

LA FUNDACIÓN DEL ESTADO. RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO. PARTE GENERAL

José Araujo-Juárez

Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano del Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Administrativo Iberoamericano, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo; y Miembro de Honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Ensayo presentado para la *Revista Tachirense de Derecho*, Número Especial que se le dedica muy mercedamente a la Memoria de la Profesora Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, como reconocimiento a su dilatada carrera académica y fructífera trayectoria en la investigación dedicada al Derecho Privado.

Recibido 10-01-2021

Aprobado 01-02-2021

Resumen

Un problema característico del Derecho público contemporáneo es el tratamiento jurídico que corresponde a aquellas personas jurídicas dedicadas a la realización de actividades que revisten el carácter de interés público, tengan la calificación de servicios públicos o actividades de interés público, que el Estado Constitucional crea o controla, utilizándolos como instrumentos de intervención y de participación en la vida económica y social. En este trabajo se da cuenta de la regulación jurídica de la Fundación en el Derecho Público y su configuración el ordenamiento venezolano.

Palabras clave

Derecho Público. Estado Constitucional. Fundaciones.

Abstract

A characteristic problem of contemporary public law is the legal treatment that corresponds to those legal entities dedicated to carrying out activities that are of public interest, have the qualification of public services or activities of public interest, that the Constitutional State creates or controls, using them as instruments of intervention and participation in economic and social life. In this work, the legal regulation of the Foundation in Public Law and its configuration in the Venezuelan legal system are given.

Key words

Public law. Constitutional state. Foundations.

SUMARIO: Introducción. A. Administración Pública Descentralizada Funcionalmente. I. Consagración normativa. II. Concepto. B. Fundación del Estado. I. Fundación. Clases. Elementos. Régimen de Derecho Público. Creación. Constitución. Gestión pública.

Introducción

§1. Planteamiento general — El Estado Constitucional¹ se ha visto obligado a crear determinadas figuras subjetivas destinadas a satisfacer necesidades de interés general o más propiamente de interés público, por dos razones: 1.^a, porque han aparecido nuevas necesidades colectivas que se masifican y lo obligan a atender a su satisfacción; o 2.^a, porque los servicios que las atendían han pasado de manos de los particulares a las del Estado Constitucional.

Ahora bien, un problema característico del Derecho público contemporáneo es el tratamiento jurídico que corresponde a aquellas personas jurídicas dedicadas a la realización de actividades que revisten el carácter de interés público, tengan la calificación de servicios públicos o actividades de interés público, que el Estado Constitucional crea o controla, utilizándolos como instrumentos de intervención y de participación en la vida económica y social.

En estos casos, se trata del poder del Estado Constitucional de participar en cualquier tipo de actividades socio-económicas, siempre vinculadas a la satisfacción del interés público al cual debe servir, a través de diversas personas jurídicas, ya de Derecho público o ya de Derecho privado, preexistentes o creadas para tal fin por el Ordenamiento jurídico. Cualquiera que sea la forma jurídica con que tales personas se presentan, es característica común a todas el tratarse, siempre y en todo caso, de instrumentos de intervención pública utilizados por el Estado Constitucional para la realización de los fines de interés público que tiene encomendados.

Ahora, la realización de las necesidades de interés público, se piensa, pueden hacerse de manera más eficiente, mediante organizaciones dotadas de personalidad jurídica propia, las cuales al ser segregadas mediante un régimen jurídico especial y propio de la persona misma del Estado constitucional, adquieren

¹ Según la doctrina, el Estado Constitucional como forma jurídica de organización de la convivencia social, de configuración del Estado en su conjunto, cuya razón de ser es la salvaguarda de la libertad individual —entendida como la capacidad del ciudadano para autodeterminarse—, como su seña de identidad, surge como experiencia histórica en la Europa continental a finales del siglo *xviii*, y evoluciona desde entonces hasta convertirse en lo que es hoy, estación de llegada del trayecto histórico del Estado constitucional: el modelo *Estado social y democrático de Derecho* —y agregamos, *de Justicia* según el Art. 2 de la Constitución—, la última expresión categorizada del Estado constitucional. *Vid. in extenso* a Araujo-Juárez, J. (2021). *Constitución administrativa*. Santiago, Ediciones Olejnik.

una mayor libertad de acción, complementado por la dotación y afectación de un patrimonio público, distinto e independiente del Estado Constitucional. Pero también, es cierto, se corre el peligro de la multiplicación de tales organizaciones, sin orden ni concierto y, por consiguiente, la dispersión de la Administración Pública como ha sucedido en el país mediante la implementación de modo inconstitucional mediante leyes sucesivas (A.R Brewer-Carías)².

Ahora bien, la constante tentación de “huida del Derecho administrativo” por donde fuere, en sus inicios hubo encontrado en las personas jurídicas de Derecho privado, en general, y en la fundación privada, en concreto, otra manera de gestionar con más amplio grado de discrecionalidad y ausencia de control mejorando, incluso, la que proponía la figura societaria, posibilidad administrativa que suponía desnaturalizar tanto a la Administración pública como a las propias figuras de las personas de Derecho privado.

§2. Derecho público y Derecho privado— La separación del Derecho entre público y privado es probablemente la más significativa de las distinciones del Derecho (*summa divisio iuris* al menos, en el Derecho occidental), a pesar de los límites imprecisos y problemáticos que presenta, y de que se trata de una distinción que responden no sólo a criterios jurídicos, sino también a circunstancias y consideraciones sociales y económicas.

En tal sentido, se han efectuado varios esfuerzos por subrayar las fronteras entre uno y otro Derecho. Destacamos los tres criterios más importantes: 1º., por razón del sujeto; 2º., por razón de la posición de los sujetos; y por último 3º., por razón del interés protegido. Lo cierto es, como se ha señalado, es ésta una división difícil, puesto que los límites que separan el Derecho público del Derecho privado no son siempre fijos ni apriorísticos. Son las circunstancias de orden histórico las que en cada momento imprimen el carácter dinámico a la distinción entre unas y otras normas.

Así las cosas, debemos partir del hecho que el Derecho administrativo forma parte de un concepto más amplio como lo es el Derecho público. Por otro lado, si uno de los caracteres del Derecho administrativo es el de ser un Derecho que regula la organización y el funcionamiento de los poderes y órganos administrativos del Estado y, por ende, un Derecho estamental (E. García de Enterría)³ o estatutario (J. Araujo-Juárez)⁴ de un sujeto singular, la Administración

2 BREWER-CARÍAS, A. R. (2012). «¿Reforma administrativa en Venezuela? O la transformación no siempre planificada de la Administración Pública, para la implementación de un Estado Socialista al margen de la Constitución, mediante la multiplicación, dispersión y centralización de sus órganos y entes.» En *RDP* N° 132, 8 y ss.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Décimonovena edición. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 66.

4 ARAUJO-JUÁREZ, (2021). *El Derecho administrativo. Introducción. Fundamentos. Sistema de Fuentes*. Santiago, Ediciones Olejnik, 99.

pública, se habrá que convenir en que tal Derecho se aplica “siempre y por principio”, salvo cuando actúe en su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales.

De lo anterior se desprende que la Administración pública no está solamente sujeta al Derecho que le es “propio y peculiar”, sino también al Derecho común o general e, incluso, a otros Ordenamientos jurídicos estatutarios. Luego el interrogante que surge es: ¿cuándo y porqué se aplican los Derechos generales, cesando así su aplicación su Derecho administrativo?

La respuesta la da el propio García de Enterría⁵, cuando señala que si los otros Derechos generales agotan las materias sobre las que recaen —por ej., el Derecho penal o procesal—, estos se le aplicarán de lleno. El problema surge cuando los Derechos generales regulan la misma materia que el Derecho administrativo —por ej., el contrato, la responsabilidad, etc.— u otras que no tienen paralelo —por ej., la familia o el municipio—. Solo en las primeras materias, afirma, es posible un “entrecruzamiento”, donde es posible acotar las materias, que se reducen a los ámbitos siguientes: el Derecho de la organización y el Derecho patrimonial.

Por lo que nos concierne ahora, es sabido que la Administración pública utiliza formas organizativas que son propias del Derecho privado, por ej., la fundación privada. Este fenómeno significa, según García de Enterría⁶, que las formas de Derecho privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera “instrumental” por los entes públicos, carácter este que se pone de relieve por el hecho que siempre se encuentra en el fondo de dicha utilización un “núcleo público”. Lo expuesto, concluye, demostraría el error de las corrientes doctrinales para las que la aplicación de técnicas de Derecho público o de Derecho privado carecería hoy de contenido sustancial, siendo algo completamente accidental, afirmaciones que serían, por lo menos, gravemente equívocas en cuanto que siempre habrá un “núcleo de Derecho público” que es la expresión del centro subjetivo último de la Administración Pública —con mayúsculas según el Art. 141 de la Constitución (C)—⁷ como organización política, y como Poder Público en el sentido del Art. 136 de la C.

§3. Régimen jurídico — Cuando el Estado Constitucional recurre a las formas fundacionales para el desarrollo de actividades de interés general, en principio, el régimen jurídico aplicable a dichas personas jurídicas es el de Derecho privado o común, y concretamente, de Derecho civil.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Ob. cit.*, nota 3, 78.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Ob. cit.*, nota 3, 79.

7 La Constitución de 1999 fue el fruto de un arduo proceso constituyente y aprobada mediante Referendo del 15-12- 1999, publicada en Gaceta Oficial N° 36.600, del 30-12-1999, y después publicada con correcciones en Gaceta Oficial N°5.453 Extr., del 24-03-2000.

Sin embargo, la realidad del Ordenamiento jurídico venezolano muestra la existencia de numerosas derogaciones e innovaciones legales al régimen de Derecho común de las fundaciones, cuando se trata de fundaciones integradas en la estructura general del Estado —fundaciones del Estado— que producen, la presencia del Estado Constitucional —constitución y dirección—, la afectación del patrimonio público, y, por último, el control público al cual se encuentran sujetos, que es necesario analizar.

