



**Dictámenes** es una publicación  
de la **Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela**  
Dirección de Información Técnica y Cooperación,  
piso 18, edificio de la Contraloría General de la República,  
Avenida Andrés Bello, sector Guaicaipuro, Caracas 1050 - Venezuela.  
**Teléfonos:** 508-3402 y 508-3656 **Fax:** 571-8402  
**Correo electrónico:** [dityc@cgr.gov.ve](mailto:dityc@cgr.gov.ve)  
**Diseño de portada:** Oscar Hurtado Mattey  
**Diagramación:** Sabú Tovar M.  
**Depósito Legal:** PPO 196308DF15  
**ISBN:** 980-6151-24-0

# dictámenes

de la Dirección General  
de los Servicios Jurídicos de la  
Contraloría General de la República

2000

---

N° XVI



## CONTENIDO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	13
<b>ADMINISTRACIÓN CENTRAL</b>	
Naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional. Coexistencia de dos órganos de control interno que pueden controlar su actividad. Órgano competente para abrir y sustanciar las averiguaciones administrativas (Oficio N° 05-00-00-365 del 7 de febrero de 2000).....	17
<b>ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA</b>	
Prestación de Antigüedad. Inclusión en su cálculo del tiempo transcurrido en un proceso judicial con ocasión de querrela incoada por funcionario a causa de un acto de retiro declarado nulo por el Tribunal (Oficio N° 04-02-78 del 17 de mayo de 2000).....	39
Formulación y ejecución de la política de privatización. Competencia del Fondo de Inversiones de Venezuela para seleccionar bienes y servicios a privatizar. Responsabilidad en caso de no ser aprobada la política de privatización formulada (Oficio N° 04-02-92 del 31 de julio de 2000).....	39
Competencia del Presidente del Fondo de Inversiones de Venezuela para dictar normas internas que regulan actividades directamente vinculadas con la administración y manejo de los recursos y bienes del Instituto (Oficio N° 04-02-104 del 13 de septiembre de 2000).....	44
Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAIM). Competencia para administrar los ingresos percibidos por la prestación del servicio de radioayuda (Memorándum N° 04-04-308 del 20 de diciembre de 2000).	47
Régimen de personal de la C.A. Metro de Caracas (Memorándum N° 04-02-310 del 20 de diciembre de 2000).....	52

## **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Movilización de recursos recaudados por concepto de tasas por servicios de aduanas, afectados por la Ley Orgánica de Aduanas a necesidades del servicio aduanero (Memorándum N° 04-02-197 del 18 de agosto de 2000).....	55
Administración Municipal. Sistema de Autoseguro. Procedencia (Memorándum N° 04-02-287 del 30 de noviembre de 2000).....	59

## **AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS**

Inmunidad. Posibilidad de seguir el procedimiento de averiguación administrativa a funcionarios públicos que gozan de la inmunidad prevista en la Constitución de la República cuando existen indicios de la comisión de actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad administrativa (Memorándum N° 04-00-00-027 del 21 de marzo de 2000).....	75
Fundaciones. Crédito Público. Prohibición (Memorándum N° 04-02-124 del 29 de mayo de 2000).....	86
Posibilidad de realizar interrogatorios a través de cuestionarios escritos, a las personas indiciadas, citadas conforme al artículo 119 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando esas personas tengan imposibilidad de comparecer (Memorándum N° 04-02-131 del 6 junio de 2000)..	86
Documentos que han de integrar los expedientes de averiguaciones administrativas (Memorándum N° 04-02-159 del 21 de junio de 2000).....	92
Competencias para abrir, sustanciar y decidir averiguaciones administrativas. Competencia para imponer la sanción de destitución (Oficio N° 04-02-88 del 26 de junio de 2000).....	97
Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99 (Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000).....	104
Apertura y sustanciación de averiguaciones administrativas por el órgano de control interno de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (Dictamen N° DGSJ- 04-02-138 del 7 de agosto de 2000).....	105

Instituto Agrario Nacional (IAN). Inaplicabilidad del primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, respecto del Contralor Interno del Instituto. Competencia para suspender a funcionarios investigados (Memorándum N° 04-02-241 del 5 de octubre de 2000).....	117
Omisión de control previo del compromiso. Incumplimiento de la normativa sobre crédito público (Oficio N° 04-02-129 del 1° de noviembre de 2000)...	120

## **BIENES ESTADALES**

Desincorporación de bienes. Competencia de la Contraloría General del Estado (...) para desincorporar los bienes que le están adscritos (Memorándum N° 04-02-244 del 10 de octubre de 2000).....	125
--	-----

## **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Aplicación de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República por no presentar la declaración jurada de patrimonio. Ejecución forzosa de un acto de ejecución personal, como es la presentación de la declaración jurada de patrimonio. Aplicabilidad de medidas innominadas por el incumplimiento de esa obligación (Memorándum N° 04-02-132 del 8 de junio de 2000).....	131
Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99 (Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000).....	139
Suministro de copias de los Dictámenes Jurídicos y Estudios elaborados por la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Memorándum N° 04-02-210 del 30 de agosto de 2000).....	149
Omisión de comprobantes como fundamento de reparos (Memorándum N° 04-02-272 del 15 de noviembre de 2000).....	149

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Procedimiento para la aplicación, por parte de una Fundación del Estado, de las multas previstas en el artículo 119 de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” (Memorándum N° 04-00-01-07 del 14 de enero de 2000).....	173
--	-----

Remisión de expedientes a la Procuraduría General de la República para hacer efectiva la responsabilidad civil por falta de recuperación de anticipos contractuales. Revisión de Memorándum N° 04-00-01-43 del 10-2-2000 (Memorándum N° 04-02-220 del 5 de septiembre de 2000).....	177
Procedencia de cancelación de obras no convenidas mediante contrato escrito (Memorándum N° 04-02-238 del 3 de octubre de 2000).....	178

## **CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS**

Duración de los contratos de obras. Su renovación o prórrogas (Oficio N° 04-02-128 del 30 de octubre de 2000).....	187
--	-----

## **CONTROL FISCAL**

Interpretación del término “Orden de Pago” al que hace referencia el artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal (Memorándum N° 04-00-01-24 del 25 de enero de 2000).....	193
Competencia de este Organismo para formular reparos en materia de ingresos nacionales a cargo de los contribuyentes (Memorándum N° 04-00-01-29 del 28 de enero de 2000).....	195
Constitucionalidad de disposiciones legales y reglamentarias estatales que regulan Gastos de Seguridad y Defensa (Memorándum N° 04-02-169 del 28 de junio de 2000).....	203
Aplicabilidad de multa por supuesto incumplimiento del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Memorándum N° 04-02-200 del 22 de agosto de 2000).....	205
Procedencia del ejercicio de las funciones de control fiscal sobre sociedades con capital público minoritario (Memorándum N° 04-02-216 del 4 de septiembre de 2000).....	207
Reparos. Procedencia de formularlos con ocasión de los pagos indebidos por concepto de remuneraciones e indemnizaciones efectuados a los interventores de las instituciones financieras intervenidas (Memorándum N° 04-00-233 del 22 septiembre de 2000).....	208
Control que puede ejercer la Contraloría General Estadal sobre un consorcio privado que administra y mantiene un puerto regional (Oficio N° 04-02-245 del 11 de octubre de 2000).....	216



Excepciones al control previo. Causa extraña no imputable (Memorándum N° 04-02-254 del 25 de octubre de 2000).....	218
Procedencia del control previo sobre la adquisición de buques por parte de PDVMarina, S.A. Modificación del criterio sostenido en Dictámenes Nos. DGSJ-1-016 del 9-7-80 y DGSJ-1-79 del 12-8-82 (Dictamen N° 04-02-183 del 20 de diciembre de 2000).....	223

## **CONTROL INTERNO**

Inclusión de los contralores internos entre los funcionarios sujetos a la aplicación del “Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios” (Oficio N° 04-02-87 del 20 de junio de 2000).....	233
--	-----

## **CRÉDITO PÚBLICO**

Fundaciones Municipales, competencia para realizar operaciones de Crédito Público (Memorándum N° 04-02-62 del 29 de marzo de 2000).....	239
Alcance de los literales b) y c) del artículo 4° de la Ley Orgánica de Crédito Público (Memorándum N° 04-02-124 del 29 de mayo de 2000).....	240

## **DERECHO ADMINISTRATIVO**

Carácter de “función pública” de la actividad desempeñada por los “inter-ventores” de instituciones financieras. Ratificación del Dictamen N° 04-02-124 del 2-6-2000 (Dictamen N° 04-02-173 del 25 de octubre de 2000).....	247
---	-----

## **DERECHO LABORAL**

Orden público de la normativa laboral. Principio de la irrenunciabilidad. Procedencia de liquidaciones laborales efectuadas conforme a un régimen interno aprobado por la Junta Directiva de la C.A. Metro de Caracas, para el personal de Dirección o de Confianza (Memorándum N° 04-02-310 del 20 de diciembre de 2000).....	265
--	-----

## **DERECHO TRIBUTARIO**

La exención del Impuesto al Valor Agregado (Oficio N° 04-00-01-21 del 18 de enero de 2000).....	275
---	-----

## **FUNCIÓN PÚBLICA**

Incompatibilidad en el disfrute de dos jubilaciones (Oficio N° 04-00-01-20 del 14 de enero de 2000).....	279
El tiempo de servicios prestado en un organismo internacional, en calidad de contratado, no puede ser tomado en cuenta a los efectos de la jubilación (Memorándum N° 04-00-01-32 del 31 de enero de 2000).....	280
Determinar si el lapso durante el cual un funcionario percibió beca-sueldo puede ser computado a los efectos de la jubilación de este Organismo (Memorándum N° 04-02-61 del 29 de marzo de 2000).....	281
Prestación de Antigüedad. Inclusión en su cálculo del tiempo transcurrido en un proceso judicial con ocasión de querrela incoada por funcionario a causa de un acto de retiro declarado nulo por el Tribunal (Oficio N° 04-02-78 del 17 de mayo de 2000).....	283
Naturaleza jurídica de la figura de los Interventores de entidades financieras y régimen jurídico laboral que resulta aplicable a los mismos (Dictamen N° 04-02-124 del 2 de junio de 2000).....	285
Período de Prueba. Naturaleza Jurídica. Derechos Socio-Económicos de los Funcionarios en período de prueba de la Contraloría General de la República (Memorándum N° 04-02-194 del 16 de agosto de 2000).....	298
Incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos (Oficio N° 04-02-99 del 22 de agosto de 2000).....	302
Ajuste del monto de la pensión de jubilación, en el supuesto de reingreso a la Institución en un cargo de libre nombramiento y remoción (Memorándum N° 04-02-203 del 23 de agosto de 2000).....	305
Incompatibilidad en el ejercicio del cargo de miembro de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia con el ejercicio del cargo de juez (Oficio N° 04-02-103 del 13 de septiembre de 2000).....	308
Requisitos para la jubilación de Concejales a tenor del Artículo 7° del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios -G.O. N° 36.880 del 28-01-2000- (Oficio N° 04-02-108 del 21 de septiembre de 2000).....	309

Impedimento legal para proceder a nombrar al cónyuge de un Alcalde, en alguno de los cargos que conforman su “Tren Ejecutivo” (Oficio N° 04-02-127 del 24 de octubre de 2000).....	310
Incompatibilidades. Disfrute simultáneo de la pensión de jubilación acordada por la Universidad (...) con la remuneración percibida como Contralor Interno de la misma (Memorándum N° 04-02-250 del 19 de octubre de 2000)..	312

## **HACIENDA PÚBLICA NACIONAL**

Compensación de créditos fiscales (Memorándum N° 04-02-235 del 3 de octubre de 2000).....	317
---	-----

## **LICITACIONES**

Improcedencia de la adjudicación directa, de resultar fallida la licitación general (Oficio N° 04-02-83 del 26 de mayo de 2000).....	321
Convocatoria a licitación para la adquisición de la dotación de ropa de trabajo para los trabajadores de la Federación Nacional de Obreros Dependientes del Estado -FENODE- (Memorándum N° 04-02-155 del 20 de junio de 2000).....	322
Adjudicación Directa en el supuesto de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente (Memorándum N° 04-02-162 del 23 de junio de 2000).....	325
Competencia de la Contraloría General de la República para continuar y decidir los procedimientos sancionatorios iniciados con anterioridad a la Ley de Licitaciones de 1999. Aplicación de la sanción contemplada en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dada la ocurrencia de hechos violatorios a la Ley de Licitaciones (Dictamen N° 04-02-177 del 23 de noviembre de 2000).....	326

## **MUNICIPIOS**

Solicitud del control previo para la enajenación de terrenos ejidales (Memorándum N° 04-00-01-48 del 23 de febrero de 2000).....	347
Jubilación de Concejales a tenor del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios (Oficio N° 04-02-108 del 21 de septiembre de 2000).....	353

**RÉGIMEN MUNICIPAL**

Modificación del Presupuesto de Ingresos y Gastos de la Contraloría Municipal (Memorándum N° 04-02-118 del 16 de mayo de 2000)..... 357

**RÉGIMEN PRESUPUESTARIO**

Consecuencia jurídica de la falta de aprobación del presupuesto de una Fundación del Estado (Memorándum N° 04-02-71 del 7 de abril de 2000)..... 365

**RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99 (Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000)..... 369

## **PRESENTACIÓN**

La Contraloría General de la República con el propósito de dar continuidad al proceso de divulgación de su doctrina jurídica, presenta en esta ocasión la publicación N° XVI de los dictámenes elaborados por la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

En esta publicación se recogen las opiniones jurídicas emitidas durante el año 2000 por esta Contraloría General, de los asuntos sometidos a su consideración, en atención a las funciones que le son propias.

