como consecuencia de la hiperinflación no pudiera resguardar sus recursos financieros en activos que no se deprecien, pues, simplemente agotaría su patrimonio monetario y tendría que tramitar créditos públicos que a su vez son procedimientos complejos y limitados. Por su parte, la directiva de una empresa privada tomaría en cuenta ese factor y mantendría su liquidez, por ejemplo, en una divisa que no se deprecie.

2.2. Organización y planificación

La Administración se caracteriza por poseer una organización que delimita sus funciones, así sostiene PERNÍA-REYES que las reglas de organización cumplen diversos objetivos, tales como delimitan a la persona jurídica estatal; señalan sus competencias; explican las condiciones de imputación de la responsabilidad; y esclarece el funcionamiento interno de una persona jurídica²¹.

Dentro de dicho escenario surge la Ley Orgánica de la Administración Pública²² que según síntesis de PERNÍA-REYES tiene por objeto regular “los principios, bases de funcionamiento y organización de la Administración Pública, dónde tiene mayor relevancia los de legalidad y la competencia, regula la Administración Pública nacional a nivel central, la potestad reglamentaria, los órganos desconcentrados y los entes descentralizados funcionalmente, las potestades de control sobre estos, la participación ciudadana y lo relacionado con la documentación y archivos”²³.

La anterior Ley Orgánica según su ámbito de aplicación (artículo 2) regula principalmente la actividad de la Administración Pública estatal territorial, empero sus disposiciones “se aplicarán supletoriamente a los demás órganos y entes del Poder Público”.

Ahora bien, según comenta BREWER-CARIÁS los referidos entes “son todas las organizaciones administrativas descentralizadas funcionalmente con personalidad jurídica –se entiende, distintas de la República, de los estados y municipios–”²⁴. Así ellos pueden ser personas de Derecho público –institutos autónomos– o de Derecho privado, al respecto el artículo 29.1 de la Ley

21 PERNÍA-REYES, Mauricio Rafael: “Consideraciones sobre la actual legislación del derecho de la organización administrativa en Venezuela”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 7-III. Caracas, 2016, p. 705.

22 Véase un estudio sobre su evolución en: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel: “Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica de la Administración Pública: 2008-2014. Cambiando todo para que nada cambie”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 113 y ss.

23 PERNÍA-REYES: art. cit. (“Consideraciones sobre la actual...”), p. 706.

24 BREWER-CARIÁS, Allan R.: “Introducción general al régimen de la Administración Pública”. En: *Ley Orgánica de la Administración Pública*. 3.ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 15.

Orgánica de la Administración Pública dispone que los “Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del Derecho privado y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente...”. De acuerdo con lo indicado el régimen jurídico de la Ley Orgánica de la Administración Pública regiría supletoriamente a las empresas estatales, y se aplicarían con mayor razón aquellas disposiciones que se dirigen a regularla expresamente (artículos 103-109)²⁵.

Así, por ejemplo, la empresa estatal –o empresa del Estado como la denomina la Ley Orgánica– según los artículos 118-131, estará sometida a un control por parte de un organismo al cual se encuentra adscrita lo cual implica las siguientes atribuciones:

1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias.
2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control conforme a los lineamientos de la planificación centralizada.
3. Nombrar los presidentes de institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados²⁶.
4. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente a la presidenta o presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda.
5. Ser informado permanentemente acerca de la ejecución de los planes, y requerir dicha información cuando lo considere oportuno.
6. Proponer a la presidenta o presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de modificar o eliminar entes descentralizados funcionalmente que le

25 Por otra parte, aunque la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al establecer su ámbito de aplicación señala que tal instrumento rige a la “Administración Pública descentralizada”, BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (principios del procedimiento administrativo)*. 7.^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 27 y 28, advierte “que la Ley solo se aplica a aquellas entidades descentralizadas con forma de Derecho público de carácter estatal, y estos dos elementos son esenciales”, por tanto “de la concepción general de la Ley y de la interpretación racional de este artículo, resulta que la Ley no se aplica, ni podría aplicarse, a las entidades descentralizadas con forma de Derecho privado; es decir, no podría aplicarse (...) a las empresas del Estado”. Comenta LINARES BENZO: art. cit. (“Las empresas del Estado...”), p. 184, “en principio, las empresas del Estado no pueden dictar actos administrativos”.