Ahora bien, la aplicación concordada de toda esta regulación jurídica de Derecho plantea no pocos problemas. En efecto, según el Ordenamiento jurídico aplicable a la Administración Pública, el ejercicio de la potestad organizativa que corresponde al Estado Constitucional sobre las denominadas legalmente “fundaciones del Estado” (Art. 110 de la Ley Orgánica de la Administración Pública —LOAP—)⁸, de la cual deriva su capacidad para desarrollar las actividades encomendadas, y la realización de actos y operaciones jurídicas según sus necesidades, no está exento del cumplimiento de un preponderante régimen de Derecho público⁹ contentivo de requisitos formales y de fondo (*Parte General*); y, por ende, sometidas las fundaciones del Estado a un conjunto de diversos controles públicos, cuyo desarrollo será objeto de un estudio aparte (*Control Público*)¹⁰.

A. Administración Pública Descentralizada funcionalmente

I. Consagración normativa

§4. Bases constitucionales — De conformidad con la Constitución, la intervención del Estado Constitucional en la vida económica y social se manifiesta de muy diversas formas, que van desde la función de regulación, pasando por la función de planificación, luego la función de fomento hasta la modalidad más directa como es la función de garantía y de regulación de la prestación de servicios y demás actividades de interés general.

En tal sentido, entre los principales instrumentos de intervención del Estado Constitucional para la realización de los fines de interés público que vienen

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.305, del 17-10-2001. Posteriormente fue reformada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extr., de fecha 31 de julio de 2008. Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.147 Extr., del 17-11-2014.

⁹ Aquí nos bastaría con considerar que las normas de Derecho público son las que regulan la actividad de las distintas ramas que ejercen el Poder Público del Estado, lo que incluye las relaciones de estos poderes entre sí y con los ciudadanos; y las de Derecho privado las que regulan las relaciones entre ciudadanos, cuando actúan como tales, esgrimiendo intereses particulares.

¹⁰ *Vid. in extenso* a Araujo-Juárez, J. (2022). «La fundación del Estado. Régimen de Derecho público. Control público». AA.VV. *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz* T. I. Caracas, FUNEDA-ACIENPOL, 535-570.

atribuidos en cada caso a su acción figura, desde hace tiempo y en posición dominante, la modalidad de las “entidades funcionalmente descentralizadas”¹¹, o de acuerdo con la LOAP los “entes descentralizados funcionalmente”¹², que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente.

En tal sentido, se observa que la Constitución contiene algunas disposiciones específicamente relacionadas con los entes o entidades descentralizadas funcionalmente y, por ende, de modo mediato con las fundaciones del Estado. En primer lugar, el Art. 300 de la C consagra una “norma matriz”¹³, suficientemente amplia para comprender en ella a las personas jurídicas de cualquier naturaleza –de Derecho público o de Derecho privado– en las cuales el Estado tenga interés.

En efecto la mencionada norma dispone lo siguiente:

Artículo 300. La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se invierten.

En segundo lugar, el Art. 142, *eiusdem*, cuando dispone lo siguiente:

Artículo 142. Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.

§5. Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el Control de los Aportes Públicos a las Instituciones Privadas Similares (NFASCE)¹⁴. — El Decreto N° 677 con Fuerza, Valor y Rango de Ley, y contenido de las NFASCE, ratifica en nuestro país, el anterior Decreto-Ley N° 401 que sistematizaba por primera vez el régimen jurídico público de las denominadas legalmente desde entonces “fundaciones del Estado”¹⁵, donde se le reconoció a la Administración Pública la capacidad para crear o constituir fundaciones, y se regula específicamente la fundación del sector público o estatal.

En tal sentido, las mencionadas NFASCE tienen por objeto regular dos aspectos:

11 *Vid.* Art. 330 de la C.

12 *Vid.* Art. 29 de la LOAP.

13 GARRIDO ROVIRA, J. y VILORIA FUENMAYOR, G. (1994). *Fundaciones del Estado en Venezuela*, 1ra. Edición. Caracas, 16.

14 Publicado en la Gaceta Oficial N° 3.574 Extr., de fecha 21 de junio de 1985.

15 Publicado en la Gaceta Oficial N° 33.134, del 28-12-1984.

- (i) Por un lado, el establecimiento como *categorías organizativas* de la Administración Pública descentralizada, de las *fundaciones*, asociaciones y sociedades civiles del Estado, y el *régimen jurídico* aplicable.
- (ii) Y por el otro, el establecimiento del *control público* sobre los *aportes públicos a instituciones similares*, en nuestro caso, tanto de las fundaciones privadas, como de las fundaciones del Estado “de carácter nacional, estatal, distrital o municipal”.

En mérito a lo antes expuesto, y en la medida que no contradiga la legislación post-constitucional, sus disposiciones continúan siendo directamente aplicables a las fundaciones del Estado como analizaremos a lo largo de este estudio.

§6. Ley Orgánica de la Administración Pública — Luego, con la aprobación de la Constitución de 1999, se introdujo un nuevo marco constitucional sobre los principios y normas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública. En este contexto, la LOAP vino después a cumplir el mandato instruido por la Asamblea Nacional Constituyente, para que dentro del primer año de vigencia del nuevo texto constitucional, se dictara la legislación que regulara con carácter general, la organización y funcionamiento de la Administración Pública, conforme lo dispuso la Disposición Transitoria Cuarta (num. 5) de la C.

Por tanto, la LOAP al determinar el régimen jurídico sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto Central como Descentralizada funcionalmente, obliga a su observancia en dos ámbitos de importancia fundamental en la actuación de la Administración Pública:

- (i) El referido al ejercicio de la *potestad organizativa*.
- (ii) Y el concerniente a los *principios y mecanismos* que debe observar la Administración Pública durante el ejercicio de la función administrativa.

II. Concepto

1°. Introducción

§7. Potestad organizativa pública — Los órganos y entes de la Administración Pública en general están dotados por la Constitución y la ley de la potestad organizativa pública. En tal sentido, la República, en tanto persona jurídica de carácter público, así como todos los demás entes y unidades administrativos descentralizados, con personalidad jurídica o sin ella, en el marco de un conjunto de reglas y principios jurídicos, están facultados para crear, modificar y suprimir órganos y entes administrativos de conformidad con la ley

de la materia. Ahora bien, la normativa general que regula la potestad organizativa pública está, pues, contenida en la LOAP¹⁶.

A tal efecto, el Derecho administrativo venezolano, normativa¹⁷ y doctrinalmente¹⁸ reconoce los siguientes tipos del principio organizativo de descentralización funcional:

- (i) La *Administración Pública descentralizada territorialmente*, la cual reposa sobre una base geográfica y conlleva la creación de personas públicas territoriales (República, estados, distritos metropolitanos y municipios).
- (ii) Y la *Administración Pública descentralizada funcionalmente* —o por servicios—, calificada también como funcional, técnica o especial, la cual conlleva la creación de una persona jurídica distinta y especial a la que se le encomienda una actividad determinada.

La denominada Administración Pública descentralizada funcionalmente constituye, pues, una manifestación organizativa del Estado Constitucional y, por consiguiente, corresponde al Poder Público la suprema dirección y coordinación de sus actividades, así como ejercer el control administrativo.

En este orden de ideas, el concepto de Administración Pública descentralizada funcionalmente hace referencia al supuesto donde una persona pública territorial (República, estados, distritos metropolitanos o municipios) le transfiere competencias, no a otras personas jurídicas territoriales, sino a personas jurídicas no territoriales, denominados entidades o “entes descentralizados funcionalmente” según la LOAP, pero necesariamente enmarcados dentro de la estructura organizativa general del Estado en sentido amplio, que cubre la expresión de “sector público” o “sector estatal”.

En este sentido, la organización de la Administración Pública descentralizada funcionalmente se produce por efecto de la potestad organizativa del Estado, concebida como el poder de crear los organismos y personas públicas necesarias para el cumplimiento de sus fines, que se van a concretar en estructuras de Derecho público y de Derecho privado, con sustrato fundacional o asociativo.

En mérito a lo antes expuesto, el Art. 29 de la LOAP dispone que los titulares de la potestad organizativa podrán crear las denominadas entidades descentralizadas funcionalmente, cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución, la LOAP y la demás normativa aplicable.

16 Art. 29 de la LOAP.

17 *Vid.* Art. 29 de la LOAP.

18 ARAUJO-JUÁREZ, J. (2022). *La Administración pública. Organización administrativa. Empleo público. Responsabilidad patrimonial*. Santiago, Ediciones Olejnik, 177-178; y CABALLERO ORTIZ, J. (1981). «La Descentralización Funcional». En *Revista de Derecho Público* N° 8, Octubre-Diciembre Caracas, EJV, 5.

En consecuencia, como señala la doctrina¹⁹, la descentralización administrativa funcional se presenta con una nota que le es característica, la existencia o dotación de una personalidad jurídica propia, pero que sigue formando parte de la propia estructura administrativa del Estado Constitucional conservando su propia personalidad.

§8. Personalidad jurídica — La doctrina sostiene que el fenómeno de la Administración Pública descentralizada funcionalmente consiste en la transferencia de competencias de una persona jurídica político territorial, generalmente, a otra u otras personas jurídicas distintas del ente público territorial transferidor. Se está en presencia de una distribución de competencias, no entre órganos de una misma organización jerárquica, sino entre personas jurídicas distintas, con el objeto de lograr una mayor eficacia en el desempeño de las funciones administrativas, o “el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera”²⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional²¹, cuando señala que la personalidad jurídica constituye un supuesto jurídico-organizativo de la Administración Pública descentralizada, y añade que este concepto puede considerarse en sentido formal u orgánico y en sentido material o funcional.

En el Derecho positivo, la Administración Pública descentralizada funcionalmente es también un proceso de transferencia de competencias que prevé la LOAP como fórmula para flexibilizar la organización de la Administración Pública.