Los segmentos que la conforman están referidos a los temas relacionados con Administración Central, Administración Descentralizada, Administración Pública, Averiguaciones Administrativas, Bienes Estadales, Contraloría General de la República, Contratos Administrativos, Contratos de Obras Públicas, Control Fiscal, Control Interno, Crédito Público, Derecho Administrativo, Derecho Laboral, Derecho Tributario, Función Pública, Hacienda Pública Nacional, Licitaciones, Municipios, Régimen Municipal, Régimen Presupuestario y Responsabilidad Administrativa.

Espero que su contenido constituya una útil herramienta de trabajo para los funcionarios de esta Contraloría General y de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal que cumplen funciones de auditoría y control, así como también para las personas interesadas en las opiniones jurídicas de la Contraloría General de la República.

Deseo expresar mi agradecimiento a todos los funcionarios que han hecho posible esta importante publicación y alentarlos para continuar en esta labor que coadyuvará en la mejor prestación de la función pública que tenemos encomendada.

**CLODOSBALDO RUSSIÁN UZCÁTEGUI**  
Contralor General de la República



# **ADMINISTRACIÓN CENTRAL**





*Naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional. Coexistencia de dos órganos de control interno que pueden controlar su actividad. Órgano competente para abrir y sustanciar las averiguaciones administrativas.*

**La Procuraduría Agraria Nacional constituye un órgano desconcentrado de la Administración Central, que ostenta un alto grado de desconcentración, lo que ha llevado a confusiones sobre su naturaleza jurídica. Su régimen es el característico de los órganos de la Administración Central y, consecuentemente, le son aplicables las disposiciones consagradas en el Título III, “Del Control de la Administración Central”, que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. El órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio es el competente para abrir y sustanciar aquellas averiguaciones administrativas en las que aparezcan involucrados funcionarios de la Procuraduría Agraria Nacional.**

Oficio N° 05-00-00-365 del 7 de febrero de 2000.

### **Problema planteado**

(...) el aspecto central sobre el cual se requiere la opinión de esta Dirección se relaciona con el tratamiento que debe darse a la Procuraduría Agraria Nacional. Por tanto, primeramente determinaremos la naturaleza jurídica de dicho organismo y, posteriormente, pasaremos a examinar los demás aspectos planteados.

### **La posición del Ministerio de Agricultura y Cría acerca de la naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional**

En fecha 27 de mayo de 1999, a través del Oficio N° 3102, la Directora General Sectorial de la Consultoría Jurídica del extinto Ministerio de Agricultura y Cría se dirigió a la Procuradora Agraria Nacional con el fin de expresarle su posición respecto a la naturaleza jurídica de la Procuraduría. En esta comunicación, después de hacer una referencia a los antecedentes del Organismo, concluye lo siguiente:

*“Las anteriores precisiones nos permiten concluir que la Procuraduría Agraria Nacional, es un organismo nacional de la Administración Pública Descentralizada, sin personalidad jurídica, con cierto grado de autonomía funcional constituida por el conjunto de atribuciones acordadas en la Ley que le permiten dirigirse, administrarse y dictar normas que inciden sobre su funcionamiento y sobre algunos aspectos de su sistema de personal, con las limitaciones legales y las que emanan del vínculo jurídico con el Ministerio de Agricultura y Cría, cuyo contenido es básicamente de coordinación y control.*”

De acuerdo a esta noción la Procuraduría Agraria Nacional se rige por todas las disposiciones del Derecho Público previstas para los organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional.

Finalmente, por ser su personería jurídica la de la República, la defensa de sus derechos e intereses corresponden al Procurador General de la República, de conformidad con la Ley que rige a este organismo” (cursivas de esta Dirección).

### **Antecedentes legislativos sobre la Procuraduría Agraria Nacional**

En fecha 1° de abril de 1976, se dictó la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, instrumento normativo que en su Título V, “De los Procuradores Agrarios”, artículos 24 y siguientes, reguló lo relativo a la organización y funcionamiento de los Procuradores Agrarios.<sup>1</sup> En su artículo 24 disponía:

“El Presidente de la República, designará al Procurador Agrario Nacional, quien ejercerá la Dirección Superior de la Procuraduría Agraria, la cual tendrá su sede en la Oficina Principal del Instituto Agrario Nacional. Los Procuradores Agrarios ejercerán sus funciones en las regiones o circunscripciones creadas a los fines de la presente Ley y su número será señalado anualmente en el presupuesto del Instituto Agrario Nacional”.

Posteriormente, esta Ley fue reformada parcialmente en fecha 4 de agosto de 1982, incluyendo en el Título V, “De la Procuraduría Agraria Nacional”, las disposiciones relacionadas con esa Institución.<sup>2</sup> El artículo 30 establece:

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, DESIGNARÁ AL PROCURADOR AGRARIO NACIONAL, QUIEN EJERCERÁ LA DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PROCURADURÍA AGRARIA NACIONAL, LA CUAL TENDRÁ SU SEDE EN LA CIUDAD DE CARACAS, PUDIENDO MANTENER OFICINAS LOCALES EN LAS DEMÁS REGIONES DEL PAÍS, Y ESTARÁ ADSCRITA AL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y CRÍA. LOS PROCURADORES AGRARIOS EJERCERÁN SUS FUNCIONES EN LAS REGIONES O CIRCUNSCRIPCIONES ASIGNADAS POR EL PROCURADOR AGRARIO NACIONAL.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial N° 31.007 del 21 de junio de 1976.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 3.015 Extraordinario del 13 de septiembre de 1982.

PARÁGRAFO ÚNICO.- LA PROCURADURIA AGRARIA NACIONAL PRESENTARÁ ANUALMENTE SU PRESUPUESTO DE GASTOS Y FUNCIONAMIENTO A OBJETO DE QUE LAS PARTIDAS CORRESPONDIENTES SEAN INCLUIDAS EN EL MINISTERIO DE ADSCRIPCIÓN”.

También, es de resaltar el contenido del artículo 32 *ejusdem* que, específicamente en sus literales B) y D), contempla:

“...EL CONSEJO DE LA PROCURADURÍA AGRARIA TENDRÁ LAS SIGUIENTES ATRIBUCIONES: (...)

B) DECIDIR LA CREACIÓN DE LOS CARGOS DE PROCURADORES AUXILIARES; (...)

D) REGLAMENTAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA PROCURADURÍA AGRARIA Y DE LOS PROCURADORES AUXILIARES. EL REGLAMENTO DETERMINARÁ ACERCA DEL ESCALAFÓN, ESTABILIDAD, ASCENSO Y COMPETENCIA DE ESTOS FUNCIONARIOS...”.

En fecha 16 de marzo de 1994,<sup>3</sup> se publicó el Reglamento Interno de la Procuraduría Agraria Nacional, el que en su artículo 1º prevé:

“El presente Reglamento tiene por objeto la organización, funcionamiento y competencia de la Procuraduría Agraria Nacional, con el propósito de asegurar su independencia, eficacia y disciplina. Asimismo, de garantizar a sus funcionarios los beneficios que les corresponden por ley”.

En el artículo 5º el Reglamento mencionado establece que la Procuraduría estará integrada por una Dirección Superior y tres niveles: el nivel asesor, el nivel operativo y el nivel desconcentrado. Su Contraloría Interna forma parte, entre otros órganos, del nivel operativo; las funciones de este órgano se encuentran claramente delimitadas en el artículo 14 reglamentario.

Hace pocos meses, el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución de la República y de conformidad con lo dispuesto en el literal a), numeral 1, del artículo 1º de la “Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público”,<sup>4</sup> dictó el Decreto-Ley Sobre Adscripción de

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial N° 4.705 Extraordinario del 16 de marzo de 1994.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial N° 36.687 del 26 de abril de 1999.

Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado,<sup>5</sup> que establecía en el artículo 6°, en su parte pertinente:

“Quedan bajo la adscripción y tutela del Ministerio de la Producción y el Comercio los siguientes Organismos. (...)

- Procuraduría Agraria Nacional (PAN)...”. (El Ministerio de la Producción y el Comercio asumió las funciones que correspondían al llamado Ministerio de Agricultura y Cría).

Recientemente, fue modificado el aludido Decreto-Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado,<sup>6</sup> el que en su artículo 5° no incluyó a la Procuraduría Agraria Nacional como ente adscrito al Ministerio de la Producción y el Comercio.

### **De la naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional**

La naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional constituye un asunto ya examinado en anterior oportunidad por este Organismo. En efecto, en el Dictamen DGSJ-1-8 de fecha 19 de mayo de 1980,<sup>7</sup> emitido bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1976, se analizó lo relativo a la naturaleza jurídica de la Procuraduría, así como otros aspectos relacionados con dicho organismo, como lo son su régimen financiero, sus poderes y facultades y la posibilidad de celebrar contratos. En sus partes más relevantes la aludida opinión expresó:

“No contiene dicha Ley ninguna disposición que atribuya a la mencionada Procuraduría Agraria Nacional personalidad jurídica y patrimonio propio distinto e independiente del Fisco Nacional. A falta de esos requisitos no es posible calificar a dicho ente como un instituto autónomo. El artículo 26 literal e) le confiere autonomía para elaborar su proyecto de presupuesto, pero al establecer el artículo 24 que el número de Procuradores Agrarios será señalado anualmente en el Presupuesto del Instituto Agrario Nacional, debemos entender que ese presupuesto de la Procuraduría Agraria Nacional, estará comprendido en el Presupuesto anual del Instituto Agrario Nacional y así pudo comprobarse en la Distribución Institucional del Presupuesto que distribuye el aporte al Instituto Agrario Nacional entre gastos, propios, subsidios y transferencias y un crédito global afectado específicamente para los gastos de la Procuraduría Agra-

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N° 36.775 del 30 de agosto de 1999.

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.395 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.

<sup>7</sup> Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República. Tomo VI. Edic. de la Contraloría General de la República. 1977-1980. Págs. 68-74.

ria Nacional. Además de esta adscripción presupuestaria al Instituto Agrario Nacional, existe una adscripción de tipo físico a ese Instituto que señala el mismo artículo 24 antes citado, al prever que la Procuraduría Agraria Nacional tendrá su sede en la Oficina Principal del Instituto Agrario Nacional. (...)

De todo lo anterior se deduce que la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios no pretendió crear una estructura organizativa diferente a la existencia (sic) para la realización de funciones que son inherentes a la Reforma Agraria de conformidad con la Ley que la rige, sino conservar, o más exactamente como lo señala el informe de la Comisión de Agricultura y Política Agraria del Senado, no romper la unidad administrativa en la materia, *lo cual significa que la Procuraduría Agraria Nacional se reconoce inserta dentro de la estructura organizativa del organismo creado por la Ley de Reforma Agraria para ejecutar dicha Reforma, pero con atribuciones que exorbitan las normales que se confieren a los órganos situados dentro de una organización jerárquica.* Tal es el sentido de la adscripción al Instituto Agrario Nacional que señala el artículo 24 de la Ley y de las soluciones que quedaron plasmadas en el resto del articulado que rige a la Procuraduría Agraria para garantizar su autonomía de ejercicio aun frente al mencionado Instituto Agrario, en virtud de su particular especialización en la materia que se le atribuye.

*Así la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios al establecer el régimen de la Procuraduría Agraria Nacional la concibe como un ente integrado dentro del complejo orgánico del Instituto Agrario Nacional, pero con una estructura desconcentrada en relación a ese Instituto que le permite el disfrute de autonomía para el ejercicio de sus funciones, que es la forma de conciliar los propósitos de dicha Ley señalados en la Exposición de Motivos del proyecto definitivo elaborado en el seno de la Comisión de Agricultura y Política Agraria del Senado, de garantizar la independencia del Procurador Agrario Nacional y además, por otro lado, evitar que pueda romperse la unidad administrativa que significa la realización de la Reforma Agraria, cuyo organismo integral de ejecución, como antes se expresó, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 154 de la Ley de Reforma Agraria, es el Instituto Agrario Nacional. (...)*

*En cuanto a las atribuciones de control de este Organismo, el principio general es que a los entes desconcentrados se aplica el mismo régimen que corresponde al ente general del cual forma parte, por tanto, la Procuraduría Agraria Nacional está sujeta al régimen de control previsto*

***para los Institutos Autónomos en el Título IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y a las disposiciones generales de control aplicables a esos entes” (cursivas nuestras).***

Como se advierte, en el Dictamen parcialmente transcrito se concibió a la Procuraduría Agraria Nacional como un órgano desconcentrado del Instituto Agrario Nacional, a pesar de que se le reconoció el otorgamiento de atribuciones que exorbitaban las propias de los órganos que integran toda estructura jerárquica.

En este sentido, expresó el Dictamen que la ausencia de personalidad jurídica y de patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, no permite calificar a la Procuraduría como un instituto autónomo, a lo que se agrega la dependencia física y la inclusión de su presupuesto en el del Instituto Agrario Nacional; no obstante, le reconoció el otorgamiento de una autonomía particular que le ha sido asignada por el legislador, con el fin de garantizar el cumplimiento de la especial materia que le fue atribuida.