26 Sostiene MARTÍN MATEO: art. cit. (“Relaciones entre Gobierno...”), p. 401, sobre el nombramiento de la directiva que “es habitualmente la técnica más simple y también la más eficaz para orientar el comportamiento de la dirección de las empresas conforme a los propósitos del estamento político. Pero ello implica a la vez sensibles riesgos en cuanto que un manejo arbitrario y caprichoso de estos poderes puede arrumar la estabilidad de la empresa, privar a sus directores de la posibilidad de desarrollar programas a medio y largo plazo y permeabilizar sus cuadros a influencias políticas excesivas, convirtiendo a las empresas, lo que no es infrecuente, en destinatarios de clientelas políticas, premiándose lealtades y servicios con sus cargos, lo que además hace que sus recursos puedan estar disponibles para la financiación del aparato del grupo dominante”.

estuvieren adscritos, de conformidad con la normativa aplicable. 7. Velar por la conformidad de las actuaciones de sus entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, a los lineamientos, políticas y planes dictados conforme a la planificación centralizada. 8. Las demás que determinen las leyes nacionales, estatales, las ordenanzas y los reglamentos... (artículo 120)²⁷.

Según lo expuesto la mayoría de las atribuciones de vigilancia implican una limitación en la gerencia, pues, la misma debe estar sometida a la exorbitante planificación pública, lo que origina la realización de planes operativos, indicadores de gestión, evaluación del desempeño, compromisos de gestión, informes de los resultados económicos y rendición de cuenta²⁸. Tales actividades, además la inviación de los recursos humanos y económicos que requieren, distraen en muchos casos a la gerencia y no permiten que se centre en la obtención de los resultados naturales, además origina que desde el órgano de adscripción se fijen metas políticas con miras electorales y no aquellas que se dirijan a una administración eficiente del negocio. Por lo anterior GIANNINI apunta que empresas públicas o estatales al estar “adscritas a un ministerio (...) Existe en consecuencia un órgano con la responsabilidad política de la gestión de la empresa”, lo anterior origina “la posibilidad de un control público sobre la gestión de la empresa que puede ser muy penetrante” lo que a la larga “trae naturalmente (...) cierta lentitud en su actividad concreta”²⁹.

2.3. Contrataciones públicas

Desde hace ya varias décadas (1940) la Administración Pública ha sometido su actividad de contratación para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, a procedimientos de licitaciones públicas, con la finalidad

27 GONZÁLEZ PÉREZ: *art. cit.* (“Las sociedades de economía...”), pp. 499 y 500, al comentar la legislación argentina que regulaba las empresas del Estado indica: “Estas entidades están sometidas a la tutela del Estado, que debe velar por que cumplan con los fines para las que han sido creadas. En el estudio de esta dependencia respecto del Estado se pueden distinguir dos apartados: a. Tutela sobre la organización (...) en cuanto que los estatutos orgánicos han de ser fijados por el Poder Ejecutivo; por consiguiente, al fijar los estatutos de cada entidad, el Estado la estructurará del modo más conveniente en atención a los fines a cumplir por la misma. b. Tutela sobre la actividad. Esta tutela se realiza: i. Inspirando la actuación de la empresa (...) ii. fiscalizando su actividad...”.