En efecto, el Título IV “De la Desconcentración y de la Descentralización Funcional” de la LOAP permite, en su Capítulo II, la flexibilización y adaptación de las formas de organización de la Administración Pública mediante la descentralización administrativa funcional, para que responda con agilidad a los cambios del entorno, restricciones en los recursos y cambios en su misión y rol sobre el sector que regulan; a la vez que responda al proceso de descentralización y de constitución de nuevos ejes regionales de desarrollo territorial.

Es por ello que en el caso de la descentralización administrativa funcional, se contemplan inexcusablemente distintos medios de control público por parte de los órganos de la Administración Pública Central nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios que eviten las dificultades que dichos Poderes Ejecutivos han tenido para ejercer un efectivo control sobre los entes descentralizados funcionalmente.

19 ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 18, 177; y CABALLERO ORTIZ, J. (1995). *Los Institutos Autónomos*, t. I, 3ª. Edición Ampliada y Actualizada. Caracas, FUNEDA-EJV, p. 30.

20 *Vid.* Art. 29 de la LOAP.

21 GARRIDO ROVIRA, J. «Ámbito orgánico de aplicación a las fundaciones de las normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas similares». En *RDP*, N° 21, 27.

En consecuencia, bajo los parámetros del nuevo paradigma de la Administración Pública se establece una regulación del control público que deben ejercer los ministros y otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos y municipales respecto de los entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, así como otros medios de control público a cargo de órganos competentes.

§9. Criterios — La Administración Pública descentralizada funcionalmente, la cual se caracteriza por el factor de la especialidad de los servicios, tiene lugar a través de la creación de personas jurídicas “con forma de derecho privado”²² o bien personas jurídicas “con forma de derecho público”²³.

No es preciso que tratemos de demostrar el interés en la determinación de distinción entre ambas personas jurídicas, porque no se trata de simples lucubraciones teóricas, sino de calificaciones que tienen consecuencias prácticas y jurídicas muy importantes, con la advertencia de que una cosa es la *naturaleza* o *calificación* de la persona jurídica en cuestión, y otra muy distinta el *régimen jurídico* de la actividad que esa persona jurídica desarrolla, pues como bien lo afirma la doctrina, hay entes públicos que desenvuelven su actividad en el campo del Derecho privado, aun constituyendo aquella su actividad corriente y normal, y a su vez su fin esencial; y viceversa.

Finalmente, la importancia de determinar o no la naturaleza de la personalidad jurídica —cuyo concepto tiene origen en el Derecho privado— radica en que una estructura subjetiva de Derecho público permite determinar, conforme a la LOAP y a las NFASCE, en el caso de la figura de la fundación, la relación de tutela orgánica (la adscripción), o la relación de tutela material (el control de tutela), respectivamente, que la vincula con la Administración Pública, relación que indicará el mayor o menor grado de independencia o de autonomía que mantiene el ente descentralizado funcionalmente con el órgano de control de tutela (Arts. 118, 119, 120 y 123 de la LOAP).

2°. Distinción

§10. Planteamiento de la cuestión — La LOAP, al regular la Administración Pública, precisa que está conformada por los “entes administrativos” —organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia—; y los “órganos” —las “unidades administrativas” de dichas personas jurídicas—, los cuales, como lo precisa la son las unidades administrativas de dichas personas jurídicas (Art. 15 *eiusdem*).

Ahora bien, como señala A. B. Brewer-Carías²⁴, no todas las personas jurídicas interesan al Derecho administrativo, ni son objeto de regulación formal

²² Vid. Art. 29, num. 1 de la LOAP.

²³ Vid. Art. 29, num. 2 de la LOAP.

²⁴ BREWER-CARIÁS, A. R. (2013). «Sobre la personalidad jurídica en el Derecho administrativo». En *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*,

por parte de esta disciplina. Entre ellas solo serán objeto de su estudio, básicamente, las de carácter “estatal”, es decir, las que forman parte de la “estructura” u organización general del Estado, sean de Derecho público o de Derecho privado; o sea, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el “sector público” (Art. 289, num. 3 de la C). Esas son las que pueden considerarse como *personas jurídicas estatales* conforme a la terminología que adopta la Constitución.

De lo anterior resulta, por tanto, la necesidad de emplear, desde el punto de vista de su forma jurídica o la naturaleza estatal que adoptan, dos clasificaciones distintas respecto de las personas jurídicas en el campo del Derecho administrativo: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de Derecho público y las personas jurídicas de Derecho privado, según la forma jurídica que se adopte para el centro de imputación de intereses —“personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado”— (Art. 22 de la C); y por la otra, la que distingue entre las personas jurídicas estatales —“personas jurídicas estatales”— (Arts. 180 y 190 de la Constitución), y las personas jurídicas no estatales, según la integración o no de la persona jurídica respectiva en la estructura y organización general del Estado.

Estas dos clasificaciones son, precisamente, las que ha adoptado la Constitución; por. ej., cuando al establecer la prohibición de contratación con el Estado, el Art. 145 de la C dispone expresamente que:

Artículo 145. [...] Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley.

En efecto, la primera clasificación distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de Derecho público, como los institutos autónomos (Art. 142 de la Constitución) o el Banco Central de Venezuela (Art. 318 de la C), y personas jurídicas de Derecho privado, como las sociedades mercantiles (empresas públicas o empresas del Estado, conforme las denominan los Arts. 184, num. 4 y 189, num.1 de la C, respectivamente); mientras que la segunda clasificación distingue según su naturaleza, entre las personas jurídicas estatales que forman parte integrante de la organización general del Estado Constitucional en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del “sector público”; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte integrante del Estado Constitución o del sector público;

(Coordinadores: A. Matilla Correa, J. O. Santofimio Gamboa, H. Santaella Quintero). Bogotá Universidad Externado de Colombia, 7.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, en el Ordenamiento jurídico nacional, hay personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado; y también personas jurídicas de Derecho público estatales y personas jurídicas de Derecho público no estatales. Por otra parte, también hay personas jurídicas privadas que, por tanto, interesan al Derecho administrativo, y son todas aquellas personas jurídicas de Derecho privado creadas y dirigidas por entes públicos, como sucede con las empresas del Estado, las sociedades civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma jurídica de Derecho público o de Derecho privado. Por pertenecer o integrar la organización administrativa del Estado (sector público), son objeto de regulación por parte del Derecho administrativo.

§11. Criterios — Es sabido que la clasificación más tradicional e importante de los entes descentralizados funcionalmente, es la que distingue entre personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado. Por su parte esta clasificación alude, a su vez, a tres criterios fundamentales sobre la base de los cuales se podría elaborar la clasificación:

- (i) La *naturaleza o calificación jurídica* de la persona jurídica.
- (ii) La *forma jurídica del acto de constitución* de la persona jurídica.
- (iii) Y por último, el *régimen jurídico* al que la actividad de la persona jurídica se encuentra sometido.

Ahora bien, el Derecho administrativo tradicional partía del supuesto de que las personas jurídicas públicas (naturaleza) debían estar constituidas bajo una personificación originaria pública (forma) y se regían exclusivamente por el Derecho público (régimen jurídico); por el contrario, las personas jurídicas privadas (naturaleza) debían constituirse bajo una personificación originaria privada (forma), rigiéndose solamente por el Derecho privado (régimen jurídico). Sin embargo, hoy día esta ecuación no es absoluta entre naturaleza, forma y régimen jurídico, dando lugar como veremos al analizar el Derecho positivo a una gran variedad de combinaciones en materia de las fundaciones.

Así las cosas, ya lo hemos mencionado, el Derecho positivo a través de la LOAP regula la Administración Pública descentralizada funcionalmente mediante la creación de entes descentralizados con forma de Derecho público y entes descentralizados con forma de Derecho privado (Araujo-Juárez)²⁵.

§12. Régimen jurídico — Por otro lado, además de la forma y naturaleza que pueden adoptar las personas jurídicas, resulta pertinente referirnos al régimen jurídico al cual se encuentran sometidas las personas jurídicas estatales.

25 *Vid. in extenso* a ARAUJO-JUÁREZ. J. *Ob. cit.*, nota 18, 391 a 401.

Al respecto, es pertinente invocar de nuevo a la doctrina (Brewer-Carías y M.C. Domínguez Guillén)²⁶, al sostener que en la actualidad hay una interaplicación evidente de normas de Derecho público y normas de Derecho privado a todos los sujetos de derecho. Que lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de las personas jurídicas a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o los particulares; o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico aplicable a los mismos, de normas de Derecho público o de normas de Derecho privado. Sólo el análisis del Derecho positivo, en cada caso concreto, permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la “naturaleza” estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica (de Derecho público o Derecho privado) que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica.

En mérito a lo antes expuesto, concluye señalando la doctrina citada que ante la interacción e interaplicación permanente de las normas de Derecho público y de Derecho privado a los sujetos de derecho, en realidad no pueden tener valor como tales, pues a lo sumo, de ellos lo que puede resultar es una preponderancia de régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado aplicable, según sea el caso. Esta preponderancia, en todo caso, resultará de la integración o no de la persona a la estructura organizativa del Estado y de la forma jurídica adoptada para su personificación, y en todo caso será una consecuencia proveniente del Derecho positivo, y no la causa de una pretendida distinción.

En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que las formas de Derecho privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera “instrumental” por los entes públicos, carácter este que se pone de relieve por el hecho que siempre y en todo caso, se encuentra en el fondo de dicha utilización un “núcleo público”.

3°. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público*

§13. Concepto jurídico-positivo — De acuerdo con el Art. 29, num. 2 de la LOAP, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público están conformados por aquellas personas jurídicas “creadas y regidas

²⁶ BREWER-CARÍAS, A. R. (1996). «La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo». En *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Caracas, FUNEDA, 62; y en el mismo sentido DOMÍNGUEZ GUILLEN, M. C. (2020). «Entre el derecho público y el derecho privado». En *RDP* N° 161-162, 42 y ss.

por normas de derecho público”, y como tales “podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas”.

Se trata, pues, de organizaciones bajo la forma jurídica originaria pública, esto es, su naturaleza o calificación jurídica es de Derecho público y, por ende, integran la estructura general del Estado, pues concretamente forman parte de la Administración Pública descentralizada funcionalmente.