Consideramos que esas razones que fueron sostenidas en el comentado Dictamen permanecen vigentes, aunque creemos necesario analizar nuevamente el punto, dado el tiempo transcurrido que nos coloca frente a un marco normativo un tanto diferente, lo que hace propicio efectuar las precisiones siguientes:

Primeramente, se debe aclarar que la Reforma Parcial de la que fue objeto la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en fecha 4 de agosto de 1982, adscribió la Procuraduría Agraria Nacional al Ministerio de Agricultura y Cría, de manera distinta a como lo hizo la Ley de 1976, que la adscribió al Instituto Agrario Nacional. Pues bien, la Ley de 1982, en su artículo 30, Parágrafo Único, enfatizó que las partidas del presupuesto de gastos de la Institución serían incluidas en el presupuesto del Ministerio de adscripción. Esto pudiera permitir afirmar, en principio, que la única modificación legislativa sufrida por la Procuraduría, respecto del Dictamen referido, viene determinada por la variación del órgano de adscripción que dejó de ser el Instituto Agrario Nacional, en el que ya tampoco estarían incluidas las partidas del presupuesto de gastos que corresponde a la Institución examinada, lo que nos podría conducir a señalar, sin más, que se trata de un órgano desconcentrado de la Administración Central.

No obstante, lejos de ello, resulta necesario examinar con detenimiento la Institución, toda vez que existe por parte de la Consultoría Jurídica del extinto Ministerio de Agricultura y Cría un criterio conforme al cual nos encontramos ante un órgano de la Administración Descentralizada, cuyo régimen es el aplicable a los entes descentralizados.

Para definir, entonces, la naturaleza jurídica de la Procuraduría Agraria Nacional tenemos que referirnos a los criterios que la doctrina ha esbozado sobre la descentralización y la desconcentración, y examinar la Institución comentada a la luz de esos criterios. En tal sentido, se observa:

Acerca de la descentralización, *Enrique Sayagues Laso*, en su “*Tratado de Derecho Administrativo*”,<sup>8</sup> señala como caracteres esenciales comunes:

- a) *La descentralización supone el otorgamiento de la personalidad jurídica al servicio.* (...)
- b) Deben existir determinados asuntos que interesen especialmente a la colectividad que se personifica o que requieran una administración individualizada. La existencia de esos asuntos propios determina la especialidad del ente.
- c) Los servicios descentralizados son dirigidos por autoridades propias. En opinión de algunos autores éstas deben ser designadas por elección, a fin de independizarlas del poder central. Pero se objeta que ese elemento no es esencial en la descentralización, ya que pueden existir y existen servicios descentralizados cuyas autoridades son nombradas, en todo o en parte, por el poder central.
- d) Asimismo es imprescindible la existencia de un patrimonio y la disponibilidad de recursos propios o, por lo menos, recursos del presupuesto nacional afectados especialmente al servicio.
- e) Los órganos descentralizados actúan con autonomía más o menos amplia, es decir, disponen de poderes de decisión en grado variable; paralelamente, la autoridad central tiene poderes de contralor (sic) de amplitud también variable” (cursivas nuestras).

También, en ese orden de ideas, *Héctor Jorge Escola*<sup>9</sup> expresa:

*“La descentralización (...) se caracteriza porque en ella los órganos administrativos descentralizados aparecen con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, con un patrimonio que le es afectado y que aparece como propio, y con poderes de decisión y resolución que le han sido especialmente transferidos”* (cursivas nuestras).

Por su parte, *Jesús Caballero Ortiz*,<sup>10</sup> señala que la nota característica de la descentralización funcional la constituye la personalidad jurídica. Refiere:

---

<sup>8</sup> Sayagues Laso, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”. Clásicos Jurídicos Uruguayos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Fundación de Cultura Universitaria. 6ta. Edic. Uruguay. 1988. Págs. 225-235.

<sup>9</sup> Escola, Héctor Jorge. “Compendio de Derecho Administrativo”. Vol. I. Edic. De Palma. Buenos Aires. 1990. Págs. 278-283.

<sup>10</sup> Caballero Ortiz, Jesús. “Los Institutos Autónomos”. Edit. Jurídico- Venezolana. Caracas. 1986. Págs 30-35.

*“...la descentralización funcional se presenta hoy con una nota que le es característica, la existencia de una personalidad jurídica propia (...) La descentralización funcional supone la existencia de una persona jurídica distinta de la República, pero que forma parte de su propia organización administrativa. ¿Por qué se crea un nuevo ente o por qué se le hace ingresar dentro de la Administración Pública, conservando su propia personalidad? La razón obedece a una necesidad práctica: para mantener su propia individualidad patrimonial, financiera y presupuestaria. Históricamente la razón puede encontrarse, primordialmente, en la necesidad de escapar a las reglas que rigen el presupuesto del Estado. El ente descentralizado funcionalmente tiene sus propios ingresos, los cuales administra con cierta autonomía, bajo determinadas reglas de acción. Pero posiblemente esta “independencia” presupuestaria haya pasado hoy a un segundo plano luego de la consagración legislativa de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, los cuales pueden afectar sus ingresos para fines específicos. Ahora bien, aun cuando disfruten de autonomía presupuestaria, tales servicios carecen de personalidad jurídica, elemento éste que trae consigo otro tipo de consecuencias, distintas de la sola evasión al principio de la unidad del presupuesto. Por ello, debemos rechazar la inclusión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica dentro del campo de la descentralización funcional”* (cursivas nuestras).

De los criterios expuestos se colige, sin duda, que para ser calificada una Institución como parte integrante de la Administración Descentralizada constituye elemento esencial que esté dotada de personalidad jurídica. Por ello se afirma que los Institutos Autónomos constituyen el ejemplo más emblemático de la descentralización funcional.<sup>11</sup>

Conforme a nuestro Derecho Positivo, los Institutos Autónomos sólo podrán crearse por Ley y estarán sujetos al control del Congreso, en la forma en que lo determine la Ley. Aunado a ello la doctrina ha ido sumando otros elementos que permiten considerar a una determinada entidad como instituto autónomo, no bastando para tal calificación su creación por Ley.

En este sentido, *Jesús Caballero Ortiz* en la obra mencionada cita como elementos formales de estos entes:

---

<sup>11</sup> Peña Solís, José. “Lineamientos de Derecho Administrativo”. Vol I. La Organización Administrativa Venezolana. Edic. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1995. Págs. 183-191.



- a) La existencia de personalidad jurídica;
- b) El elemento fundacional;
- c) La creación por Ley;
- d) La autonomía; y
- e) La vinculación con la Administración Central.

Al examinar si la Procuraduría Agraria Nacional reúne o concentra los elementos formales, a los que alude **Caballero Ortiz**, podemos observar que dicho órgano carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio, elementos fundamentales que definen los entes descentralizados, lo que ya de por sí descartaría que nos encontremos ante un ente de la Administración Descentralizada; no obstante, debe reconocérsele que reúne otros elementos característicos de la descentralización como es su creación por Ley y una amplia autonomía para el ejercicio de sus funciones.

En efecto, la Procuraduría Agraria Nacional fue creada por la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios y su autonomía se desprende de los amplios objetivos que debe cumplir la Institución, así como de las amplias funciones de dirección y de administración que le han sido encomendadas al Procurador Agrario Nacional.

La creación por Ley constituye un elemento formal que no amerita mayores comentarios, los que sí se hacen necesarios en lo que respecta a la autonomía, por encontrarse -a nuestro juicio- en este elemento esas notas exorbitantes a las que aludió el Dictamen de 1980.

En tal sentido, se observa, concretamente, que la Procuraduría Agraria Nacional tiene atribuida la potestad de dictar su propia reglamentación interna. En efecto, el literal D) del artículo 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, establece que el Consejo de la Procuraduría Agraria tiene la atribución de reglamentar el funcionamiento de dicha Institución, por órgano del Procurador Agrario; por ello, fue dictado el Reglamento Interno en fecha 10 de febrero de 1994, que consagra como objeto de dicha Institución “la organización, funcionamiento y competencia de la Procuraduría Agraria Nacional, con el propósito de asegurar su independencia, eficacia y disciplina”, lo que, sin duda alguna, constituye clara manifestación de la autonomía que se ha conferido a ese órgano.

Como mayor refuerzo a tal autonomía también tenemos que el Procurador Agrario Nacional, es un funcionario designado por el Presidente de la República. Igualmente, que corresponde a la Procuraduría Agraria Nacional velar por el cumplimiento de la Ley de Reforma Agraria y de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, a favor de los beneficiarios que establece aquella, lo que explica que le hayan sido asignadas facultades de representación judicial y extrajudicial de las comunidades indígenas señaladas en la Ley de Reforma Agraria, así como de los demás beneficiarios de la Reforma Agraria y, aún

más, la facultad de dirimir las controversias que se susciten entre estos últimos y el Instituto Agrario Nacional, facultades demostrativas de una amplia autonomía que sólo es común en los entes descentralizados (art. 2 del Reglamento Interno). En el cumplimiento de esas funciones específicas, sólo está sujeta a la dirección y administración del Procurador Agrario Nacional, es decir, no está subordinada a ningún otro órgano del Poder Público.

Al respecto, vale la pena recordar lo expresado por *Allan Brewer Carías* en su *“Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana”* en el sentido de que “Una de las consecuencias fundamentales de la descentralización administrativa, es el hecho de que el ente descentralizado goza, siempre, de cierta autonomía”. Al referirse, de forma específica, a la autonomía de los Institutos Autónomos señala que la tienen, porque, en principio, “pueden darse su propia reglamentación interna, aun cuando esa facultad de autonormarse está sometida al control de tutela por parte del Ministerio de adscripción. Normalmente, el reglamento interno de un instituto autónomo debe ser aprobado por el Ministerio de adscripción, aun cuando éste no pueda dictar directamente esas normas, porque sería contradictorio con el fenómeno de la descentralización”.<sup>12</sup>

A pesar de la marcada autonomía que presenta la Procuraduría Agraria Nacional, ese sólo elemento no bastaría para definirla como un ente descentralizado, cuando se observa que carece de personalidad jurídica, pues actúa a través de la personalidad jurídica de la República, y que no tiene patrimonio propio. De manera que no llega a romperse el vínculo orgánico que la une con el Ministerio de la Producción y el Comercio, lo que permite sostener, una vez más, que se trata de un órgano desconcentrado de la administración centralizada.<sup>13</sup>

Como mayor apoyo a lo dicho se observa que determinados órganos con características semejantes a las que tiene la Procuraduría Agraria Nacional son considerados como órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo Nacional, tal es el caso de la Junta de Emergencia Financiera cuya naturaleza jurídica tuvo que ser analizada por la Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 21 de mayo de 1997, señalándose al efecto lo siguiente:

“...la Junta de Emergencia Financiera es un órgano colegiado desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, carente de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente al de La República, en cuya integra-

---

<sup>12</sup> Brewer Carías, Allan. “Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana”. Edit. Jurídico-Venezolana. Caracas. 1980. Págs. 112-113.

<sup>13</sup> Según José Roberto Dromi la desconcentración “Tiene lugar cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores, dentro de la misma organización de una entidad pública. El órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propio”. (“Manual de Derecho Administrativo”. Tomo I. Edit. Astrea. Buenos Aires. 1987. Págs. 56-57). Esta forma de organización administrativa es calificada por algunos como descentralización jerárquica o burocrática. (Ver: Sayagues Laso, Enrique. Op. cit. Pág. 233).

ción interviene el Presidente de la República, a quien le corresponde la designación de todos sus miembros (dejando a salvo únicamente el control que ejerce el Senado en cuanto al Presidente del Banco Central de Venezuela), y que se encuentra adscrita por expresa disposición legal a uno de los despachos del Ejecutivo Nacional, concretamente aquél cuyo titular la preside. Por otro lado, las normas destinadas a precisar las competencias que tiene a su cargo la referida Junta, ejercidas en situaciones de normalidad por otros entes u órganos distintos, revelan la vocación de extraordinariedad o el carácter coyuntural de la actuación de este especial órgano, llamado sólo a concentrar el ejercicio de los poderes de supervisión y control del sistema financiero y crediticio ante la existencia de situaciones extremas, constituidas por las circunstancias descritas en el artículo 1° de la Ley como aquéllas cuya ocurrencia da lugar a la declaratoria de una situación de emergencia financiera (...) Las anteriores notas, en criterio de esta Sala, conducen a sostener que no obstante su carácter coyuntural o si se quiere ad hoc, ante situaciones de emergencia en el sector, la Junta de Emergencia Financiera halla encuadramiento dentro de lo que se denomina ordinariamente como el Poder Ejecutivo Nacional y concretamente como órgano desconcentrado del mismo...”.

Como ejemplo interesante también podemos señalar el caso del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), cuya relación con el Ministerio de Hacienda (hoy de Finanzas) fue tema tocado en el Dictamen N° 04-00-01-57 del 11 de septiembre de 1996,<sup>14</sup> señalándose al respecto lo siguiente:

“Como característica esencial y por tanto indefectible en la configuración de los llamados ‘servicios autónomos sin personalidad jurídica’ se encuentra su invariable vinculación con otra organización ‘mayor’ de la cual justamente forma parte y que a su vez se encuentra dirigida por un jerarca máximo quien por derivación también lo es del correspondiente servicio.