28 Comenta VILORIA V.: *art. cit.* (“El concepto de empresa...”), p. 94, “este control estatal sobre la actividad de la empresa asegura la necesaria vinculación que debe existir entre la empresa pública y las instancias centrales del gobierno a fin de que estas estimen el correcto cumplimiento de planes, programas y metas por parte de las empresas públicas”. Ya en la práctica prevendrá GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.* (*La ética en la Administración...*), pp. 92, “Por su naturaleza, el ámbito de la discrecionalidad –y, por tanto, de riesgo de arbitrariedad– es muy superior (...) lo cierto es que al final, es la política, pura política en su más peyorativa acepción, la que acabará decidiendo. No en razón a los interés públicos, nacionales o regionales. Sino en motivos de muy distintos valor”.

29 GIANNINI: *art. cit.* (“Sobre las empresas...”), pp. 17 y 18.

de garantizar la transparencia y la eficiencia en el destino del patrimonio del Estado. Dentro de dicho orden se ha instituido un régimen jurídico representado por la Ley de Contrataciones Públicas³⁰ que establece los procedimientos para la realización de las diversas modalidades de contratación.

Así, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 3.4 establece que el referido instrumento legal se aplica a las "... sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contrae los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al 50 % del patrimonio o capital social respectivo...". En consecuencia, todas las empresas estatales entran dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley y deberán someter su actividad de contratación a las modalidades allí establecidas, salvo algunas exclusiones (artículos 4 y 5).

No hace falta analizar los aspectos concreto del referido instrumento para deducir que el mismo diseña complejos procedimientos³¹, con formalidades, requisitos, condiciones y garantías que para su correcto cumplimiento consumen tiempo y esfuerzo, lo cual puede resultar en algunos casos contraproducente a la gestión de las empresas estatales. De hecho en muchas oportunidades los concursos resultan desiertos pues solo preparar una oferta resulta muy costoso para los oferentes en relación con lo que en definitiva van a obtenerse de la operación³².

2.4. Las llamadas prerrogativas estatales

Como se ha observado sobre la empresa estatal confluyen dos cauces el privado y el público, el primero determina su "mercantilidad" y el segundo el origen, destino y control de su patrimonio³³. Ello en palabras de LINARES BENZO implicaba que "el ordenamiento básicamente aplicable a las empresas de Estado es el mercantil, no solo en el sentido de facilidad en el tráfico, sino también en el sometimiento al estatuto normal de las personas privadas, es decir, a la

³⁰ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6154 extraordinario, del 19-11-14; también es un Decreto-Ley.

³¹ *Vid.* MÓNACO, Miguel: "Modalidades de selección de contratistas en la Ley de Contrataciones Públicas". En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 3.ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

³² Incluso GIANNINI: *art. cit.* ("Sobre las empresas..."), p. 12, sostenía: "En el campo contractual muy frecuentemente la naturaleza pública de la empresa municipal era fuente de graves inconvenientes (...) En consecuencia, para todo contrato, o por lo menos, para los contratos de mayor importancia, la ley exigía y exige todavía el requisito de los procedimientos administrativos de los contratos de la Administración Pública. De allí deriva un conjunto de inconvenientes prácticos, y sobre todo, una condición de inferioridad en relación con la empresa privada".

³³ MARTÍN MATEO: *art. cit.* ("Relaciones entre Gobierno..."), p. 401, "La empresa pública es por naturaleza una entidad bifronte (...) Por una parte debe descender a la palestra de la economía y quizá competir en el mercado con los restantes agentes económicos, pero, por otra, debe tener siempre presente los superiores interés colectivos y plegarse en consecuencia a los impulsos políticos".

imposibilidad de ejecutar la propia voluntad en contra de la de terceros sin intervención judicial. Esa ejecutoriedad es el núcleo de lo público y debe decirse sin ambages que de ella carecen las empresas del Estado³⁴.

Empero, como se visualizará de seguida dicha ausencia de “ejecutoriedad” se trastoca por vía de la creación de prerrogativas y privilegios que además de originar un desequilibrio no justificado de forma racional y objetiva, ahuyentan al sector privado de establecer relaciones económicas con tales empresas o en caso de concretarlas origina que encarezcan sus prestaciones, lo cual es una desventaja a la larga³⁵.