§14. Clases — A su vez, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, de acuerdo con la LOAP, se distinguen entre:

- (i) Los tradiciones *institutos autónomos*, donde el *substratum* es real: el patrimonio o complejo de bienes afectados únicamente a la consecución de los fines de interés público (Art. 99 de la LOAP).
- (ii) Los *institutos públicos*, donde el *substratum* es personal: lo determinante es la cualidad de miembro y precisamente están constituidos por personas entre las cuales hay coincidencia, solidaridad o comunidad de intereses (por ej., las universidades oficiales); y aquellos que están configurados excepcionalmente en la forma de sociedades comerciales: por ej., el Banco Central de Venezuela (Art. 318 de la Constitución y Art. 98 de la LOAP)

En conclusión, la dotación de un patrimonio propio afectado a un fin específico que caracteriza a los primeros entes públicos; de un sustrato personal, comunidad o corporación, que caracteriza a los segundos entes públicos mencionados, origina la distinción entre las personas jurídicas con forma de Derecho público siguiente (Araujo-Juárez)²⁷:

- (i) Los entes descentralizados funcionalmente de *naturaleza fundacional* que utilizan los mismos mecanismos del Estado, es decir, instrumentos iuspublicísticos, preponderantemente, y su actividad “queda sujeta a los principios y bases establecidos en la normativa que regule la actividad administrativa” (Art.101 de la LOAP).
- (ii) Y los entes descentralizados funcionalmente de *naturaleza corporativa o asociativa* que, por el contrario, utilizan mecanismos de Derecho privado, por lo que, en principio, la autonomía privada de las mismas es verdaderamente amplia.

4°. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado*

§15. Concepto jurídico-positivo — También nuestra realidad jurídico-administrativa ofrece, además de los mencionados entes descentralizados

²⁷ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 18, 378 y ss; y Dictamen de fecha 15 de septiembre de 1971. Procuraduría General de la República (1984). En *20 Años de la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo I. Caracas, Ed. PGR, p. 187.

funcionalmente con forma de Derecho público, un conjunto de personas jurídicas a través de las cuales el Estado desarrolla actividades de interés público.

Normalmente, se trata de organizaciones bajo la forma jurídica originaria privada, esto es, su naturaleza o calificación jurídica es de Derecho privado²⁸, pero en todo caso integrando la estructura general del Estado, pues concretamente también forman parte de la Administración Pública descentralizada funcionalmente.

§16. Clases — Los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado son de dos tipos, de acuerdo con el Art. 29, num. 1 de la LOAP, a saber:

- (i) *Sin fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: (i) constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; (ii) no realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta; y por último (iii) la fuente fundamental de sus recursos proviene de los aportes públicos, según el Art. 7, num. 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP)²⁹.
- (ii) *Con fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: (i) constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; (ii) cuya actividad principal es producción de bienes o servicios destinados a la venta; y por último (iii) la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad³⁰.

A su vez, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado, de acuerdo con la LOAP, se distinguen entre:

- (i) Los *entes descentralizados de naturaleza fundacional* donde el *substratum* esencial es real, esto es, el patrimonio o complejo de bienes afectados únicamente a la consecución de fin de interés público (por ejemplo, las fundaciones del Estado). En tal sentido carecen de un *substratum* personal, pues el fundador (o fundadores) no es parte o socio de la fundación (Art. 110 de la LOAP).
- (ii) Los *entes descentralizados de naturaleza asociativa* donde se requiere tanto el *sustratum* real como el *substratum* personal, y que están configurados en la forma de sociedades comerciales (por ejemplo, las empresas del Estado) (Art. 103 de la LOAP); y las asociaciones y sociedades civiles: por ejemplo, las asociaciones civiles del Estado (Art. 116 de la LOAP).

28 Vid. Art. 29, num. 1 de la LOAP. Vid. a ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 18, 205.

29 Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.311, de fecha 9 de diciembre de 2013.

30 Vid. Art. 7, num. 2 de la LOAFSP.

En conclusión, las formas jurídicas utilizadas preferentemente para la descentralización administrativa funcional son: por un lado, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, esto es, los institutos autónomos³¹ y los institutos públicos³²; y por el otro, están los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado, esto es, las empresas del Estado³³, las fundaciones del Estado³⁴, y finalmente las asociaciones y las sociedades civiles del Estado³⁵.

§17. Efectos — De acuerdo con el Art. 32 de la LOAP, los efectos de la descentralización administrativa funcional son los siguientes:

- (i) Transfiere la *titularidad de la competencia* al ente descentralizado funcionalmente.
- (ii) Transfiere al ente descentralizado funcionalmente cualquier *responsabilidad* que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del fin de interés público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios del ente descentralizado funcionalmente.

§18. Reversión. — Por último, el Art. 29 *in fine* de la LOAP dispone que la descentralización funcional solo podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.

B. Fundación del Estado

I. Fundación

1°. *Fundación privada*

§19. Planteamiento de la cuestión — Junto a las personas físicas, el Derecho, tras una apasionante evolución histórica y doctrinal, acuña el concepto de persona jurídica, que, en lo que ahora nos interesa, engloba, a partir de las aportaciones de Savigny, tanto a las corporaciones como a las instituciones: *universitas personarum* y *universitas rerum*. De lo señalado anteriormente resulta claro que si bien en el Derecho positivo, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, las fundaciones que son siempre personas jurídicas de “carácter privado” —Art. 19, num. 3. del Código Civil (CC)—³⁶ o de Derecho privado (M. Acedo Mendoza)³⁷ —*contrario sensu*, no hay fundaciones de carácter público o Derecho público—.

³¹ *Vid.* Art. 98 de la LOAP.

³² *Vid.* Art. 98 de la LOAP.

³³ *Vid.* Art. 103 de la LOAP.

³⁴ *Vid.* Art. 110 de la LOAP.

³⁵ *Vid.* Art. 116 de la LOAP.

³⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extr., de fecha 26 de julio de 1982.

³⁷ ACEDO MENDOZA, M. (1976-1977). «Temas sobre fundaciones. Estudios jurídicos». En *Revista de Derecho* N° 23. Caracas, Ed. UCAB, P. 210.

Sin embargo, según el criterio que ellas estén o no integradas en la estructura general del Estado *latu sensu*, se pueden establecer dos grandes categorías en cuanto al régimen jurídico aplicable: 1.^a, la fundación privada; y 2.^a, la fundación del Estado: es decir, entre fundaciones civiles no estatales y fundaciones civiles estatales (Brewer-Carías)³⁸.

Ahora bien, no es nuestra intención, en la impuesta brevedad de este ensayo, hacer un recuento minucioso de lo que la doctrina ha expresado respecto a la fundación privada o de Derecho privado. Pero si es necesario señalar, que la atención doctrinaria sobre el tema en el Derecho positivo es de sobresaliente calidad (M.C. Domínguez Guillén, O. Riquezes Contreras y S. Sánchez Mirelles)³⁹.

Como es sabido, en el caso concreto de la figura de las fundaciones privadas, éstas se constituyen mediante un negocio jurídico de Derecho Privado de carácter unilateral, que es el acto de constitución o fundacional, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales como por personas jurídicas, de Derecho privado o de Derecho público, estatales o no estatales⁴⁰.

Pues si bien es cierto que la tónica general en el Derecho positivo es que no exista ley *ad-hoc* sobre las fundaciones, bastando tradicionalmente para regular tales entidades las regulaciones generales contenidas en los Códigos Civiles y sus propios estatutos, no podemos olvidar que nuestro punto de partida se caracterizaba por la existencia de numerosísimas disposiciones de todo tipo. Nuestro Ordenamiento jurídico, por tanto, no estaba adecuado (no estaba “acostumbrado”) a servirse sólo del Código civil o Derecho privado, el cual tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre los particulares, considerados como personas en general y no con referencia a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. Se ocupa de las personas, sus estados, su patrimonio y el tráfico de bienes, en general. Es por ello que con los dedos de una mano podrían contarse las leyes de fundaciones que, salvo error u omisión de nuestra parte, nos ofrece el Derecho comparado⁴¹. Es evidente que en materia de fundaciones no es posible afirmar

³⁸ BREWER-CARIÁS, A. R. (1984). «Las Fundaciones y su control por el Estado». En *RDP* N° 17, 7 y ss.

³⁹ M. C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN (2011). *Manual de Derecho Civil I Personas*. Caracas, Ediciones Paredes; RIQUEZES CONTRERAS, O. (2020). *La fundación en Venezuela. Su inclusión en el Código Civil. Su regulación. Problemas actuales*, 1ª edición. Caracas, Editorial Galipán; y S. SÁNCHEZ MIRALLES. «Fundaciones. Breve reseña de su regulación en Venezuela y estudio comparado con otras legislaciones en América Latina». En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 160, enero-junio.

⁴⁰ Sent. de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, N° 25 de fecha 1 de marzo de 2007, caso ‘*Dina Rosillo*’.

⁴¹ En Europa cabe destacar: en Francia, la Ley de 23 de julio de 1987 sobre desarrollo del mecenazgo y la Ley de 4 de julio de 1990, sobre fundaciones de empresa; en Inglaterra las Leyes de 1992 y 1993, reguladoras de las *Charities*; y en Polonia la Ley de Fundaciones de 17 de mayo de 1991. En Latinoamérica cabe citar: en Argentina, la Ley 19836, de 15 de septiembre de 1972,

—ni ahora ni antes— que la situación fuese, y sea, de falta de regulación. Las fundaciones estaban reconocidas y asimismo lo estaba el derecho a constituir las de acuerdo con la ley.