Esos nexos de pertenencia y de consecuente subordinación de los servicios autónomos con respecto a la organización de que se trate y a la autoridad ‘suprema’ de ésta, jamás se pierden totalmente, a pesar de que la sujeción jerárquica pueda verse atenuada en mayor o menor medida en ciertas áreas de actividad, como resultado del proceso de desconcentración

---

<sup>14</sup> Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República. Tomo XII. Vol. II. Págs. 132-141.

administrativa que legalmente le haya dado origen al servicio y por cuyo intermedio la organización ‘mayor’ le haya transferido algunas de sus competencias primigenias para que las ejerza con carácter exclusivo.  
(...)

Se observa así, entonces, que al igual que todos los servicios autónomos sin personalidad jurídica, el SENIAT se encuentra integrado a una organización ‘mayor’ que es, en este caso, el Ministerio de Hacienda. Por tal motivo, como dependencia del mencionado Despacho, se encuentra, en términos generales, bajo la sujeción jerárquica de su titular: el Ministro de Hacienda, salvo en lo que respecta a ciertas actividades y materias específicas en las que se compendia la autonomía funcional –conjuntamente con la financiera– de la que ha sido investido el SENIAT.  
(...)

Conviene, en virtud de lo hasta ahora expuesto, aclarar lo expresado en el Dictamen N° DGSJ-1-11 de fecha 09-02-96, aludido en el documento anexo a la consulta, en cuanto a que el SENIAT ‘no está sometido a la potestad jerárquica del Ministerio de Hacienda (a pesar de star integrado a la estructura administrativa del Ministerio), en virtud de que goza de autonomía funcional, es decir, de independencia para el ejercicio de sus funciones...’.

Esa aseveración es enteramente correcta en cuanto concierne al ejercicio de las funciones que le corresponden al SENIAT como órgano desconcentrado, encargado de administrar el sistema tributario nacional y asimismo, en lo que respecta a la cuestión sobre la cual gravitó el mencionado dictamen: las competencias que corresponden al Superintendente Nacional Tributario (nombramiento y remoción de personal) en su carácter de administrador del sistema especial de recursos humanos (...). A pesar de la manera enfática con la que fue expresado este aserto, el mismo sólo debe ser entendido dentro del marco de esas dos funciones administrativas y no en términos absolutos; es decir, que no debe ser interpretado hasta el grado de negar por su intermedio la existencia de toda sujeción jerárquica del SENIAT al Ministerio de Hacienda en particular y al Poder Ejecutivo en general, representado en este caso por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Tampoco puede servir de fundamento para asegurar que el jerarca máximo del SENIAT (como si dicho servicio constituyese una organización aislada del Ministerio de Hacienda) sea realmente el Superintendente Nacional Tributario y no el titular del Despacho al cual pertenece dicho servicio autónomo”.

Los criterios aludidos pueden ser trasladados al caso específico de la Procuraduría Agraria Nacional, ya que la autonomía de la que goza dicha Institución está referida al ejercicio de las funciones que por texto legal expreso le han sido conferidas, por lo que no se trata de una autonomía absoluta, sino limitada, siendo innegable la sujeción jerárquica de ese órgano al Ministerio de la Producción y el Comercio.

Cabe destacar que en el caso de la Procuraduría nos encontramos ante un supuesto de desconcentración administrativa por voluntad de la Ley, es decir, no se trata de una desconcentración administrativa realizada por la propia Administración, sino de una desconcentración “más pronunciada y estable, basada en la voluntad del legislador”, como lo afirma *Allan Brewer Carías* al comentar este tipo de desconcentración, en su artículo “*Principios generales de la organización de la Administración Central, con particular referencia a la Administración Ministerial*”.<sup>15</sup> Esta desconcentración legal o por voluntad de la Ley generalmente le atribuye al órgano lo que se ha denominado como la “desconcentración máxima”.<sup>16</sup>

También es de importancia resaltar que el recientemente dictado “Decreto-Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones, y Sociedades Civiles del Estado, a los Órganos de la Administración Central”, mencionado al referirnos a los Antecedentes Legislativos, excluyó a la Procuraduría Agraria Nacional de la adscripción del Ministerio de la Producción y el Comercio, eliminando de por sí toda discusión acerca del carácter de órgano desconcentrado, sujeto jerárquicamente a dicho Ministerio.

En definitiva, esta Dirección es del criterio de que esas notas de autonomía que posee la Procuraduría Agraria Nacional, a las que hicimos mención, consagradas en texto expreso, no son suficientes para calificarlo como un ente descentralizado, pues prevalecen rasgos que nos conducen a considerarlo como un órgano desconcentrado de la Administración Central, que ostenta un altísimo grado de desconcentración, o lo que es igual, una “desconcentración máxima”, que ha llevado a confusiones sobre su naturaleza jurídica.

En conclusión, esta Dirección ratifica el criterio sostenido en el Dictamen DGSJ-1-8 del 19 de mayo de 1980, en el sentido de que la Procuraduría Agraria Nacional constituye un órgano desconcentrado de la Administración Central. Por tanto, su régimen será el característico de los órganos de la Administración Central y, consecuentemente, le serán aplicables las disposiciones consagradas en el Título III, “*Del Control de la Administración Central*”, que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Revista de Derecho Público N° 2. Abril-Junio. 1980. Págs. 5-21.

<sup>16</sup> Rondón de Sansó, Hildegard. “Teoría General de la Actividad Administrativa”. Edit. Jurídico-Venezolana. 2da Edic. Marzo. 1986. Págs. 127-128.

<sup>17</sup> Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995.

**De la injerencia de la Contraloría Interna del Ministerio de Agricultura y Cría en las funciones del órgano de control interno de la Procuraduría Agraria Nacional**

Partiendo de la conclusión a la que arribamos en el punto anterior, de que la Procuraduría Agraria Nacional constituye un órgano desconcentrado del Ministerio de la Producción y el Comercio, se hace conveniente señalar que resulta una situación un tanto anómala la existencia de una dependencia del Ministerio de la Producción y el Comercio con su propia Contraloría Interna, pues el control sobre tal dependencia tendría que ser ejercido por el órgano de control interno del Ministerio. Por ello será preciso que el máximo jerarca, es decir, el Ministro, delimite las funciones específicas que corresponden a su órgano de control interno, entre las que pueden ser otorgadas competencias de control sobre las actividades llevadas a cabo por la Contraloría Interna de la Procuraduría, siempre que con ello se respete y garantice la autonomía que legalmente se ha conferido a esa Institución.

Lo anterior resulta lógico si entendemos que la Procuraduría es un órgano desconcentrado que forma parte del cuadro organizativo del Ministerio de la Producción y el Comercio, y que existe entre ambos un vínculo orgánico que encuentra como máximo representante al Ministro, responsable del control interno de la organización administrativa del citado Ministerio, según lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por otro lado, cabe señalar que a la máxima autoridad jerárquica de toda estructura administrativa le corresponde definir las funciones y responsabilidades del órgano de control interno. Así lo dispone el artículo 12 de las Normas Generales de Control Interno,<sup>18</sup> que a la letra establece:

*“Las funciones y responsabilidades del órgano de control interno deben ser definidas formalmente, mediante instrumento normativo, por la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad, tomando en consideración las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, y las normas, pautas e instrucciones que en materia de control dicten la Contraloría General de la República y demás órganos competentes para ello”* (cursivas nuestras).

Del mismo modo, el primer párrafo del artículo 18 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional<sup>19</sup> expresa:

*“La organización, funciones, responsabilidades y niveles de autoridad de las Contralorías Internas deberán ser definidos por la máxima autoridad del ente u organismo mediante instrumentos normativos en los cuales se atenderá a lo previsto en el presente Reglamento y en las nor-*

---

<sup>18</sup> Gaceta Oficial N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

<sup>19</sup> Gaceta Oficial N° 36.318 del 22 de octubre de 1997.

mas que sobre la materia dicten la Contraloría General de la República y la Superintendencia Nacional del Control Interno y Contabilidad Pública...” (cursivas nuestras).

En el caso de la Procuraduría Agraria Nacional, la situación se torna compleja y peculiar, pues no se trata de un ente descentralizado respecto del que se ha de ejercer el control de tutela, sino de un órgano desconcentrado de la Administración, sometido como todos los de su especie a control jerárquico, y que, además, tiene como característica especial un altísimo nivel que le permita poseer su propio órgano de control interno.

Nótese que esta situación tan particular no se presenta con otros órganos desconcentrados, que no tienen Contraloría Interna, en ellos asume tal competencia la Contraloría Interna del organismo del cual forman parte. Así puede verse, en el caso de los Servicios Autónomos, que el Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional en el artículo 22 dispone:

“Corresponde a la Contraloría Interna del respectivo ente u organismo ejercer control sobre los servicios autónomos adscritos”.<sup>20</sup>

La existencia de dos órganos de control interno, en el asunto que se analiza, nos lleva necesariamente a tener que admitir que las actuaciones de la Procuraduría Agraria Nacional son susceptibles de control por su propio órgano de control interno y, también, por el órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio, creándose una particular situación en el seno de esa Institución, que sólo podrá ser resuelta, a juicio de esta Dirección, a través de una labor coordinada entre ambos órganos para poder ejercer eficazmente las competencias que normativamente les han sido otorgadas.

Sin embargo, en el caso particular de las averiguaciones administrativas, en las que pudieran estar involucrados funcionarios de la Procuraduría, se observa:

Este Organismo, en el Dictamen N° 04-00-01-57, del 11 de septiembre de 1996, ya citado, señaló en el caso específico del SENIAT -servicio autónomo sin personalidad jurídica- que a pesar de gozar de cierta autonomía “está sujeto jerárquicamente al Ministerio de Hacienda, por lo que es éste el competente para decidir las averiguaciones administrativas que tengan lugar en dicho Servicio; y el titular del Órgano de Control Interno del Ministerio de Hacienda es a quien corresponde abrir las referidas averiguaciones.”. En la parte que nos interesa, la citada opinión expresó:

---

<sup>20</sup> Sobre el control de los Servicios Autónomos sin personalidad jurídica pertenecientes a la Administración Pública Central puede consultarse el Dictamen N° DGSJ-1-075 del 7 de noviembre de 1994. (Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República. Tomo XI. Vol I. 1992-1995. Págs. 354-394).

“En el numeral 3 del artículo 19 de la Resolución N° 32 dictada por el Superintendente Nacional Tributario, se le atribuye a la Oficina de Auditoría Interna del SENIAT, la competencia para ‘Ejercer las funciones de Contraloría Interna a que se refieren las normas que rigen los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica’, entre las cuales, según lo señala el abogado adscrito a la Dirección consultante, se encuentra la de abrir y sustanciar averiguaciones administrativas.

En opinión de esta Dirección de Asesoría Jurídica, al conferirle tales funciones a esa Oficina del Seniat, el Superintendente Nacional Tributario actuó en ejercicio de una competencia que no tiene y dictó una norma que contravino y todavía sigue contraviniendo otras de superior jerarquía.

(...)

*Conviene aclarar que, aún cuando en el encabezamiento del artículo 126 de la nueva ley, equivalente al 92 de la ley anterior, se cambió la redacción original de éste no puede interpretarse que la ley vigente sí permite ahora que los servicios autónomos y demás dependencias de cada Ministerio puedan tener su propia Contraloría Interna, distinta y separada de la del Despacho Ministerial o ente a cuya estructura están integrados.*

*En efecto, la circunstancia de que en el artículo 126 de la novísima Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se haga alusión a los ‘órganos de control interno de los organismos y entidades a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 5° de esta ley’, así como en el hecho de que el numeral 1 de esta disposición se mencione a las ‘dependencias y servicios que integran la Administración...’ no pueden ser interpretados al extremo de llegar a considerar que cada una de las dependencias y servicios que conforman la Administración Central y Descentralizada puedan o deban tener su propia Contraloría Interna. Téngase en cuenta que las diferentes Oficinas y Direcciones de los Ministerios constituyen dependencias de los mismos y que entonces, de acuerdo con esa concepción extrema referida supra, todas deberían tener su particular órgano de control interno.*

*Por el contrario, la norma contenida en el encabezamiento del artículo 126 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República debe ser entendida de manera lógica y articulada con la disposición comprendida en el primer aparte del mismo artículo, donde se hace referencia a ‘la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo’, frase que por su parte debe ser interpretada como atinente a la suprema autoridad de una determinada organización administrativa,*



*tomada ésta en un sentido unitario, integral;* vale decir, como un órgano o entidad individualizado e individualizable por no constituir, a su vez, una dependencia de otro, sino una unidad organizativa a cuya cabeza se encuentra una autoridad máxima común a todas la dependencias o departamentos que la integran.

*Así ocurre con respecto al Ministerio de Hacienda, el cual conforma una unidad orgánico-administrativa en el sentido antes descrito; a diferencia del SENIAT, que por no tener esa índole, sino la de ‘parte’ del ‘todo’ constituido por dicho Despacho, sólo puede ser objeto internamente de control, de manera válida, por el órgano de control interno del Ministerio de Hacienda y no por un órgano ad hoc, creado exclusivamente para ejercer el control interno del SENIAT, como se pretende. (...)*

Como consecuencia de ello, a juicio de esta Dirección de Asesoría Jurídica, la apertura y sustanciación de averiguaciones administrativas por hechos, actos y omisiones de los tipificados en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, como generadores de dicha responsabilidad en que pudiesen estar involucrados funcionarios del SENIAT, es en realidad una competencia del órgano de control interno del Ministerio de Hacienda” (cursivas nuestras).