Ciertamente, en principio, la regla debería ser el que la empresa estatal no este sometida a las aludidas prerrogativas que disfrutarían los entes públicos estatales³⁶, pues las mismas no se justifican y además no se encuentran reguladas

34 LINARES BENZO: *art. cit.* (“Las empresas del Estado...”), p. 184. Sin embargo, ya de inicio se observa que según la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta sometida a dicha jurisdicción las empresas “donde el Estado tenga participación decisiva” (artículo 7.3), lo cual ya se encontraba establecido en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (artículos 42.15, 182.2 y 185.6).

35 CRETILLA JUNIOR, José: “Los principios fundamentales de Derecho Administrativo”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año 2, N.os 3, 4 y 5. Depalma. Buenos Aires, 1990, pp. 448 y 449, recuerda que las “Prerrogativas públicas son las circunstancias favorables que los sistemas jurídicos atribuyen a las personas jurídicas con el objeto de que, del mejor modo posible y con mayor economía, pueda concretar el interés público, mediante limitaciones al interés de los particulares”. Véase Ley Orgánica de la Administración Pública (artículos 98 y 168); Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, *Gaceta Oficial* N.º 5892 extraordinario, del 31-07-08 (artículos 56 y ss., 65, 68, 70, 72, 75, 76, 78, 82, 87, 95, 99 y ss.); Ley Orgánica del Poder Público Municipal (artículos 29, 152 y ss.); Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, *Gaceta Oficial* N.º 39 140, del 17-03-09 (artículo 36); así como los fallos: TSJ/SPA, sent. N.º 1018, del 24-09-08; TSJ/SC, sents. N.os 933, del 30-09-10; y 1331, del 17-12-10. Por otra parte, el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil indica: “Las costas proceden contra las municipalidades, contra los institutos autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación” (parcialmente derogado por la Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley Orgánica del Poder Público Municipal); comenta CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: “Una revolución en la forma de concebir los procesos: la efectividad de la tutela judicial y el principio de que no perjudiquen a quien tiene razón”. En: *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*. N.º 1. Livrosca. Caracas, 1999, p. 309, que incluso la excepción de la República “No es tolerable, en la nueva concepción del proceso que se propugna, ámbitos procesales exentos terminantemente de condenatoria de costas (...) Ello es inconstitucional, pues resta efectividad a la labor judicial”. En dicho orden también se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración Pública”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 26. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1986, p. 7, cuando advierte que: “A las potestades del órgano del Poder Judicial se opondrán las prerrogativas de los órganos de los demás poderes del Estado (...) El Poder Ejecutivo o, mejor, la Administración Pública ha sido investida de unas prerrogativas que suponen una nada despreciable esfera de inmunidades frente a los jueces. En tanto subsistan tales prerrogativas y en tanto se ejerciten con la arbitrariedad con que se ejercitan, resulta difícil hablar de tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración”.

36 *Vid.* REVERÓN BOULTON, Carlos: “Prerrogativas procesales: empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales”. En: *Revista de Derecho Público*. N.º 127. Editorial Jurídica Venezolana.

expresamente en una ley. Sin embargo, se observan casos donde la jurisprudencia a través de una posición arbitraria ha pretendido extender dichos privilegios a las empresas públicas.

Así, SIRA SANTANA³⁷ efectúa un análisis de diversas sentencias de la Sala Constitucional donde se observa que el referido Tribunal ha mudado su criterio caprichosamente y en algunos casos ha indicado que no son extensibles las prerrogativas y en otros –por intereses aviesos³⁸– afirma que si aplican las prerrogativas. Ello además de la inseguridad que genera, evidencia una clara violación de principios legales aplicables a esta la materia, pues, el extender las prerrogativas resulta “violatoria del principio de igualdad procesal” ya que las mismas “deben estar previstas en la Ley e interpretarse de forma restrictiva”³⁹.