Mención especial merece el Derecho español. En efecto, corresponde a la Constitución española de 1978, el honor de haber recogido por primera vez, en norma de tan alto rango, el derecho de fundación y de, por tanto, haber constitucionalizado expresamente la figura de las fundaciones. El Art. 34 de la Constitución española dispone: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley. 2. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

En tal sentido, la Constitución española es, además, la única Constitución europea que contiene referencia expresa a tales entidades y al derecho a su creación⁴². No se trata de un paso más en la evolución de las fundaciones; es el paso que debe estabilizar su ordenación y evitar nuevas tentaciones prohibitivas o restrictivas. El paraguas protector de las fundaciones no es ya sólo la Ley, sino, nada más y nada menos, la Constitución misma. Expresado de forma sumamente simple, la garantía institucional supone que determinada institución se encuentra garantizada por el constituyente, de forma que el legislador no puede alterarla en términos que resulte irreconocible.

Así las cosas, las fundaciones en el marco del tipo de Estado Constitucional diseñado por la Constitución, tienen un innegable lugar en la sociedad. Parece que pueden y deben cumplir una inestimable función social. Incluso la configuración concreta que la Constitución hace del derecho de fundación y de las fundaciones permite llegar a esa conclusión. Precisamente, por la garantía institucional que de aquél y de éstas contiene la Constitución.

Por último, se ha señalado que el derecho de fundación está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad. Antes, al contrario, se estima que debe resaltarse la vinculación cada vez más estrecha del derecho de fundación con el de participación en la vida política, social, económica y cultural. Lo que ocurre es que la participación que permiten las fundaciones se articula principalmente a través del derecho de propiedad. Lo que es muy distinto a afirmar que el derecho de fundación es expresión del de propiedad, o que éste condiciona irremediabilmente a aquél.

En este orden de ideas, el Art. 66 de la C dispone que “el Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto

de Fundaciones; en México, la Ley de 2 de enero de 1943, de Instituciones de asistencia privada, para el Distrito Federal; y por último, en Costa Rica, la Ley 5338, de 28 de agosto de 1973, de Fundaciones.

⁴² En el Derecho Latinoamericano, sólo la Constitución Política del Perú de 1993, cuya última modificación fue mediante Ley 31097 del 20-12-2020, y hasta donde mi conocimiento alcanza, es la única que ha reconocido también el derecho de toda persona a constituir fundaciones, sin autorización previa y con arreglo a la ley (Art. 2.13 *eiusdem*).

el mejor cumplimiento de los fines de las personas humanas y de la convivencia social...”.

§20. Régimen jurídico — La figura de la fundación calificada como civil o privada —o no estatal—, en tanto que persona jurídica en nuestro Derecho positivo, aparece contemplada como sujeto capaz de derechos y obligaciones en el Art. 19, ord. 3° del CC. A su vez, se dispone que la fundación privada adquiere la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción en que haya sido creada, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos.

Ahora bien, el elemento clave en la creación de una fundación privada, es patrimonial (substrato real). En efecto, la fundación privada presupone un patrimonio afectado a un fin de utilidad pública dotado de personalidad jurídica; presupone la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes a una finalidad, sin que exista un conjunto de personas que integren la fundación⁴³.

Por tanto, no se concibe una fundación privada sin:

- (i) Un *patrimonio* inicial configurado por los aportes del o los fundadores (patrimonio fundacional).
- (ii) Una *organización* propia, que precise la administración y dirección del patrimonio fundacional (gestión fundacional). En consecuencia, sin un patrimonio de afectación y una organización, no existe la figura de la fundación privada.

Además, si bien son personas jurídicas de Derecho privado, de acuerdo con el Art. 20 del CC, las fundaciones privadas sólo pueden crearse con un *objeto* o fin que además de ser posible, lícito y determinado, sea además de utilidad general: esto es, “artístico, científico, literario, benéfico o social”.

Además, como consecuencia de su identidad, las fundaciones tienen un *nombre* que debe atribuírsele en el Acta Constitutiva, al que usualmente se incluye la palabra fundación, seguida de una mención referente a su objeto, si bien no es obligación legal, pero se estima conveniente.

Las fundaciones privadas tienen *domicilio general* propio distinto del domicilio del fundador (o fundadores), libremente señalado en el Acta Constitutiva, independientemente del lugar donde tenga realidad su asiento principal.

Finalmente, por cuanto las fundaciones privadas son un patrimonio destinado a un fin de utilidad pública, las mismas se encuentran, de acuerdo con el Art. 21 del CC, sometidas a la “supervigilancia del Estado”, por intermedio de los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, ante los cuales deben rendir cuenta los administradores, conforme a los Estatutos de la fundación y de acuerdo con el ejercicio de la actividad que se establezca.

⁴³ AGUILAR GORRONDONA, J. L. (2011). *Personas. Derecho Civil I*, 24 edición revisada, Caracas, UCAB, 417.

Así las cosas, en tanto que personas jurídicas, en nuestro país durante mucho tiempo sólo existían las fundaciones civiles o de Derecho privado o “fundaciones lícitas de carácter privado” —“fundaciones privadas”—, por oposición a las personas de Derecho público a las que el Código Civil califica también con carácter general como de “carácter público”.

Por último, las fundaciones privadas se extinguen por las causas establecidas en su Acta Constitutiva o en sus Estatutos. Además, el Art. 23 del CC dispone que se extinguen cuando existe una imposibilidad sobrevenida de alcanzar su objeto, sea material o legal. En tales casos, el Código Civil prevé que el respectivo Juez de Primera Instancia, oída la administración de la fundación si fuera posible, podrá disponer la disolución de ésta y pasar sus bienes otra fundación o institución. Pero también podría hacer uso de la facultad de modificar el objeto de la fundación, de conformidad con el Art. 22 *eiusdem*.

2°. *Fundación estatal*

§21. Planteamiento — En nuestro país las fundaciones civiles han venido manifestando desde hace tiempo una especial importancia para el Estado, pues se trata de personas jurídicas de Derecho privado que también sirven a la realización de los fines de interés general o público. En tal sentido, a partir de la década de los sesenta, la forma jurídica privada denominada fundación civil se ha utilizado como instrumento por parte del Estado para la promoción y prestación de servicios y demás actividades de interés público.

§22. Criterios — Es sabido que en el Derecho administrativo se presenta muy comúnmente el fenómeno de la adaptación de las instituciones o categorías del Derecho civil. Esto es, son categorías que han sido trasladadas al Derecho administrativo. Pero también se presenta el proceso donde se reconoce ya no sólo la recepción, sino que una vez receptadas en el ámbito administrativo empieza un proceso de diferenciación o especificidad, de derogación al Código Civil, creándose al efecto categorías nuevas. Tal sucede con las denominadas doctrinariamente “fundaciones estatales”, en función de los criterios siguientes:

En primer lugar, desde el punto de vista *subjetivo*, a las fundaciones estatales se les asigna el calificativo de “estatal”— en consideración a la circunstancia de que el sujeto fundador (o fundadores) tiene naturaleza pública.

En segundo lugar, desde el punto de vista *patrimonial*, tiene que ver con el sujeto público fundador que realiza el aporte inicial de origen también estatal, para configurar el patrimonio de la fundación.

En tercer lugar, desde el punto de vista de la *gestión* de la fundación, la organización y dirección estatutaria que se adopte y que vincule o no a la fundación con el sujeto público fundador (o fundadores).

Y por último, desde el punto de vista *sustantivo*, la diferencia surge del diverso régimen jurídico que rige a ambas: para la fundación privada, el régimen jurídico será preponderantemente de Derecho privado; mientras que para las

fundaciones estatales, están sujetas a un régimen jurídico preponderantemente de Derecho público.

De lo anterior surge claramente la diferencia entre la fundación privada y la denominada doctrinaria y legalmente “fundación del Estado”. En cualquier caso, se trata de una manifestación del concepto genérico de fundación estatal, fundación pública, o fundación nacional, como indistintamente se la denomina.

En mérito a lo antes expuesto, se observa que aparte del régimen jurídico sectorial a través del cual el Ordenamiento jurídico rige la participación tanto del sector público como del sector privado en el ejercicio de las actividades artísticas, científicas, literarias, benéficas y sociales en general, las modalidades que esta intervención por parte de la República, estados, distritos metropolitanos, municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente pueden adoptar a través de las fundaciones estatales están sujetas, adicionalmente, a todo un Ordenamiento jurídico de Derecho Público, en su condición ya sea de: 1.º las fundaciones del Estado; o ya 2.º de las fundaciones privadas subvencionadas por el Estado Constitucional, como pasamos analizar a continuación.

ii. Fundación del Estado

1.º. *Concepto*

§23. Planteamiento — La doctrina venezolana⁴⁴ señala que dentro de la tipología de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la figura de la fundación estatal denominada legalmente en nuestro país: “fundación del Estado”, como afectación permanente y exclusiva del patrimonio público a la consecución de fines de interés público, ha quedado integrada a una de las dos grandes estructuras de organización de la Administración Pública: esto es, la Administración Pública descentralizada funcionalmente y, por ende, al conjunto de personas jurídicas –públicas y privadas– que constituyen o integran el complejo organizativo del Estado Constitucional.

En tal supuesto, esto es, aun cuando el acto fundacional se produce dentro del campo del Derecho privado, al igual que las ya analizadas fundaciones privadas, se está en presencia de las denominadas fundaciones del Estado, por estar constituidas, dotadas y gestionadas por el Estado, las cuales constituyen una categoría administrativa para la realización descentralizada de los fines estatales. En tal sentido, el Art. 28 de las NFASCE dispone expresamente que las disposiciones del Código Civil se aplicarán a las instituciones regidas por el Decreto de las citadas normas, tales las fundaciones del Estado, siempre y “en cuanto no colidan con las previsiones del Decreto”.

⁴⁴ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 18, 469 a 488; y GARRIDO ROVIRA, J., *Ob. cit.*, nota 21, 29.

En mérito a lo antes expuesto, nos interesa determinar desde el punto de vista del Derecho positivo, cuál es el régimen jurídico de Derecho público al cual estarán sometidas las fundaciones del Estado.

§24. Concepto jurídico-positivo — Al respecto hay que señalar que en el Derecho positivo, el Art. 4 de las NFASCE procedió a definir las fundaciones del Estado en los términos siguientes:

Artículo 4°. Se consideran Fundaciones del Estado a los efectos del presente Decreto aquellas en cuyo acto de constitución haya participado cualquiera de los entes señalados en el artículo 2, de tal forma que su patrimonio inicial en más de cincuenta por ciento (50%) se haya hecho con aporte de dichos entes [...].