Estos señalamientos hechos en relación con el SENIAT -órgano desconcentrado del Ministerio de Finanzas (antes de Hacienda)- perfectamente pueden ser aplicados al caso de la Procuraduría Agraria Nacional. En efecto, opina esta Dirección que el Procurador Agrario Nacional incurrió en un evidente exceso al dictar el Reglamento Interno de la Procuraduría Agraria Nacional y asignarle a su Contraloría Interna la facultad de abrir y sustanciar averiguaciones administrativas, a pesar de ser ésta una competencia que por aplicación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para la fecha en que fue dictado el mencionado Reglamento, se encontraba atribuida a los órganos de control interno de los Ministerios y que, actualmente, por aplicación armónica del encabezamiento y del primer aparte del artículo 126 de la Ley vigente, sigue correspondiendo a las Contralorías Internas de los Ministerios.

Por consiguiente, al haberse producido el exceso reglamentario que parece desprenderse del artículo 14, literales e), f) y g) del Reglamento Interno de la Procuraduría, resulta necesario aplicar, preferentemente, lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por su jerarquía normativa frente al Reglamento Interno, dado su rango de Ley Orgánica. Por tanto, considera esta Dirección de Asesoría Jurídica que corresponde al órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio, la competencia

para abrir y sustanciar las averiguaciones administrativas en las que aparezcan involucrados funcionarios de la Procuraduría Agraria Nacional.

**De los funcionarios a que se refiere el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República**

El artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su primer aparte establece:

“(…) La decisión de estas averiguaciones corresponderá a la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo, salvo que los indicios detectados hagan presumir la responsabilidad administrativa de aquella, ministros, directores de ministerios, presidentes y miembros de juntas directivas de institutos autónomos, establecimientos públicos, sociedades y fundaciones estatales, que se encuentren en el ejercicio del cargo, en estos casos el órgano sustanciador deberá remitir el expediente a la Contraloría a fin de que ésta decida sobre la averiguación”.

La norma transcrita constituye una norma atributiva de competencia para la Contraloría General de la República, de tener que asumir aquellas averiguaciones administrativas en las que aparezcan incursos altos funcionarios, en ejercicio del cargo, de las entidades y organismos sujetos a control.

En criterio de esta Dirección la intención del legislador al consagrar esta disposición fue la de evitar que, tanto el máximo jerarca como otros altos funcionarios, respecto de los que existan indicios que puedan comprometer su responsabilidad administrativa, lleguen a entorpecer la sustanciación de una averiguación administrativa y por ende la decisión que pueda adoptarse, en claro detrimento de la imparcialidad, justeza y objetividad que debe caracterizar el procedimiento de las averiguaciones administrativas.

Siendo ese el fin perseguido por el legislador al consagrar esta disposición debe interpretarse que la enumeración que ella consagra es enunciativa y no taxativa, es decir, que resulta solamente indicativa del tipo de funcionarios, con rango directivo que, al aparecer involucrados en una averiguación administrativa y siempre que estén en ejercicio del cargo, atraen o justifican la competencia de esta Contraloría para sustanciar y decidir la averiguación administrativa de que se trate.

En el caso particular del Contralor Interno de los organismos y entes sujetos al control de este Organismo, en principio, puede entenderse que se trata de un funcionario con rango directivo, de acuerdo con la ubicación que tal cargo tenga dentro de la estructura organizativa del organismo o ente. En consecuencia, de ser así considerado constituiría uno de esos altos funcionarios a los que se refiere el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

**De la obligación de la Contraloría Interna de la Procuraduría Agraria Nacional de proceder de conformidad con el artículo 51 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República**

Como expusieramos precedentemente, en la parte relativa a *“La Injerencia de la Contraloría Interna del Ministerio de Agricultura y Cría en las funciones del Órgano de Control Interno de la Procuraduría Agraria Nacional”*, la Contraloría Interna del Ministerio de la Producción y el Comercio es el órgano que tiene la competencia para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas a los funcionarios de la Procuraduría Agraria Nacional, que se encontraren incursos en hechos generadores de responsabilidad administrativa. En virtud de ello, dicha Contraloría, con base en el Informe Definitivo de fecha 12 de julio de 1999, pudo haber iniciado el procedimiento de averiguaciones administrativas, ya que de tal actuación se concluye en la posible existencia de hechos generadores de responsabilidad administrativa del “personal involucrado en el manejo y administración de los fondos de la Procuraduría Agraria Nacional”, y de “los responsables del control interno del mencionado Organismo”, lo que, además, pudiera involucrar a funcionarios a los que se refiere el mencionado artículo 126. No obstante, procedió a remitir a este Organismo dicho Informe, lo que conduce a esta Dirección a señalar que por derivarse del citado Informe hechos que pudieran comprometer la responsabilidad administrativa de altos funcionarios, siempre que los mismos se encuentren en el ejercicio del cargo, correspondería a esta Contraloría iniciar el procedimiento correspondiente, pudiendo ordenar la realización de las actuaciones que estime necesarias con el fin de verificar los hechos a los que alude el referido Informe.

En dicho supuesto, esto es si la averiguación involucra a altos funcionarios, en el ejercicio del cargo, no sería posible para la Contraloría Interna de la Procuraduría Agraria Nacional proceder de conformidad con el artículo 51 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Si por el contrario, la averiguación no involucra a altos funcionarios, en el ejercicio del cargo, el órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio podrá actuar de conformidad con lo previsto en el artículo 51 reglamentario.

**Conclusiones:**

- 1) La Procuraduría Agraria Nacional constituye un órgano desconcentrado de la Administración Central, que ostenta un alto grado de desconcentración, lo que ha llevado a confusiones sobre su naturaleza jurídica. Por tanto, su régimen será el característico de los órganos de la Administración Central y, consecuencialmente, le serán aplicables las disposiciones consagradas en el Título III, *“Del Control de la Administración Central”*, que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

- 2) La existencia de dos órganos de control interno, con competencias expresamente asignadas sobre la Procuraduría Agraria Nacional, conduce a sostener que las actuaciones de ésta son susceptibles de control por su propio órgano de control interno y, también, por el órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio, creándose una particular situación en el seno de esa Institución, que sólo podrá ser resuelta a través de una labor coordinada entre ambos organismos para poder ejercer eficazmente las competencias que normativamente les han sido otorgadas.
- 3) El Procurador Agrario Nacional incurrió, a juicio de esta Dirección, en un evidente exceso al dictar el Reglamento Interno de la Procuraduría Agraria Nacional y atribuirle a su Contraloría Interna la facultad de abrir y sustanciar averiguaciones administrativas, a pesar de ser ésta una competencia que por aplicación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para la fecha en que fue dictado el mencionado Reglamento, correspondía a los órganos de control interno de los Ministerios y que, actualmente, por aplicación armónica del encabezamiento y del primer aparte del artículo 126 de la Ley vigente, sigue correspondiendo a las Contralorías Internas de los Ministerios. Por tanto, es el órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio, el competente para abrir y sustanciar aquellas averiguaciones administrativas en las que aparezcan involucrados funcionarios de la Procuraduría Agraria Nacional.
- 4) La enumeración que consagra el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es enunciativa, es decir, indicativa del tipo de funcionarios, con rango directivo que, al aparecer involucrados en una averiguación administrativa y siempre que estén en ejercicio del cargo, atraen o justifican la competencia de la Contraloría General de la República para sustanciar y decidir la averiguación administrativa de que se trate.
- 5) El Contralor Interno de los organismos y entes sujetos al control de este Organismo, de ser considerado un funcionario con rango directivo, de acuerdo con la ubicación que tal cargo tiene dentro de la estructura organizativa del organismo o ente, constituiría uno de esos altos funcionarios a los que se refiere el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- 6) Si la averiguación administrativa involucra a altos funcionarios, en el ejercicio del cargo, no sería posible para la Contraloría Interna de la Procuraduría Agraria Nacional proceder de conformidad con el artículo 51 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Si por el contrario, la averiguación no involucra a altos funcionarios, en el ejercicio del cargo, el órgano de control interno del Ministerio de la Producción y el Comercio podrá actuar de conformidad con lo previsto en el artículo 51 reglamentario.

# **ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA**



*Prestación de Antigüedad. Inclusión en su cálculo del tiempo transcurrido en un proceso judicial con ocasión de querrela incoada por funcionario a causa de acto de retiro declarado nulo por el Tribunal.*

Cuando por efecto de la sentencia se coloca al funcionario en la misma situación que debía tener de no haberse producido el acto de retiro declarado nulo, debe entenderse que se le retrotrae con todos sus derechos y obligaciones a esa situación, siendo uno de esos derechos el de percibir los sueldos correspondientes al período comprendido entre el acto de retiro y la reincorporación efectiva a las labores.

En este orden de ideas, como quiera que la prestación de antigüedad (antes denominada indemnización de antigüedad) constituye un derecho adquirido de los trabajadores, irrenunciable, que se consolida con el transcurso del tiempo, resulta indudable que el lapso de duración de la querrela incoada debe ser tomado en cuenta a los fines de la liquidación de este derecho, en el entendido que obviamente no podía ser un concepto que ordenara cancelar el fallo, por contraponerse a la petición de reincorporación al cargo, pues, como es sabido, el pago de este concepto está supeditado a la terminación de la relación de empleo público.

VER: FUNCIÓN PÚBLICA: Prestación de antigüedad. Inclusión en su cálculo del tiempo transcurrido en un proceso judicial con ocasión de querrela incoada por funcionario a causa de acto de retiro declarado nulo por el Tribunal.

Oficio N° 04-02-78 del 17 de mayo de 2000.

*Formulación y ejecución de la política de privatización. Competencia del Fondo de Inversiones de Venezuela para seleccionar bienes y servicios a privatizar. Responsabilidad en caso de no ser aprobada la política de privatización formulada.*

La formulación de la política de privatización se presenta como una fase distinta y previa a la de realización o ejecución de la política de privatización –ambas asignadas al FIV–, que implica la elaboración de todo un conjunto de orientaciones y directrices básicas en las materias que deben ser sometidas a la aprobación del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a los efectos de que se puedan iniciar los procedimientos de privatización específicos para cada uno de los bienes o servicios que vayan a ser transferidos al sector privado, insertos estos en la segunda etapa o fase de ejecución de la política, dentro del contexto del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y no aisladamente.

**En ese sentido, la Ley de Privatización no regula el supuesto en el cual el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, niegue su aprobación a la política de privatización elaborada por el FIV. En tal virtud, el solo hecho de que no resulte aprobada no debe considerarse necesariamente como un supuesto de irregularidad administrativa.**

Oficio N° 04-02-92 del 31 de julio de 2000.

De conformidad con lo establecido en los numerales 3 y 7 del artículo 2° de la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela (G. N° 5.463 Ext. del 09-05-2000), dentro del objeto de dicho Instituto se incluye **la formulación y ejecución de la política de privatización y el apoyo a otros entes públicos en esta materia**, así como la proposición de los marcos regulatorios de las diferentes actividades ejercidas por el Estado, que se requieran para adelantar los procesos de privatización.

Por su parte, la Ley de Privatización (G.O. N° 5.199 Ext. del 30-12-97), instrumento jurídico que tiene por objeto **regular “el proceso derivado de la política de privatización de bienes del sector público”**, según lo proclama su artículo 1°, dispone en el Capítulo II, específicamente dedicado a la política de privatización, lo siguiente:

Artículo 5°.- “Corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, **la aprobación de la política de privatización elaborada por el Fondo de Inversiones de Venezuela**, la cual deberá ser informada al Congreso de la República por órgano de los Presidentes de ambas Cámaras dentro de los quince (15) días siguientes a su aprobación **e incluyendo los bienes y servicios que de acuerdo a dicha política se aspiran a privatizar**, de conformidad con lo establecido en el **artículo 10** de esta Ley” (resaltado nuestro).

Igualmente, la Ley de Privatización, en su Capítulo III denominado “De la ejecución de la política de privatización”, establece:

Artículo 9°.- “**La ejecución de la política de privatización, estará a cargo del Ejecutivo Nacional por órgano del Fondo de Inversiones de Venezuela**”... (resaltado nuestro).

(omissis)

Artículo 10.- “**Los procesos de privatización se iniciarán con la aprobación, mediante acto motivado del Presidente de la República en Consejo de Ministros**, el cual deberá ser publicado en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, dentro de los tres (3) días continuos siguientes a su aprobación.

Dentro de los diez (10) días continuos siguientes a dicha publicación, el Fondo de Inversiones de Venezuela solicitará de las Comisiones Perma-



nentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, o en su defecto de la Comisión Delegada, la autorización para llevar a cabo dichos procesos”... (resaltado nuestro).

(omissis)

A la luz de las normas parcialmente transcritas, la elaboración de la política de privatización constituye una fase previa y perfectamente diferenciada de la fase de ejecución de dicha política, siendo que la segunda fase aludida es la que con propiedad está enmarcada dentro del procedimiento administrativo específico de privatización, cuyo inicio lo pauta el acto de aprobación de la política de privatización, emitido por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, el cual debe ser publicado en la Gaceta Oficial de la República.

En otras palabras, sin la elaboración y aprobación de la política de privatización no es posible emprender procedimientos de privatización de bienes o servicios del sector público, entendido este sector en los términos establecidos en el artículo 2° de la Ley de Privatización, esto es, la República, los institutos autónomos nacionales y demás personas de derecho público en las que los entes mencionados tengan participación y las sociedades mercantiles, asociaciones civiles y fundaciones, en las que la República o los entes descentralizados a nivel nacional tengan participación mayoritaria.