En definitiva, como sostiene LINARES BENZO “las empresas del Estado nacen por la necesidades del Estado interventor de agilizar sus actuaciones sobre la sociedad, limitadas y ralentizadas *ex professo* en aras de la libertad privada. De allí que el peligro fundamental que envuelve la figura de las empresas del Estado es el ejercicio disfrazado de verdaderas potestades públicas por entes que solo instrumentalmente tienen forma privada de personificación, pero pueden ser vehículo del poder del Estado”⁴⁰.

2.5. Régimen común a las empresas estatales y privadas no estatales

Finalmente, para cerrar esta sección, resulta conveniente mencionar aquellas áreas donde se observa que el régimen aplicable a ambos tipos de empresas es equivalente. En concreto, las formas del ente se regularan de manera uniforme

Caracas, 2011, pp. 218 y ss., donde comenta el fallo: TSJ/SC, sent. N.º 1453, del 10-08-11, que “estableció que no son aplicables a empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales las prerrogativas procesales propias del Fisco nacional”; GUERRERO, Álvaro: “La sentencia N.º 1582 de la Sala Constitucional y los privilegios procesales de la República”. En: *Anuario de Derecho Público*. N.º 2. Universidad Monteávila-FUNEDA. Caracas, 2008, pp. 263-266.

³⁷ SIRA SANTANA, Gabriel: “Las prerrogativas procesales de las empresas del Estado, a propósito del fallo N.º 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. En: *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV-CIDEP*. Caracas, 2016, pp. 38 y ss.

³⁸ Ya advertía GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La selección de los jueces*. Thomson-Civitas. Pamplona, 2008, p. 37, al comentar el problema de la escogencia de los magistrados priva el “reparto partidista”, pues: “Si esta corruptela es grave en todo caso, resulta gravísimo en los más altos órganos del Estado, produciendo resultados tan nefastos para el Estado de Derecho como es la politización de la justicia”.

³⁹ SIRA SANTANA: (“Las prerrogativas...”), pp. 40 y 41. Se analizan los casos de PdVSA, CAVIM (TSJ/SC, sent. N.º 334, del 19-03-12), así como de una empresa cementera (TSJ/SC, sent. N.º 1356, del 16-10-13). TORREALBA SÁNCHEZ también le ha dedicado atención al tema, entre otros en: *Revista de Derecho Público*. N.os 128 y 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011 y 2012. Previamente aunque de manera general: GALLOTTI, Alejandro: *Las prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2013.

⁴⁰ LINARES BENZO: art. cit. (“Las empresas del Estado...”), p. 182.

según el Derecho Mercantil⁴¹; ambas modalidades empresariales están sometidas al Derecho a la competencia⁴², también las empresas “estatales” como las “no estatales” se rigen por el Derecho Laboral⁴³.

3. Procesos de corrección de desequilibrios

Los excesos en que se cae con las empresas estatales ha movilizadado a la doctrina en destacar sus abusos, ya que en muchos casos solo se persigue convertirlas en cuotas de poder sobre la cual el Gobierno de turno quiere echar

41 Indica ARAUJO-JUÁREZ: art. cit. (“Régimen general...”), pp. 192 y 193, “cuando el Estado recurre a las formas societarias mercantiles para el desarrollo de actividades industriales y comerciales, en principio, el régimen jurídico aplicable a dichas personas jurídicas es el régimen de Derecho privado, y concretamente, de Derecho Mercantil (...) Sin embargo, la realidad de los sistemas jurídico-administrativos contemporáneos, muestra la existencia de numerosas derogaciones legales al régimen común de las sociedades que produce la presencia del Estado”. Así, algunos autores han aludido que los sistemas concursales –atraso y quiebra– no operarían para las empresas del Estado; también en cuanto a la liquidación se aplicaría lo establecido por la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículo 313). Véase LINARES BENZO: art. cit. (“Las empresas del Estado...”), p. 190. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: art. cit. (“Las sociedades de economía...”), p. 497, “la mayoría de los autores han señalado que cuando el Estado constituye una empresa mercantil debe someterse en principio al estatuto común de las sociedades mercantiles”.