Por su parte, posteriormente el Art. 110 de la LOAP, define de modo más amplio a las fundaciones del Estado en los términos siguientes:

Artículo 110. Son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio está afectado a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, o social, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, 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, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento.

Igualmente, son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores.

De las disposiciones transcritas se desprenden claramente los elementos que caracterizarían a las fundaciones del Estado. En efecto, se trata de la afectación de su patrimonio público a un objeto de utilidad general, en cuyo acto de constitución participa el Estado *latu sensu*, esto es, la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el Art. 110 de la LOAP y el Art. 2 de las NFASCE, individual o colectivamente considerados, y siempre que su patrimonio fundacional inicial se realice con aportes públicos del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50 %) (Art. 110, *eiusdem*).

2°. Elementos

§25. Planteamiento — De la interpretación concordada de las disposiciones de la LOAP y de las NFASCE relacionadas con la calificación de las fundaciones del Estado, se evidencian los elementos que las caracterizan, a saber: (i) el elemento subjetivo; (ii) el elemento objetivo; y por último (iii) el elemento patrimonial.

§25.a Elemento subjetivo — El término “Estado” que emplean ambos textos normativos para definir las fundaciones estatales, no sólo corresponde a

la República —que es la persona jurídica pública mayor—, sino que alude a un grupo de personas jurídicas que podríamos llamar “estatales” o del “sector público”, y que participan solas o conjuntamente en el acto de constitución, así:

En primer lugar, pueden participar los *entes públicos territoriales*:

- La República Bolivariana de Venezuela, a través de los órganos de la Administración Pública Central⁴⁵.
- Los estados federales⁴⁶.
- Los distritos metropolitanos⁴⁷.
- Los municipios⁴⁸.

En segundo lugar, pueden participar los *entes descentralizados funcionalmente*, tanto de Derecho público como de Derecho privado:

- Los institutos autónomos⁴⁹ y demás entes de Derecho público como los institutos públicos⁵⁰.
- Las empresas del Estado, de primer y segundo grado⁵¹.
- Las asociaciones y sociedades civiles del Estado, de primer y segundo grado⁵².
- Y por último, las fundaciones del Estado, de primer y segundo grado⁵³.

§25.b Elemento objetivo — Las fundaciones del Estado al ser personas jurídicas de Derecho privado, de acuerdo con el Art. 20 del CC, sólo podrán crearse con un *objeto* o fin que, además de ser posible, lícito y determinado tiene que ser, además, de utilidad general: esto es, “artístico, científico, literario, benéfico o social”.

§25.c Elemento teleológico — La actividad de la Administración Pública habrá de enderezarse siempre a la satisfacción del interés público, sometándose a los fines que la justifican según el Art. 142 de la C, y susceptible del control jurisdiccional (Art. 259 de la C). Si bien la creación de entes descentralizados funcionalmente de naturaleza fundacional es también legalmente posible, sin embargo, está sujeta a la condición de que la actividad de utilidad pública que se vaya a desarrollar con la fundación del Estado sea una actividad de indudable interés público, apreciable y apreciado en el momento de su creación en todos sus aspectos —técnico, económico, social y jurídico— para determinar

45 *Vid.* Art. 2, letra a) de las NFASCE, en concordancia con el Art. 109 de la LOAP

46 *Vid.* Art. 110 de la LOAP

47 *Vid.* Art. 110 de la LOAP

48 *Vid.* Art. 110 de la LOAP

49 *Vid.* Art. 2, letra b) de las NFASCE, en concordancia con el Art. 98 y 110 de la LOAP

50 *Vid.* Art. 2, letra b) de las NFASCE, en concordancia con el Art. 99 y 110 de la LOAP

51 *Vid.* Art. 2, letra c) y d) de las NFASCE, en concordancia con el Art. 103 y 110 de la LOAP

52 *Vid.* Art. 2, letra c) y d) de las NFASCE, en concordancia con el Art. 110 y 116 de la LOAP.

53 *Vid.* Art.2, letra e) y Art. 4 de las FASCE, en concordancia con el Art. 110 de la LOAP.

teleológicamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa que se cree *ex nihilo* una fundación del Estado o se adquiera una ya establecida que ejerza tal o cual concreta actividad de utilidad general.

En efecto, la Constitución exige una justa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de utilidad, lo cual no es compatible con la creación de entes descentralizados carentes de justificación (Art. 330 de la C). Se trata, pues, del poder del Estado de participar como miembro fundador en cualquier tipo de actividades de utilidad pública, pero siempre vinculado a la satisfacción del interés público al cual debe servir, a través de diversas formas jurídicas, ya de Derecho público o ya de Derecho privado. Cualquiera que sea la forma jurídica con que tales entes descentralizados funcionalmente se presentan, es característica común a todos el tratarse siempre y en todo caso de instrumentos utilizados por el Estado para conseguir sus fines de interés público.

En este orden de ideas, la LOAP establece una condición especial de licitud relativa a la causa, también en el caso de los estatutos fundacionales en los que sea parte alguno de los titulares de la potestad organizativa en materia de creación o constitución de personas jurídicas de Derecho privado. Se trata de una condición análoga a la que rige en Derecho administrativo, en relación con la motivación (Arts. 9 y 18, numeral 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos —LOPA—)⁵⁴ y finalidad (Art. 12 de la LOPA) de los actos administrativos. Nos referimos a la precisión que realiza el Art. 29 de la LOAP, al establecer que los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente “cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la presente Ley”.

Esto significa, pues, que la fundación del Estado, no sólo debe perseguir un objeto que, además de ser posible, lícito, determinado y de utilidad general, como correspondería a cualquier fundación de Derecho privado que se rija por el Código Civil; sino que la LOAP exige, además, que el fin fundacional corresponda a una necesidad para el mejor cumplimiento de los fines del Estado Constitucional, con respecto a la esfera de intereses y funciones de cada fundación del Estado individualmente considerada, so pena de ser contrario a la ley.

§25.d Elemento patrimonial — Finalmente, el criterio legal determinante para la calificación de las fundaciones del Estado es el criterio patrimonial.

En primer lugar, hace referencia al carácter mayoritario de la participación de sujetos estatales o del sector público en el patrimonio fundacional, esto es, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes públicos del Estado Constitucional en sentido amplio, en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50 %).

54 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818 Extr., del 1-7-1981.

A tales efectos, el Art. 4 de las NFASCE contiene una definición vectorial del patrimonio de las fundaciones del Estado en los términos siguientes:

Artículo 4. [...]

A los efectos de este artículo se entiende que el patrimonio de una fundación estará constituido en cualquier momento por el conjunto total de sus activos menos su pasivo.

En tal sentido, de la disposición transcrita surge que por patrimonio se debe entender el conjunto de los bienes afectados de forma permanente al cumplimiento del objeto fundacional, mientras que el pasivo lo representa el conjunto de las obligaciones de la fundación del Estado.

Y en segundo lugar, es sabido que también el Estado realiza con frecuencia aportes o asignaciones públicas de importancia a instituciones similares, tales como las fundaciones privadas, constituidas y dirigidas por particulares, esto es, personas naturales o jurídicas de Derecho privado. Este aspecto también interesa en esta oportunidad, pues se trata de “subvenciones administrativas”, es decir, de la realización de una típica actividad administrativa de fomento (Araujo-Juárez)⁵⁵ a las actividades privadas, y que interesan también al régimen jurídico administrativo.

En este orden de ideas debemos señalar que el Art. 4 de las NFASCE definió un segundo supuesto de fundaciones del Estado, también sobre la base del criterio patrimonial en los términos siguientes:

Artículo 4º. Se consideran Fundaciones del Estado a los efectos del presente Decreto aquellas [...] cuando su patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores.

Por su parte, el Art. 109 de la LOAP también recepta este otro supuesto de las fundaciones del Estado en los términos siguientes:

Artículo 110. [...]

Igualmente, son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio pasa a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores.

En consecuencia, de las disposiciones transcritas se destaca la importancia del elemento patrimonial, al considerarse jurídicamente que son igualmente fundaciones del Estado aquellas fundaciones privadas cuyo patrimonio pase a estar integrado, por supuesto después de haber sido constituidas, en la misma

55 ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 18, 486.

proporción, esto es, un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50 %) por aportes públicos de los entes señalados en el **§25.a**, independientemente de quienes hayan sido sus fundadores.

En mérito a lo anterior, se puede sostener que las disposiciones tanto de las NFASCE como de la LOAP amplían el concepto de fundaciones del Estado, también a aquellas fundaciones que aun siendo constituidas inicialmente como fundaciones privadas, después su patrimonio pasa a estar integrado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50 %) con aportes o asignaciones públicas de cualesquiera de los mencionados sujetos del sector público, independientemente de quienes haya sido el fundador (o fundadores).

No hay duda alguna que tales disposiciones implican un cambio de estructura jurídica de la fundación privada, pues al aplicarse las referidas normas la convierten sobrevenidamente en una fundación del Estado y, en consecuencia, pasan a formar parte de la estructura del Estado y, por consiguiente, sujeta al régimen jurídico preponderantemente de Derecho público. Y por si fuera poco, todo este conjunto normativo tiene sin duda importantes implicaciones y efectos sobre las actividades socio-culturales que constituyen el objeto social de las fundaciones del Estado.

En tal sentido, sostiene la doctrina⁵⁶, para que operen las normas en cuestión, los referidos aportes patrimoniales públicos deben consistir en una variación del patrimonio de la fundación privada, y traducirse en un activo circulante o en un activo fijo destinado al objeto fundacional, para que puedan tomarse en cuenta a los efectos de la aplicación del Art. 4, 1° ap. de las NFASCE y Art. 110, 1° ap. de la LOAP.

Cosa distinta sucede con aquellos aportes o más propiamente subvenciones administrativas que persiguen solo dar soporte económico y financiero a programas y proyectos específicos a cargo de la fundación privada. En estos casos, no se produce la conversión de la fundación privada, pues seguirá siendo privada, y el control público sobre la misma estará referido solo al control que se realizará sobre la aplicación o corrección de los referidos aportes públicos.