Por consiguiente, el acto de aprobación de la política de privatización formulada por el Fondo de Inversiones de Venezuela viene a ser un requisito de validez de los procedimientos que al respecto decida llevar adelante el Ejecutivo Nacional, a través de ese mismo Instituto y, en definitiva, activa el régimen previsto en la Ley de Privatización, **en cuyo ámbito subjetivo de aplicación no entran los Estados y los Municipios.**

En este contexto, se infiere que la formalicen de la política de privatización se refiere a la elaboración previa de todo un conjunto de orientaciones y directrices en esta materia, absolutamente vinculadas a las áreas de planificación y gestión económica del sector público nacional, con las que se fija un marco general o rector que se debe exteriorizar formalmente (instrumento) y que debe cumplir con los objetivos plasmados en el artículo 6° de la Ley de Privatización, cuales son:

- 1.- La libre competencia y el desarrollo de la capacidad competitiva de las empresas;
- 2.- La democratización y ampliación del régimen de propiedad de los bienes de producción de capital y de la tenencia accionaria;
- 3.- El estímulo a la conformación de nuevas formas de organización empresarial, cooperativa, comunitaria, cogestionaria o autogestionaria; y
- 4.- La modernización de la actividad o servicio, transferencia de tecnología y su dotación de equipos, bienes o recursos que incidan favorablemente en la eficiencia en la producción y administración.

**Así las cosas, a nuestro juicio, la formulación de una política de privatización nacional debe definir o incluir los sectores afectados y, por ende, los bienes y servicios que se aspiran a privatizar, lo cual supone la realización de estudios y evaluaciones a ese fin, con mira a cumplir con los objetivos exigidos en la Ley de Privatización.**

En tal sentido, suscribimos lo expresado en la obra titulada “Régimen Jurídico de la Privatización” en cuanto a que “La política de privatización se presenta entonces, como un instrumento complementario de la Ley de Privatización, por cuyo intermedio se afectan a ulteriores procesos de privatización, algunos bienes o servicios del sector público.” (Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, Número 3. Edit. Torino. Caracas. 1998. p.109).

Lo antes expuesto en momento alguno significa que el FIV puede elaborar una política de privatización a nivel nacional al margen de los planes de desarrollo económico y social de la Nación, máxime cuando precisamente es a través de esa política que se permite la participación del sector privado en actividades económicas que son desarrolladas directamente por el Estado. De allí, que toda política en esta materia necesariamente tiene que concebirse y diseñarse a partir de la definición del rol que desempeñarán el Estado y los particulares en la economía nacional y en la prestación de servicios, lo cual debería quedar resguardado por el hecho de que en la suprema dirección del FIV figuran los representantes de los Ministerios de las áreas o sectores en donde por esencia encaja el proceso privatizador.

En efecto, debe tenerse presente que el Fondo de Inversiones de Venezuela está adscrito al Ministerio de Planificación y Desarrollo y que su suprema dirección corresponde a una Asamblea General, integrada, entre otros, por los Ministros de Finanzas, de la Producción y el Comercio, y de Planificación y Desarrollo. Consecuencialmente, se encuentran representados los sectores en donde primordialmente encuadra la privatización, esto es, el económico- financiero, el de planificación global del Estado y el de producción, siendo que a esa **Asamblea General le compete aprobar las normas de política general a las que debe ceñirse el manejo del Fondo, así como la aprobación de los planes estratégicos presentados por el Presidente de dicho Instituto, quien la preside.**

De esta forma, si bien de acuerdo con la Ley de creación del FIV, el Directorio Ejecutivo del Fondo, como órgano de dirección operativa, tiene atribuida la función de aprobar las proposiciones relativas a la política de privatización que serán sometidas a la consideración del Presidente de la República en Consejo de Ministros, no menos cierto es que resulta elemental la correspondencia de esas proposiciones con las políticas generadas y los planes estratégicos aprobados por la Asamblea General.

En otro orden de ideas, es menester señalar que aun cuando los instrumentos legales que conforman el marco jurídico de regulación de la privatización pueden arrojar algunas dudas sobre el ámbito de competencia del Fondo de Inversiones de Venezuela para formular la política de privatización, básicamente en relación con la injerencia de diversos despa-

## ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

chos ministeriales, en atención a la competencia ministerial común de formulación de las políticas sectoriales prevista en la Ley Orgánica de la Administración Central (G. O. N° 36.850 del 14-12-99), texto éste que por lo demás goza de un rango superior a la Ley de Privatización, lo cierto es que en tanto los mismos estén vigentes, no le está dado a la Administración desaplicarlos.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, respondemos a sus interrogantes de la siguiente manera:

1.- La elaboración de la política de privatización a nivel nacional a cargo del FIV conlleva la determinación del objeto de la privatización, es decir, la selección de las áreas y los bienes o servicios que se pretenden privatizar, pero ello dentro del contexto del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y no aisladamente. Por consiguiente, en esa tarea el FIV debe ajustarse a las políticas generales y a los planes estratégicos aprobados sobre el particular por su Asamblea General, como órgano de dirección suprema del organismo, en la cual tienen representación los Ministerios que tienen que ver con la formulación de estrategias de desarrollo económico de la Nación, que son los directamente vinculados al proceso privatizador.

De esta manera, la formulación de la política de privatización se nos presenta como una fase distinta y previa a la de realización o ejecución de la política de privatización –ambas asignadas al FIV–, que implica la elaboración de todo un conjunto de orientaciones y directrices básicas en la materia que deben ser sometidas a la aprobación del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a los efectos de que se puedan iniciar los procedimientos de privatización específicos para cada uno de los bienes o servicios que vayan a ser transferidos al sector privado, insertos estos en la segunda etapa o fase de ejecución de la política.

En otras palabras, la formulación de la política de privatización por parte del FIV si se quiere podríamos caracterizarla por no ser definitiva, toda vez que requiere de un acto de aprobación posterior para su validez.

2.- La Ley de Privatización no regula el supuesto de que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, niegue su aprobación a la política de privatización elaborada por el FIV, situación ésta que aunque no es imposible que se presente, resulta poco probable en atención a que entendemos que el FIV debe adecuarse a los parámetros o lineamientos contenidos en un plan nacional preparado por el Ejecutivo Nacional.

Al respecto, estimamos que tratándose de la aprobación de una política, en principio ese acto es de carácter discrecional y, por tanto, el vocablo “aprobación” debe ser interpretado en el sentido de la adopción de una decisión del Ejecutivo Nacional, en la que indiscutiblemente pueden entrar en juego los factores de oportunidad o conveniencia. Por lo demás, recuérdese que la Ley en comento exige la motivación del acto del Presidente, en Consejo de Ministros, cuando aprueba la política de privatización, pero no cuando la imprueba.

En tal virtud, el sólo hecho de que la política propuesta por el FIV no resulte aprobada no debe considerarse necesariamente como un supuesto de irregularidad administrativa. Habría que revisar otros aspectos, entre los que destacan primordialmente los relacionados con el control de gestión, como por ejemplo, si la propuesta del FIV se adecúa o no a los lineamientos de los que hemos hablado.

Sobre este punto, resulta oportuno traer a colación que, si incluso vamos un poco más lejos y nos adentramos en la fase de ejecución de la política de privatización, se aprecia que la Ley de Privatización, al consagrar la potestad de control del Congreso sobre los procesos de privatización a través del otorgamiento de la “autorización” para llevarlos a cabo (artículo 10), tampoco contempla previsión alguna para el supuesto de que la misma sea negada, y obviamente que la negativa en esa otra instancia equivaldría a la terminación del procedimiento.

3.- En todo caso, nos permitimos acotar que en lo que particularmente concierne al proyecto de contrato que motiva la presente consulta, la información suministrada no nos revela con claridad si se trata de un estudio en aras de formular una política de privatización que responde a los planes estratégicos fijados por la Asamblea General de ese Instituto, o si se trata más bien de un estudio fuera del contexto de la política de privatización, que persigue prestar un apoyo aparentemente no solicitado en la actualidad, sobre la base de un eventual requerimiento por parte de entidades regionales -Gobernaciones-, por lo demás no sujetas a la Ley de Privatización.

En nuestro criterio, del esclarecimiento y verificación de todos esos aspectos dependerá el considerar si con la contratación en cuestión se configura o no algún ilícito administrativo, específicamente la infracción prevista en el numeral 3 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, toda vez que la tipificada en el numeral 12 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se contrae a la violación de disposiciones vinculadas a la ejecución presupuestaria.

Oficio N° 04-02-92 del 31 de julio de 2000.

*Competencia del Presidente del Fondo de Inversiones de Venezuela para dictar normas internas que regulan actividades directamente vinculadas con la administración y manejo de los recursos y bienes del Instituto.*

**La fórmula residual de competencia que la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela, en el artículo 24, atribuye a la Presidencia del Fondo le permite asumir todos aquellos asuntos no atribuidos a los demás órganos, como sería el de elaborar y aprobar las normas administrativas necesarias para su funcionamiento.**

Oficio N° 04-02-104 del 13 de septiembre de 2000.

(...) en comunicación (...) CON/012-2000 del 14 de julio del presente año, mediante la cual plantea lo siguiente:

“La Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.350 Extraordinario de fecha 19-12-1991, fue reformada por Decreto-Ley N° 412 publicado en la Gaceta Oficial N° 5.396 de fecha 25 de octubre de 1999, reimpresso por error en la Gaceta Oficial N° 5.463 del 09 de mayo de 2000. Antes de la reforma de la Ley, el Directorio Ejecutivo del FIV, conforme a lo previsto en el ordinal 3° del artículo 22, tenía atribuida la facultad de '**Aprobar las normas administrativas del Fondo**'. Ahora bien, la reforma de la Ley eliminó dicha facultad y sólo le acuerda en el ordinal 7° de su artículo 20 '**Aprobar el Reglamento Interno del Fondo**'.

En tal sentido, es preciso señalar que en el FIV, después de la reforma de la Ley, ha sido necesario modificar varios de los instrumentos normativos de carácter interno, lo cual plantea la interrogante en cuanto a la autoridad competente para aprobar dichas normas.

Es así como se ha considerado que el Presidente del Instituto, en ejercicio de una competencia residual, puede aprobar los ordenamientos normativos internos del FIV, con fundamento en el artículo 24 de la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela donde se consagran las atribuciones del Presidente, siendo una de ellas la prevista en el ordinal 8°, según la cual, queda facultado para “Resolver todo asunto que no esté atribuido a otra autoridad...” e informar de ello en la reunión inmediata siguiente, a la Asamblea y al Directorio.”

Seguidamente, señala:

“Planteado el tema en los términos que anteceden, consideramos importante consultarle si resulta apegado al principio de la legalidad administrativa, considerar que el aludido ordinal 8° del artículo 24 de la Ley que regula las funciones de este Instituto, es atributivo de competencia, específicamente en cuanto a dictar normas internas y, por tanto, suficiente para darle legitimidad a los instrumentos administrativos de carácter interno que apruebe el Presidente del Fondo, considerando que una parte de tales instrumentos regulan actividades que están directamente vinculadas con la administración y manejo de los recursos y bienes del Fondo de Inversiones de Venezuela.”

El asunto planteado se circunscribe a establecer cuál sería la autoridad competente, dentro de la estructura organizativa del Fondo de Inversiones de Venezuela (en lo adelante FIV), para aprobar las normas administrativas internas necesarias, sin duda, para el buen funcionamiento del Instituto.

En este sentido, se observa que ciertamente la facultad de “**Aprobar las normas administrativas del Fondo**”, que se encontraba atribuida al Directorio Ejecutivo en el artículo 22 de la derogada Ley del FIV de 1991 (G.O. N° 4.350 Ext. del 19-12-1991), no fue expresamente otorgada en la nueva Ley de 1999 (G.O. N° 5.396 Ext. del 25-10-1999), a ninguno de los tres órganos que integran el Fondo, a saber, la Asamblea General, el Directorio Ejecutivo y la Presidencia.

En el caso particular del Directorio Ejecutivo, órgano que ostentaba tal competencia, se advierte que el artículo 20, numeral 7 de la nueva Ley, le otorgó la facultad de “**Aprobar el Reglamento Interno del Fondo**”, sin embargo, dicha Ley no le atribuye en otra norma la facultad expresa de aprobar otras normas administrativas del Fondo.

Indudablemente que esto nos lleva a tener que analizar cada una de las atribuciones asignadas por la nueva Ley a la Asamblea General, al Directorio Ejecutivo y a la Presidencia, para poder establecer cuál sería, de los tres, el órgano competente, en nuestro criterio, para la aprobación del resto de las normas administrativas.

Comenzamos por señalar que entre las atribuciones conferidas a la Asamblea General, en el artículo 15 de la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela no se encuentra la de aprobar normas administrativas; sólo encontramos una previsión en el numeral 10 que establece que a la Asamblea le corresponden “**Las demás que le señalen este Decreto-Ley y su Reglamento**”. Creemos que esta disposición no constituye una fórmula residual de atribución de competencia, toda vez que debe entenderse que las competencias que le corresponden a este órgano son las que menciona el analizado artículo 15 y las que estén consagradas en otras disposiciones de la propia Ley o de su Reglamento, es decir, las competencias que se encuentren previstas por texto expreso.