42 Vid. la Ley Antimonopolio (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 529, del 26-11-14). Véase LINARES BENZO: art. cit. (“Las empresas del Estado...”), p. 186, “También el sector público está sujeto al Derecho de la competencia, como lo establece el artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia”; ahora bien, MÓNACO: art. cit. (“El derecho de la competencia...”), p. 240, comenta: “la Ley Antimonopolio pareciera haber traído dos cambios fundamentales respecto de la Ley Procompetencia que derogó (...) referido a la exclusión de su ámbito de aplicación de las organizaciones socio productivas consagradas en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal y las empresas del Estado de sectores estratégicos o publicificados, lo cual resulta absolutamente (...) inconstitucional por cuanto crea una discriminación injustificada entre empresas que pueden competir en un mismo sector y, por lo tanto, que se encuentran en una misma situación jurídica, lo cual viola el artículo 21 de la Constitución (...) que consagra el derecho a la igualdad. Irracional porque no existe una justificación válida para tolerar que un sujeto pueda realizar una conducta que se considera ilícita y violatoria de bienes jurídicos y derechos tutelados por una ley, e incluso, que puedan existir situaciones, como el caso de prácticas concertadas, donde un sujeto pueda ser sancionado por una conducta ilícita y otro no, solo por el hecho que este último se trate de un ente público exceptuado de la aplicación de la Ley Antimonopolio, cuando más bien este tipo de instituciones deberían observar con más razón la ley” (véase: MÓNACO, Miguel: *La regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. UCAB, Caracas, 2015). Por lo anterior se concluye que aunque la Ley Antimonopolio efectúa una exclusión la misma resulta manifiestamente inconstitucional y, en consecuencia, toda empresa esta sometida al régimen de competencia y a los principios del artículo 113 de la Constitución.

43 Vid. Ley Orgánica de la Administración Pública (artículo 108). Por su parte, la Ley contra la Corrupción (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5637 extraordinario, del 07-04-03) considera funcionarios a los efectos de dicha Ley a los directores y administradores de las sociedades mercantiles constituidas con recursos públicos, es decir, a la gerencia de las empresas estatales (artículo 3.2). El Derecho español, según nos comenta VIZCAÍNO LÓPEZ: art. cit. (“Sociedades mercantiles...”), p. 249, “El régimen jurídico del personal de las sociedades mercantiles

mano para arrebatárselas al sector privado, sin que en realidad se persiga un objetivo colectivo y mucho menos se alcance.

La respuesta no se ha hecho esperar y así han surgido mecanismos de privatizaciones, liberaciones y desregulaciones que corrigen en determinado sentido dicho efecto perverso en la economía.

CASTILLO MARCANO, explica estos términos y al respecto indica:

Desregulación no significa eliminación de normas sino que es un proceso que consiste en la revisión de normas que regulan las actividades de contenido económico, que puede concluir en la supresión, modificación, simplificación o mantenimiento de dichas normas, o en algunos casos, reforzamiento de las potestades de policía. Liberación es lo contrario de monopolio, es decir, supresión del privilegio que tiene el Estado sobre un determinado sector o actividad, en beneficio de la libre competencia. Y privatización es un proceso que busca la reducción de la intervención pública en la economía, mediante la transferencia al sector privado de determinadas actividades y servicios realizados hasta entonces por el sector público⁴⁴.

Como se puede apreciar, el modelo actual –claramente ineficiente– debe urgentemente modificarse y ello puede pasar por diversas etapas, unas tenues que comiencen a través de la propia iniciativa del actual Gobierno, que podría ser el desmontaje del descrito ovillo de normas jurídicas que obstaculizan que las empresas públicas sean medianamente eficientes y competitivas con relación a las privadas y ya en un Gobierno de transición o de estabilización democrática el impulso de un nuevo sistema económico –bajo una óptica de libre mercado– y promoviendo procesos de privatización.