3°. Creación

§ 26. Planteamiento de la cuestión — Los órganos y entes de la Administración Pública en general están dotados por la Constitución y la ley de la “potestad organizativa”. Por tanto, la República, los estados, distritos metropolitanos y municipios en tanto personas jurídicas territoriales de carácter público, así como todos los demás órganos y entes descentralizados funcionalmente, en el marco de un conjunto de reglas y principios jurídicos, en principio, están facultados para crear, modificar y suprimir órganos y entes descentralizados funcionalmente. La normativa general que rige la potestad

56 GARRIDO ROVIRA, J. *Ob. cit.*, nota 21, 36.

organizativa pública está, pues, contenida y regulada con carácter general en la mencionada LOAP.

En tal sentido, debemos señalar que la creación o constitución de las fundaciones del Estado está sometida al cumplimiento de reglas formales, además de las generales por reglas especiales de fondo que serán aquí analizadas.

Ahora bien, desde el punto de vista formal, en cuanto a las normas que rigen las fundaciones del Estado como institución jurídico-administrativa, estas se rigen esencial o preponderantemente por el Derecho público. En consecuencia, en la medida en que las modalidades de participación del Estado en el ejercicio de actividades sociales impliquen la creación o constitución de fundaciones el Estado, las disposiciones de la LOAP y de las NFASCE también les resultan directamente aplicables, como analizaremos a continuación.

a) *Autorización administrativa*

§ 27. Concepto — Dentro de las distintas clasificaciones que existen sobre el acto administrativo habilitante, se señala a los actos administrativos que modifican el estatuto jurídico existente, dentro del cual se menciona a la autorización administrativa. La autorización administrativa es, pues, una técnica jurídica del sistema de intervención administrativa.

Ahora bien, el acto administrativo autorizador o *autorización administrativa* tiene un doble alcance jurídico (Araujo-Juárez)⁵⁷:

- (i) Como acto de *habilitación* o *permisión*, cuando la autoridad administrativa confiere habilitaciones de cualquier naturaleza a los administrados en ejercicio de la función de policía administrativa.
- (ii) Y como acto de *fiscalización* o *control*, cuando un órgano faculta a otro órgano o ente de la Administración Pública a emitir determinado acto o realizar alguna actividad. Es en este último sentido que lo emplea la LOAP.

§28. Requisito — De conformidad con lo dispuesto en Art. 3 de las NFASCE, en concordancia con el Art. 110 de la LOAP, los organismos y entes del sector público mencionados en el **§ 25.a**, sólo podrán crear o constituir a su vez otras fundaciones del Estado, previa obtención de una *autorización administrativa*, y en conformidad con las demás disposiciones aplicables.

Se trata, por tanto, de un *requisito* de carácter general, que no tiene ninguna excepción en la propia LOAP, y tampoco en otra disposición de rango legal. Por tanto, no podría interpretarse que una norma de rango sub-legal podría excepcionar a organismo alguno de tal requisito, por la simple razón de que no es admisible que pudiera establecerse en la regulación interna de un ente

⁵⁷ ARAUJO-JUÁREZ, J. (2022). *El acto administrativo. Antecedentes. Régimen jurídico. Nulidad administrativa*. Santiago, Ediciones Olejnik, 193 y ss.

descentralizado funcionalmente como lo sería un Estatuto, la sustitución o derogación de normas que, además de legales son de orden público.

Así las cosas, la autorización administrativa se deberá proferir, según corresponda, mediante la forma jurídica de que señale el Ordenamiento jurídico respectivo. En el caso de fundaciones del Estado de carácter nacional es un *decreto* que de acuerdo con el Art. 15 de las LOPA, es la decisión de mayor jerarquía dictada por el Presidente de la República, y que debe además debe ser refrendado por todos los Ministros cuando es adoptado en Consejo de Ministros, tal como lo exigen el Art. 3 de las NFASCE y el Art. 111 de la LOAP.

En efecto, dispone el Art. 3 de las NFASCE, lo siguiente:

Artículo 3. Los organismos a que se refiere el artículo anterior sólo podrán constituir fundaciones y tener participación en asociaciones y sociedades civiles, con la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros y en conformidad con las disposiciones del presente Decreto.

De la misma manera, el Art. 111 de la LOAP, ratifica la disposición en términos siguientes:

Artículo 111. La creación de las fundaciones del Estado será autorizada respectivamente por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes. [...].

Por tanto, la creación o constitución de las fundaciones del Estado está sometida, además de las disposiciones que consagra con carácter general el Código Civil, al requisito inexcusable de la obtención de la autorización administrativa, que viene a ser una manifestación de la función administrativa de control de tutela sobre los órganos y entes de la Administración Pública.

En tal sentido, la autorización administrativa deberá ser expedida respectivamente por:

- (i) El *Presidente de la República en Consejo de Ministros*, si se trata del nivel nacional.
- (ii) Los *gobernadores*, si se trata del nivel estatal.
- (iii) Y por último, los *alcaldes* si se trata del nivel distrital o municipal.

§ 29. Contenido — Por otro lado, el Art. 113 de la LOAP dispone que en el instrumento jurídico que acuerde la creación de la fundación del Estado, esto es, la autorización administrativa, se deberá indicar:

- (i) El *valor* de los bienes que integran el patrimonio fundacional.
- (ii) La *forma* en que serán dirigida y administrada.
- (iii) Los *mecanismos* para la designación de los miembros de la directiva, garantizándose que en el mismo tengan participación los órganos del sector público vinculados con el objeto de la fundación del Estado.

§30. Archivo — Además, el Art. 111 de la LOAP dispone que junto con la protocolización del acta constitutiva de la fundación del Estado en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, se deberá *archivar* un ejemplar auténtico de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el instrumento jurídico —autorización administrativa— que autorice su creación.

§31. Nulidad absoluta — Por último, se debe mencionar que el requisito de la autorización administrativa es exigido con carácter general, no sólo por su consagración en una norma de rango legal (NFASCE), sino también en una norma que además ostenta el carácter de orgánica (LOAP).

Además, por cuanto la figura de la autorización administrativa exigida en ambos instrumentos legales es una manifestación de la función del control público, reviste el carácter de norma de orden público, que no podrá ser derogada, contrariada o excepcionada sino por una disposición del mismo rango legal orgánico. De consiguiente, el incumplimiento de un trámite esencial por parte de la Administración Pública, esto es, la ausencia u otorgamiento irregular de la autorización administrativa que exigen expresamente tanto las NFASCE como la LOAP, hace que el órgano o ente público fundador (o fundadores) incurra en el vicio de falta de legitimación que acarrea la nulidad absoluta del acto de creación o constitución de que se trate.

Ahora bien, en el caso del vicio de falta de legitimación como lo hemos sostenido en otra obra nuestra⁵⁸, no es la competencia del órgano lo que está faltando, pues se trataría siempre del órgano competente o con capacidad jurídica para crear o constituir la fundación del Estado de acuerdo con su régimen; el defecto se encuentra en esa otra circunstancia habilitante para ejercer la competencia o capacidad preexistente en un determinado caso, como es el requisito de la obtención de la autorización administrativa para crear o constituir fundaciones del Estado.

En efecto, dentro del vicio de falta de legitimación, la jurisprudencia⁵⁹ menciona la ausencia de ciertas circunstancias habilitantes tales como la falta necesaria intervención de otro órgano dotado de potestad de control, a través del otorgamiento de autorizaciones o aprobaciones administrativas. Sería el caso de la intervención concurrente de varios órganos o entes públicos, y al no constar una de ellas, el acto de que se trate estará viciado de nulidad absoluta y carecerá de toda eficacia, como por ejemplo lo ha sido la ausencia de aprobación del Consejo de Ministros para la medida de reducción de personal⁶⁰.

⁵⁸ *Vid. in extenso* a ARAUJO-JUÁREZ, J. (2020). *La Nulidad del Acto Administrativo*. Edición revisada y actualizada. Santiago, Ediciones Olejnik, 92-93; y Araujo-Juárez, J. (2014). *La Nulidad del Acto Administrativo*. Caracas, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 91.

⁵⁹ Sent. de la CPCA, de fecha 9 de junio de 1983, Julio-Septiembre de 1981, EJV, N° 15, 149 y 150.

⁶⁰ Sent. de la CPCA, de fecha 9 de junio de 1983, RDP N° 15, p. 81.

En tales casos, el vicio no es la incompetencia o falta de capacidad jurídica, sino la falta de la circunstancia habilitante legalmente exigida, y por cuanto la norma que así lo exige es de orden público, y al no estar contemplada ninguna excepción, viciaría de nulidad absoluta el acto de creación o constitución de la fundación del Estado en el caso de que se proceda sin la obtención regular o cumplimiento irregular de la autorización administrativa expedida por la respectiva autoridad competente.

§32. Participación en otras fundaciones del Estado — Las fundaciones del Estado en tanto que personas jurídicas son capaces de obligaciones y derechos. Ahora bien, en tanto categorías jurídico-administrativas también se encuentran sometidas a todo un régimen de Derecho público que pretendemos describir, y que las somete a condiciones, límites y procedimientos establecidos.

Por tanto, según se ha analizado ampliamente en los §25. al §29., de acuerdo con los Art. 2, letra e) y el Art. 3 de las NFASCE, en concordancia con los Arts. 29, num. 1, 110 y 111 de la LOAP, las fundaciones del Estado están también sometidas a la previa autorización administrativa en lo concerniente a la facultad para crear o constituir otras fundaciones del Estado que pudieran denominarse “de segundo grado”.

b) *Acto de constitución*

§ 33. Planteamiento — De acuerdo con la doctrina nacional⁶¹, en términos generales, la creación o constitución de la fundación implica dos actos jurídicos: (i) el *acto de constitución*, que es un acto jurídico del fundador (o fundadores), y que siempre es de carácter unilateral, ya que solo exige el asentimiento de una parte (el fundador o fundadores); y (ii) el *acto de dotación*.