Semejante comentario merece la particular situación del Directorio Ejecutivo, ya que el artículo 20 de la Ley del FIV, además de sólo atribuirle a este órgano, en materia normativa, la aprobación del Reglamento Interno, como ya lo referimos, contiene una disposición en el numeral 10, que le asigna “**Cualquier otro asunto que le atribuya este Decreto-Ley y su Reglamento, o la Asamblea en materias de su competencia**”. De manera que al igual que la Asamblea General, el Directorio Ejecutivo sólo tiene competencias en asuntos que expresamente le hayan sido atribuidos por la propia Ley, por su reglamento, o por la Asamblea General, en las materias propias de su competencia, dentro de las cuales no se encuentra expresamente la de aprobar las normas administrativas del Fondo, salvo por lo que respecta al Reglamento Interno, tal como lo prevé el numeral 7 del artículo *in commento*.

Finalmente, en lo que concierne a la Presidencia, se observa que la Ley, en el artículo 24, le atribuye una competencia residual a este órgano, cuando señala que le corresponde “**Resolver todo asunto que no esté atribuido a ninguna otra autoridad, e informar de**

## ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

---

ello a la Asamblea y al Directorio en la reunión inmediata siguiente de cada uno de estos órganos”, lo que pudiera llevar a sostener que tal previsión incluye la facultad de aprobar las normas internas del Fondo.

En nuestra opinión, el otorgamiento a la Presidencia del FIV de esta fórmula residual de competencia, le permite asumir todos aquellos asuntos no atribuidos a los demás órganos, como sería el de elaborar y aprobar las normas administrativas necesarias para su funcionamiento, tomando en cuenta que es al Presidente del Instituto a quien corresponde, por el numeral 1 del mencionado artículo 24 de la Ley, la dirección y administración de la gestión diaria, así como la supervisión de su funcionamiento. Aunado a ello, debe tenerse presente que el único aspecto de la normativa interna del FIV que el legislador excluyó del ámbito de competencia de este órgano unipersonal fue la aprobación del Reglamento Interno de la organización administrativa del Instituto, y por ello expresamente la atribuyó al Directorio Ejecutivo.

En este sentido, pudiéramos también afirmar que no resulta extraña la posibilidad de que el Presidente del FIV pueda dictar normas de carácter interno, en razón de que ello constituye una manifestación de la jerarquía como facultad en la que se desagrega el poder jerárquico que corresponde a ese órgano unipersonal dentro de la estructura organizativa del Instituto.

Oficio N° 04-02-104 del 13 de septiembre de 2000.

*Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAIM). Competencia para administrar los ingresos percibidos por la prestación del servicio de radioayuda.*

**El Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía es el ente al cual legalmente le corresponde no sólo recaudar, sino también administrar los fondos percibidos por la prestación del servicio de radioayuda.**

Memorándum N° 04-04-308 del 20 de diciembre de 2000.

### **I. Consideraciones sobre las resoluciones en las cuales se atribuía competencia al Ministerio de Transporte y Comunicaciones para administrar el producto de las tasas recaudadas por el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía por concepto de prestación del servicio de radioayuda**

Del análisis de la auditoría especial remitida y de la normativa a la cual se alude en la misma, se observa que en verdad emanaron del extinto Ministerio de Transporte y Comunicaciones una serie de resoluciones que, por contener normas en las cuales se le atribuía a

dicho Ministerio la administración de los fondos provenientes del servicio de radioayuda, resultaban contrarias a lo previsto en el artículo 4 de la Ley del Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía.<sup>1</sup>

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del citado artículo, forman parte del patrimonio de ese Instituto Autónomo, “**Las cantidades percibidas** por concepto de **tasas**, cánones, derechos de aterrizaje, estacionamiento, abrigaderos, uso de instalaciones o utillaje, tránsito por las aerovías, **ayudas y demás ingresos derivados de cualesquiera otros servicios** o compensaciones que se presten con motivo de la navegación **aérea**” (destacado nuestro).

Del texto de esa norma sólo puede colegirse que el **Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía** (en lo sucesivo, el **IAAIM**) dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios (según lo establece expresamente el artículo 1 de la misma ley) **constituye el ente al cual legalmente** le corresponde no sólo recaudar, sino también **administrar** los fondos percibidos por la prestación del servicio de radioayuda; precisamente, por formar parte de su patrimonio.

En apoyo de esa aseveración, cabe citar lo expresado por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 07-10-99 (expediente N° 15.264) en cuanto a que “tanto **los institutos autónomos** como las universidades nacionales cuentan con personalidad jurídica propia, que les permite ser titular de derechos y obligaciones, por lo cual manejan una actuación totalmente distinta de la República. Asimismo, **disponen de un patrimonio propio, independiente del fisco nacional que les permite gozar de autonomía, haciendo posible la dirección de su propia administración**” (destacado nuestro).

Por tales circunstancias, se comparte el criterio jurídico expresado por la Procuraduría General de la República, citado en la auditoría especial y ratificado en la misma, según el cual, la Resolución N° 244, de fecha 07 de julio de 1990, emanada del Ministerio de Transporte y Comunicaciones<sup>2</sup> (al igual que otras resoluciones que la precedieron) estaba viciada de ilegalidad, al atribuir a dicho Ministerio, competencia para administrar los recursos (tasas) percibidos por el IAAIM, por concepto de la prestación del servicio de radioayuda. Ello también ocasionó que con base en las normas de esa resolución, el Ministerio dispusiese de recursos provenientes de fuentes distintas a su presupuesto y se afectasen ingresos específicos para cubrir determinados gastos, como se indica en la propia consulta.

---

<sup>1</sup> G.O. N° 29.585 del 16-08-71.

<sup>2</sup> G.O. N° 34.485 del 08-06-90.



Sin embargo, consideramos que al establecerse en el artículo 4º de la Resolución N° 173 del 25-05-99<sup>3</sup> (modificatorio del artículo 7º de la Resolución N° 244) que el IAAIM “será el encargado de recaudar y administrar” los referidos recursos, se corrigió, **en lo sucesivo**,<sup>4</sup> la práctica ilegal de atribuir al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la administración de los mencionados ingresos, mediante **resoluciones** emanadas de ese Despacho.

### II. Consideraciones sobre el “Convenio de Cooperación Inter-Institucional” anexo a la consulta

Se observa que el 26-10-99, se suscribió entre la República de Venezuela por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y el IAAIM, el convenio anexo a la consulta, mediante el cual se estableció, por vía contractual, un “sistema” o “mecanismo” de erogaciones que por su contenido podemos denominar “de imposición de gastos” a ser cubiertos por el mencionado instituto.

Efectivamente, en el convenio en referencia, el IAAIM se obliga a la “ejecución financiera” de una serie de actividades, según los requerimientos de la Dirección General de Transporte Aéreo de ese Ministerio; lo que en realidad se tradujo, según se aprecia de lo reseñado en la auditoría, en desembolsos realizados por el instituto con cargo a su presupuesto, para cubrir gastos derivados de actividades que por su propia naturaleza debían ser realizados por el extinto Despacho de Transporte y Comunicaciones y por ende, atendidos con cargo al presupuesto del mismo.

En el mismo orden de ideas, debe señalarse también, que a través de la imposición de esa ejecución financiera estipulada en el contrato, se establecieron a cargo del Instituto, actividades adicionales que ni material ni territorialmente<sup>5</sup> se corresponden con las competencias, funciones y objetivos que para el mismo establece **expresamente** el artículo 2 de

---

<sup>3</sup> G.O. N° 36.725 del 17-06-99.

<sup>4</sup> Es decir, desde la fecha de publicación de esa resolución.

<sup>5</sup> Así, en el literal C) de la Cláusula Tercera del Convenio, se obliga al instituto a la ejecución financiera de “La conservación, reparación y mejoras de la infraestructura aeroportuaria” de **todos** “los Aeropuertos aún adscritos al Ministerio de Transporte y Comunicaciones” e incluso de edificaciones tales como la de las Torres de Control y del Cuerpo de Bomberos de esos aeropuertos. Ello, a pesar de que de los numerales 1 y 5 del artículo 2 de la Ley del IAAIM, así como de lo previsto en el artículo 10 ejusdem se desprende claramente, que las **competencias del Instituto** en cuanto se refiere a obras, instalaciones y servicios (lo que incluye a los equipos necesarios para prestarlos) **se hallan circunscritas territorialmente al área del Aeropuerto Internacional de Maiquetía**. Se comparte, por tanto, la opinión expresada en la páginas 16 y 17 de la auditoría, acerca de que las actividades a las cuales se compromete al IAAIM en el convenio, no se encuentran dentro del ámbito material y territorial que según su ley de creación, le corresponden al instituto.

su ley de creación. Conviene precisar, además, que tal asignación de tareas se hizo por **vía contractual**, a pesar de que en los artículos 1,<sup>6</sup> 7, 9, 10, 11 y 12 de dicha ley, se prevé que las funciones y competencias del instituto y de sus órganos, serán aquéllas que se establezcan tanto en la propia ley, como en los reglamentos de la misma.

Mediante esa imposición contractual, de la cual se derivan importantes gastos para el IAAIM, sin contraprestación alguna para el mismo, cabe afirmar, que puede llegar a dificultarse e incluso a impedirse el cumplimiento, por parte de las autoridades del mencionado instituto autónomo, de la obligación prevista en el numeral 6 del artículo 2 de su ley de creación, según el cual el instituto debe “Procurar la recuperación de las inversiones mediante la obtención de beneficios suficientes para cubrir los gastos y amortizar el capital invertido”.

Asimismo, puede decirse que la obtención desproporcionada de ventajas para el ministerio, en detrimento de los intereses patrimoniales del instituto, implica la inobservancia por los representantes del Despacho, del deber establecido en la parte final del mismo artículo 2, donde se dispone que “Los despachos ministeriales y las autoridades de todo orden colaborarán con el instituto, dentro de los límites de sus respectivas competencias, para lograr los **objetivos** indicados en el presente artículo”.

Se observan así, actuaciones de una y otra parte, que resultan contrarias a expresas competencias, **finalidades** y obligaciones del IAAIM, previstas en el artículo 2 de su ley de creación.

Igualmente puede apreciarse que mediante lo estipulado en la cláusula cuarta del convenio, en la parte relativa a la composición de la Comisión de Licitaciones, se incumplen de manera manifiesta, las exigencias contenidas en el artículo 68 de la Ley de Licitaciones vigente<sup>7</sup> para la época de suscripción del convenio, aunque en el párrafo único de la misma cláusula cuarta de modo contradictorio se exprese que “En todo caso se observarán las disposiciones legales que regulan la materia, muy especialmente las normas sobre licitaciones”.

Así, en la mencionada cláusula se estipula que el instituto se “**compromete a integrar** la Comisión de Licitaciones, con el carácter de miembros principales, con funcionarios adscritos a '**El Ministerio**' designados por el Director General Sectorial de Transporte

---

<sup>6</sup> En la parte final del artículo 1 se establece que “La **competencia, organización y funcionamiento del Instituto y de sus dependencias se regirá por esta ley y por los reglamentos respectivos**”. Tal sujeción a la propia ley así como a su reglamentación, en cuanto a la atribución y distribución de competencias a órganos del instituto, se reitera en distintos numerales de los artículos citados supra.

<sup>7</sup> G.O. N° 5.386 Extraordinario del 11-10-99.

**Aéreo.** En vista del carácter eminentemente técnico de las adquisiciones y servicios objeto del presente Convenio, las partes convienen que el Comité Técnico encargado de las respectivas evaluaciones estará conformado íntegramente por personal técnico de 'El Ministerio' ”.

Se acordó esa integración de la Comisión de Licitaciones y de un “Comité Técnico” así como designaciones a cargo del Director General Sectorial de Transporte Aéreo del Ministerio y no de la máxima autoridad del IAAIM, a pesar de que las adquisiciones serían hechas por el instituto, y por tanto, debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Licitaciones, cuyo texto es el siguiente:

“En los entes sujetos a esta Ley (entre los cuales se encuentran los institutos autónomos, según el artículo 2 ejusdem) se constituirán las Comisiones de Licitaciones que se estimen convenientes, las cuales estarán integradas por un número impar de miembros de calificada competencia profesional y reconocida honestidad y serán designados **por la máxima autoridad del ente, preferentemente entre sus empleados**, debiendo estar **representadas** en las Comisiones **las áreas jurídica, técnica y económico financiera**” (paréntesis y destacado nuestros).

Con base en lo precedentemente expuesto en esta parte del presente memorándum, puede señalarse, finalmente, que el convenio en cuestión constituye en su globalidad, un contrato que también contraviene la prohibición que, si bien se encuentra contenida en el artículo 6° del Código Civil,<sup>8</sup> resulta de **aplicación general en materia contractual**, incluyendo aquellos contratos como el comentado, en que las partes sean personas jurídicas estatales. Según el mencionado artículo, “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

### **III. Consideraciones acerca de la ejecución del Convenio y de la presunta utilización de recursos en finalidades distintas a las previstas en el presupuesto del IAAIM**

Del examen de la auditoría especial, se observa que en la ejecución del convenio se habría incurrido, en materia de gastos, en múltiples contravenciones a normas legales e incluso a cláusulas del propio contrato (como sucede en materia de gastos de personal); destacándose entre las contravenciones a normas legales, la presunta utilización de créditos presupuestarios del Instituto para pagar **directamente**<sup>9</sup> gastos del Ministerio (con lo cual se

---

<sup>8</sup> G.O. N° 2.990 Extraordinario del 26-07-82.