Esto último, debe ser el resultado de un análisis serio de los objetivos que se persiguen y de las distintas estrategias que se puedan plantear para que los resultados sean óptimos en relación a los objetivos. Así como indica el profesor Fernando MARTÍNEZ MOTTOLA ello depende de las variables que deben analizarse y se observará que existirán empresas estatales que son más fáciles de privatizar que otras y unas que generaran mayor déficit fiscal que otras, o algunas que sencillamente no sean factibles de privatizar. A final de cuenta “privatizar no es un panacea”, es una opción que aplicada con criterio puede resultar beneficiosa

estatales se recoge en el artículo 117.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual dispone lo siguiente: “El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho Laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado” (...) Ello es así porque el Derecho Administrativo-Estatutario es aplicable exclusivamente a los funcionarios, figura que únicamente existe en las Administraciones Públicas y en los organismos y entidades de Derecho público y, sin embargo, las sociedades mercantiles estatales no tienen la naturaleza jurídica de organismo público”.

⁴⁴ CASTILLO MARCANO, José Luis: “Las privatizaciones: sus orígenes y sus objetivos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 3. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, p. 27.

para sanear una economía golpeada por el estatismo, pero a la par existen otras opciones que deben ponderarse, además de que los procesos requieren del análisis económico, diseños transparentes y cierta rapidez.

Conclusiones

Del breve recorrido expuesto se puede concluir que aunque han aumentado los procedimientos, controles, y planes que recaen sobre las empresas públicas o estatales ello no ha representado un mejoramiento de su gestión, pues las mismas se encuentran en un estado muy complicado⁴⁵.

Ello permite advertir que su ineficacia no puede imputarse exclusivamente a la gerencia, sino la principal causa es el modelo en general que no permite que las empresas del Estado sean competitivas. De allí que en una futura revisión del modelo debe modificarse el sistema económico y reducirse el número de empresas en manos del Estado, para lo cual la privatización es una opción que puede ponderarse con detenimiento, para así precisar cual será el esquema que se seguiría.

En definitiva, las empresas estatales son altamente ineficientes pero ello obedece en gran sentido a que los controles financieros, de gestión, para la contratación y las prerrogativas –que algunos fallos le han reconocido–, más que coadyuvar a que cumplan con su rol, se convierten en claros obstáculos y la someten a una desventaja en relación con las empresas no estatales, con el agravante que los referidos mecanismos no han ayudado a minimizar en nada los casos de corrupción en el manejo de patrimonio público.

Este modelo no puede continuar y de allí que urge analizar con detenimiento cuales son las opciones viables que existen para modificar el modelo económico y devolver al sector privado aquellas empresas donde no existe una justificación racional y objetiva para estar en manos del Estado –o mejor dicho de los gobernantes o usurpadores del poder⁴⁶– y así a través del libre mercado sobrevivan aquellas empresas que sean competitivas e innovadoras, pues, son ellas las que a final de cuentan, general riquezas, ofrecen empleo y, en definitiva, bienestar.

45 Véase en España ORTEGA ALMÓN, María Ángeles: “La empresa pública a debate”. En: *Revista de Gestión Pública y Privada*. N.º 8. Universidad de Zaragoza. Huesca, 2003, pp. 163-186.

46 Comenta GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit. (La ética en la Administración...)*, pp. 70 y 71, “Existe una íntima relación entre el poder político y económico (...) Por eso, cuando un grupo, un clan, una casta, una clase intenta apoderarse de un Estado, sabe que no es suficiente ni definitivo instalarse en los puestos políticos claves, sino que lo que realmente les dará el poder será adueñarse de la economía del país (...) Lo cierto es que por ese mecanismo de la conquista del poder, mucho más práctico y menos romántico que las marchas fascistas, el grupo se consolida de tal manera, con tan firme raíces y sólidos fundamentos, que para desmontarle casi es necesaria una revolución o una guerra”.