§ 34. Acto de constitución — Las fundaciones en general se constituyen mediante un negocio de Derecho privado de carácter unilateral, que es el *acto de constitución* o acto fundacional, que consiste en la manifestación de voluntad del fundador (o fundadores) de querer crear o constituir una fundación y que se materializa en el Acta Constitutiva.

El acto de constitución de la fundación en general puede ser adoptado por personas naturales o personas jurídicas, de Derecho público o de Derecho privado, estatales y no estatales. En el caso de las fundaciones del Estado, el Estado no crea por vía legal una persona jurídica para atender una determinada actividad, sino que simplemente acude a una forma jurídico-privada o de Derecho privado preexistente, y procede a exteriorizar o realizar el acto de constitución necesario para dar vida, en el marco del Derecho privado, a una persona jurídica que tendrá por objeto la realización de determinadas actividades de utilidad general, vinculadas a los fines del Estado Constitucional.

61 AGUILAR GORRONDONA, J. L., *Ob. cit.*, nota 43, 420.

En mérito a lo antes expuesto, además de contar con la respectiva autorización administrativa, los entes del sector público señalados en el § 25.a, para a crear o constituir una fundación del Estado deben:

- (i) Levantar un *Acta Constitutiva* que exprese: el nombre, el domicilio, el objeto y la forma en que será administrada y dirigida la fundación del Estado, de conformidad con el Art. 19, ord. 3º, 1º ap. del CC.
- (ii) Elaborar los respectivos *Estatutos*, los cuales en la práctica se fusionan con el Acta Constitutiva. Ellos deben contener las disposiciones necesarias para asegurar la gestión —organización y funcionamiento— adecuada al objeto de la fundación del Estado.
- (iii) Es un deber indicar también en el Acta Constitutiva, el *valor de los bienes* que integran el patrimonio de la fundación del Estado, de acuerdo con el Art. 113 de la LOAP.
- (iv) Es también un deber indicar en el Acta Constitutiva, la *forma* en que será dirigida y administrada la fundación del Estado, de acuerdo con el Art. 113 de la LOAP.
- (v) Y por último, se debe indicar en los Estatutos los *mecanismos para la designación* de los demás miembros de la Junta Directiva, garantizándose que en el mismo tengan participación los órganos del sector público vinculados con el objeto fundacional (Art. 6 de las NFASCE y Art. 112 de la LOASP).

§35. Exención de aranceles — De acuerdo con el Art. 111 de la LOAP, los trámites de registro de los documentos referidos a las fundaciones del Estado, estarán exentos del *pago de aranceles y otras tasas* previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral.

§36. Modificación y requisitos — Finalmente, el Art. 7 de las NFASCE dispone que la *modificación* de los Estatutos de la fundación del Estado no podrá hacerse sin la previa aprobación del organismo que ejerza la tutela administrativa. Si la modificación consistiere en un cambio del objeto fundacional, se requerirá la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Por su parte, el Art. 112 de la LOAP dispone que el acta constitutiva, los estatutos, y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado será objeto de *publicación* en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en el respectivo medio de publicación oficial correspondiente, con indicación de los datos de registro.

c) *Acto de dotación*

§37. Concepto — La configuración del patrimonio de la fundación en general se realiza a través del acto o negocio de dotación. Mediante el acto de dotación, el fundador (o fundadores) le transfiere a la fundación los bienes y derechos a

título gratuito. Es pues un acto de disposición, y como tal debe tenerse en cuenta la capacidad o poder jurídico requerido para ello.

En este punto nos remitimos *in totum* al desarrollo que hemos hecho en el §25.d de este ensayo.

d) *Protocolización*

§ 38. Concepto — De acuerdo con el Derecho positivo, las fundaciones privadas, en general y también las fundaciones del Estado, en particular, adquieren la personalidad jurídica con:

- (i) La *protocolización* del acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente a su domicilio (Art. 19, ord. 3° del C C, en concordancia con el Art. 111 de la LOAP).
- (ii) En la Oficina Subalterna mencionada se debe *archivar* también un ejemplar auténtico de: (i) el Acta Constitutiva y/o los Estatutos; y (ii) además por lo que respecta a la fundación del Estado, la Gaceta Oficial o el respectivo medio de publicación oficial correspondiente, donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación, requisito este obligatorio (Art. 111 de la LAOP).

Protocolizada el acta constitutiva de la fundación, e independientemente de la condición jurídica del fundador (o fundadores), desde el momento en que la fundación adquiere la personalidad jurídica, es una persona jurídica nueva y distinta respecto del fundador (o fundadores), administrada y dirigida en principio por sus Estatutos y conforme allí lo dispongan.

En consecuencia, las fundaciones del Estado, si bien constituyen una categoría jurídica regulada predominantemente por el Derecho público, siguen revistiendo la forma o naturaleza de persona jurídica de Derecho privado, puesto que para su constitución no se ha establecido un acto especial de creación distinto al previsto en el Código Civil, si bien sometida su creación a un régimen exorbitante del Derecho común (Procuraduría General de la República)⁶².

§39. Duración — De acuerdo con el Art. 13 de las NFASCE, las fundaciones del Estado tendrán la *duración* que establezcan los Estatutos, pero podrán ser disueltas en cualquier momento, a juicio del Poder Ejecutivo Nacional por órganos del Ministro respectivo.

Ahora bien, el Art. 14 de las NFASCE dispone que la disolución será dispuesta por resolución ministerial que se publicará en la Gaceta Oficial. Al respecto debemos mencionar que la referida disposición en ese aspecto ha quedado derogada, por cuanto lo concerniente a los mecanismos para la supresión y liquidación están ampliamente regulados por las disposiciones del Art. 131 de la LOAP, y son los que resultan aplicables.

⁶² Vid. Dict. de la Procuraduría General de la República. Procuraduría General de la República. *Ob. cit.*, nota 17, pp. 288-309.

Finalmente, la figura de la intervención administrativa de las fundaciones del Estado se regula ampliamente en los Arts. 126 a 130, *eiusdem*.

e) *Gestión pública*

§ 40. Integración legal — Protocolizada el Acta Constitutiva, y desde el momento en que la fundación adquiere personalidad jurídica queda desligada del fundador (o fundadores), pues se trata de una persona jurídica nueva y distinta respecto del fundador (o fundadores), con una organización propia, regida por sus Estatutos y dirigida conforme ellos lo determinen.

En tal sentido, el Art. 19, ord. 3º, ap. 1º del C C exige que en el Acta Constitutiva se indique expresamente “la forma en que será administrada y dirigida”. Por tanto, todo lo concerniente a la *gestión* —dirección y administración— de la fundación del Estado, en principio puede y debe ser determinada en el Acta Constitutiva y/o en sus Estatutos.

Aquí es importante mencionar que de acuerdo con el Derecho privado, el fundador (o fundadores) podría incorporarse al esquema organizativo de la fundación, y aún administrarla y dirigirla, lo cual podrían hacer no por ser fundador (o fundadores), sino porque así se establezca en el Acta Constitutiva.

Sin embargo, otra cosa ocurre con las fundaciones del Estado, pues el Art. 5 de las NFASCE dispone no sólo que los *representantes* de los organismos y personas del sector público fundadores deben ser parte de la *integración* de los órganos de dirección y administración, sino que deben constituir la *mayoría* cuando ordena lo siguiente:

Artículo 4. En la composición de los órganos superiores y directivos de las fundaciones constituidas por los organismos a que se refiere el artículo 2º, los representantes de dichos organismos y personas constituirán mayoría.

En tales casos, el Estado Constitucional y los diversos entes públicos que lo componen, actúan no sólo como fundadores creando fundaciones, sino que también legalmente tiene reservada la dirección y administración de las fundaciones del Estado y, por ende, opera *ope legis* la publicación de la gestión de las fundaciones del Estado, circunstancia por la cual se las considera formando parte de la estructura del Estado Constitucional, concretamente, como parte de la Administración pública descentralizada funcionalmente.

Finalmente, los empleados de las fundaciones del Estado se registrarán por la legislación laboral ordinaria (Art. 115 de la LOAP).

§41. Representantes — Por lo que respecta a los representantes de los organismos y entes públicos en las fundaciones del Estado, así como el Presidente de las mismas, son de *libre nombramiento y remoción* por el organismo que ejerza la tutela administrativa, de acuerdo con el encabezamiento del Art. 6 de las NFASCE que dispone lo siguiente:

Artículo 6. Los representantes de los organismos públicos, así como el Presidente de la Fundación serán de libre nombramiento y remoción por el organismo que ejerza la tutela.

Finalmente, el Art. 6 de las NFASCE dispone que en los Estatutos de la fundación se establecerán los *mecanismos para designación de los demás miembros del Consejo Directivo*, procurándose que en el mismo tengan participación los diversos organismos representativos del sector público, vinculados con el objeto de la fundación.

§42. Participación de los particulares — Por último, es pertinente recordar que la presencia como fundadores de los entes mencionados en el **§ 25.a**, actuando solos o conjuntamente, la afectación del aporte del patrimonio público en el porcentaje establecido en el **§ 25.d**, y el derecho de reserva de la gestión pública referido en los **§ 40.** y **§ 41.**, son elementos absolutamente necesarios para la constitución de fundaciones del Estado.

Pero también debemos mencionar que si el fundador (o fundadores) públicos lo considera necesario y conveniente para la consecución del objeto propio de la fundación del Estado, puede convocar a participar también como fundadores en la constitución y dirección a los particulares, esto es, a personas naturales en nombre propio o a personas jurídicas de Derecho privado; e incluso podría incorporarlos al esquema organizativo de la fundación del Estado, y aún hacerlos participar en la administración y dirección, lo cual podría hacer no por ser fundador (o fundadores), sino porque así lo establezca en el Acta Constitutiva correspondiente.

En todo caso, la participación de los particulares en las fundaciones del Estado, tanto en la constitución como en la integración de los órganos superiores y directivos, siempre constituirán minoría a los efectos consiguientes.