<sup>9</sup> Es decir, sin utilizar los créditos presupuestarios de la partida correspondiente a transferencias, que sería el modo previsto en el Plan Único de Cuentas para que entes públicos contribuyan con otros para atender sus gastos.

habría incurrido en malversación) y el no sometimiento de contratos a licitación, (en casos en que sí procedía (desatendiendo observaciones de la Contraloría Interna) así como presuntas omisiones al control previo La determinación de indicios acerca de tales contravenciones, haría procedente la apertura de averiguaciones administrativas, de conformidad con lo previsto en los artículos 112 y 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

No obstante, debe señalarse que le corresponde a la Dirección General consultante, realizar actuaciones tendientes a comprobar la realidad y exactitud de las observaciones formuladas por la firma auditora en su informe (auditoría especial) a fin de elaborar el informe respectivo que pueda servir a su vez de fundamento a las actuaciones que eventualmente emprendería la Dirección General de Averiguaciones Administrativas y Procedimientos Especiales, en ejercicio de sus competencias.

Memorándum N° 04-04-308 del 20 de diciembre de 2000.

*Régimen de personal de la C.A. Metro de Caracas.*

**La C.A. Metro de Caracas (CAMETRO) es una empresa del Estado que funciona de acuerdo al régimen mercantil de derecho privado, y que en lo concerniente al régimen de su personal se sujeta a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.152 Ext. del 19-06-97) o a la contratación colectiva, según el caso.**

VER: DERECHO LABORAL: Orden Público de la normativa laboral. Principio de la irrenunciabilidad. Procedencia de liquidaciones laborales efectuadas conforme a un régimen interno aprobado por la Junta Directiva de la C.A. Metro de Caracas, para el personal de Dirección o de Confianza.

Memorándum N° 04-02-310 del 20 de diciembre de 2000.

# **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



*Movilización de recursos recaudados por concepto de tasas por servicios de aduanas, afectados por la Ley Orgánica de Aduanas a necesidades del servicio aduanero.*

El Artículo 3° de la Ley Orgánica de Aduanas vigente supedita lo concerniente a la administración del 50% de lo recaudado por concepto de tasas por servicios de aduanas, afectado legalmente a cubrir necesidades del servicio aduanero, a lo que se establezca por vía de Reglamento, el cual hasta la fecha no ha sido dictado. No obstante, la misma disposición legal deja a salvo de dicho condicionamiento lo relacionado con la apertura de cuentas donde será depositado el producto de esta deducción, razón por la que tal impedimento no se extiende a la apertura de cuentas para depositar el producto de lo afectado.

En este orden de ideas, se entiende que la movilización de los mencionados recursos mediante la apertura de cuentas para trasladar dentro de una misma entidad financiera o hacia otra el producto de lo afectado constituye simplemente una modalidad que puede adoptar la única operación de administración permitida por el citado artículo 3°, numeral 5 de la Ley Orgánica de Aduanas, en relación con los recursos afectados. Por tanto, siempre que se haga con la sola finalidad de obtener mejores rendimientos, no encuentra esta Dirección que exista obstáculo jurídico para su realización.

Memorándum N° 04-02-197 del 18 de agosto de 2000.

Los recursos a los cuales se contrae la consulta provienen de la afectación legal de un porcentaje de las tasas que deben pagar los usuarios de los servicios que preste la Administración Aduanera, contempladas en el numeral 5 del artículo 3° de la Ley Orgánica de Aduanas vigente (Gaceta Oficial N° 5.353 Extraordinario del 17-06-99) y que el Parágrafo Primero del mismo artículo regula de la siguiente manera:

**“Las tasas previstas en el numeral 5 del presente artículo se enterarán al Fisco Nacional, previa deducción del cincuenta por ciento (50%), el cual será destinado a cubrir las necesidades del servicio aduanero, debiendo liquidarse en planilla separada. A tales fines, se abrirán las cuentas donde será depositado el producto de esta deducción. El Reglamento establecerá el procedimiento y los mecanismos necesarios para la administración de dicho porcentaje. Esta tasa no podrá ser utilizada para cubrir remuneraciones a funcionarios”** (resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, la disposición antes transcrita –incorporada a la Ley Orgánica de Aduanas de 1978 en la reforma parcial efectuada por Decreto-Ley en 1998 (Gaceta Oficial N° 36.575 del 05-11-98)– supedita lo concerniente a la administración de los referidos recursos a lo que se establezca por vía de Reglamento, el cual hasta la fecha no ha sido dictado o publicado.

No obstante, la misma disposición deja a salvo de dicho condicionamiento lo relacionado con la apertura de "...las cuentas donde será depositado el producto de esta deducción", la cual es, sin duda, una de las facultades que integra la actividad o función de administración de fondos, bien sean estos públicos o privados.

De acuerdo con lo expuesto, si bien la circunstancia de que no se haya dictado el Reglamento previsto en el artículo 3º, numeral 5 de la Ley Orgánica de Aduanas, que debe establecer el procedimiento y mecanismos necesarios para la administración del porcentaje que la misma norma destina al servicio aduanero, constituye un impedimento para la administración de los recursos objeto de afectación, tal impedimento no se extiende a la apertura de cuentas para depositar el producto de lo afectado, conforme a lo establecido en la disposición copiada.

Ahora bien, entiende esta Dirección que la movilización de dichos recursos, consistente en la apertura de cuentas para trasladar dentro de una misma entidad financiera o hacia otra el producto de lo afectado, constituye simplemente una modalidad que puede adoptar la única operación de administración permitida por el citado artículo 3º, numeral 5 de la Ley Orgánica de Aduanas, en relación con los recursos afectados, pues sería una sutileza desconocer que en estos casos lo trasladado de una cuenta a otra, desde el punto de vista material, sustancial, es principalmente el producto de lo destinado por el legislador al servicio aduanero. Por lo tanto siempre que se haga con la sola finalidad de obtener mejores rendimientos, no encuentra esta Dirección que exista obstáculo jurídico para su realización.

Por lo expuesto, esta Dirección comparte en el aspecto indicado la opinión que sostiene la Dirección consultante.

No obstante, en cuanto a la imposibilidad de realizar otras actividades de administración en relación con los recursos afectados al servicio aduanero, a todo evento, es menester observar que en consonancia con lo preceptuado en el Parágrafo Primero del artículo 3º de la Ley Orgánica de Aduanas, el Reglamento de Reorganización del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria - SENIAT, cuya última reforma se dictó mediante Decreto N° 682 del 07-02-2000 (Gaceta Oficial N° 36.892 del 15-02-2000), expresamente en su artículo 25 incluye como fuentes de ingreso de esa organización a los señalados recursos (numeral 2), así como también a los intereses y demás productos que resulten de la administración de todos sus fondos (numeral 7), no obstante, no establece previsión específica en cuanto al procedimiento y mecanismos para la administración del porcentaje de las tasas por servicios aduaneros.

Por otra parte, cabe comentar que aun cuando en el artículo 38 del Reglamento de Reorganización del SENIAT, erróneamente se admite la sujeción de ese servicio autónomo al Reglamento de los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica dictado mediante Decreto N° 1.580 del 13-11-96 (Gaceta Oficial N° 36.095 del 27-11-96), sin percatarse que



ese instrumento había sido derogado por la Ley Orgánica de la Administración Central (Gaceta Oficial N° 36.850 del 14-12-99), lo cierto es que a la fecha tampoco se ha dictado el Reglamento al que alude el texto legal nombrado, en el cual deben contemplarse previsiones en relación con el grado de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica (artículo 66).

En otro orden de ideas, resulta oportuno indicar que respecto al establecimiento, por parte del Ejecutivo Nacional, de limitaciones o normas a la Administración Pública Nacional en cuanto a la administración de sus recursos, además del Instructivo Presidencial N° 25 del 04-02-93, cuya vigencia efectivamente estuvo circunscrita al ejercicio presupuestario de 1993, posteriormente fue dictado el Decreto N° 345 del 14-09-94 (Gaceta Oficial N° 35.546 del 14-09-94, reimpreso por error material en la Gaceta Oficial N° 35.552 del 22-09-94), cuyo artículo 3° dice:

“La Administración Pública Centralizada distribuirá los recursos disponibles en las instituciones financieras de forma tal que **en las cuentas corrientes no se exceda del veinte por ciento (20%) de los mismos y lo restante se depositará en colocaciones a la vista de alto rendimiento.**

Los intereses devengados por los recursos invertidos serán entregados a la Tesorería Nacional.

Los entes de la Administración Pública Descentralizada sometidos al presente Decreto informarán trimestralmente a la Tesorería Nacional sobre el monto de los intereses generados por las colocaciones de fondos públicos”.

Sobre el Decreto N° 345 del 14-09-94 es preciso acotar que por el Decreto N° 850 del 20-09-95 (Gaceta Oficial N° 35.801 del 21-09-95) se extendió por un año el único plazo que aquél contemplaba, a saber, el otorgado a los órganos de la Administración Pública Nacional que no hubiesen sido objeto de reorganización administrativa o que ordenada o ejecutada no hubiesen aplicado cambios estructurales y sustanciales reducciones presupuestarias, a los fines de que la hicieran o ejecutaran de inmediato su reestructuración administrativa.

Por otra parte, en torno a la previsión que trae el artículo 23 de la Ley Presupuesto para el ejercicio fiscal en curso (Gaceta Oficial N° 5.420 Ext. del 29-12-99), en su Título I, contentivo de las Disposiciones Generales, en cuanto a los depósitos de los recursos presupuestarios no utilizados por los organismos sujetos a la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, tenemos que la misma está referida a los créditos presupuestarios asignados en esa Ley y no a los recursos propios de los organismos, siendo que además otorga posibilidades en materia de colocaciones que no se compadecen con lo dispuesto en el Parágrafo Primero del artículo 3° de la Ley Orgánica de Aduanas, como por ejemplo prever colocaciones en instrumentos financieros distintos a las cuentas bancarias, en los siguientes términos:

“Artículo 23.- Los organismos sujetos a la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario que tengan créditos asignados en esta Ley, **están obligados a depositar los recursos no utilizados durante la ejecución de sus presupuestos en las instituciones financieras reguladas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como en leyes especiales, en cuentas u otros instrumentos financieros que ofrezcan las mejores condiciones de tasas y de menores riesgos, conforme a la información disponible en el mercado financiero local. El manejo de estos recursos deberá hacerse de manera que no retrase, interfiera o impida la ejecución física de los programas y actividades, ni el pago oportuno de sus compromisos.**

Los responsables del manejo de fondos en avance de los órganos del Poder Nacional deberán tener en las cuentas corrientes, recursos no utilizados superiores al veinte por ciento (20%) del monto total depositado en dichas cuentas, y deberán efectuar colocaciones a la vista por el restante ochenta por ciento (80%). Los rendimientos serán enterados al Tesoro Nacional dentro de los tres primeros días hábiles siguientes al final de cada mes.

Los entes descentralizados, podrán capitalizar los rendimientos obtenidos o disponer de los mismos, de conformidad con las previsiones legales y demás normas sobre la materia.

Los organismos de la administración central y los entes de la administración descentralizada quedan obligados a informar a los diez (10) días siguientes al final de cada mes sobre las condiciones de las colocaciones, sus rendimientos y su utilización a la Tesorería Nacional y a la Oficina Central de Presupuesto.

La Tesorería Nacional, se abstendrá de dar curso a las órdenes de pago de los organismos que no cumplan con esta obligación, debiendo exigir la aplicación de los requisitos a que se refiere el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario”.

Finalmente, en nuestro criterio, la respuesta a la comunicación del SENIAT que genera la presente consulta debe ponderar los siguientes aspectos:

1) Que a este Organismo Contralor no compete otorgar permiso al SENIAT para efectuar las movilizaciones bancarias proyectadas.

2) Que el establecimiento de cualquier limitación sobre la materia corresponde al Ejecutivo Nacional, tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (Gaceta Oficial N° 36.916 del 22-03-2000), como de acuerdo con la Ley Orgánica de Aduanas.

3) Que la Oficina Central de Presupuesto es, por esencia, el organismo al que compete asesorar en materia presupuestaria a los organismos cuyos presupuestos son regidos por la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, a tenor de lo estatuido en el artículo 66 de dicho texto legal.

4) Que el SENIAT constituye un órgano desconcentrado del Ministerio de Finanzas, que depende jerárquicamente del Ministro y que está sometido a su control, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 70 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Central (Gaceta Oficial N° 36.850 del 14-12-99), instrumento éste que derogó el Reglamento de los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica (Decreto N° 1.580 del 13-11-96, Gaceta Oficial N° 36.095 del 27-11-96).

5) Que el SENIAT en los actuales momentos se encuentra intervenido, según Decreto N° 592 del 21-12-99 (Gaceta Oficial N° 36.869 del 13-01-2000), siendo el Ministro de Finanzas quien preside la Comisión Interventora.

6) Que aún no se ha dictado el Reglamento que establece el procedimiento y los mecanismos necesarios para la administración del porcentaje afectado de las tasas por servicio aduanero, al cual alude el Parágrafo Primero del artículo 3° de la Ley Orgánica de Aduanas.

Memorándum N° 04-02-197 del 18 de agosto de 2000.

### *Administración Municipal. Sistema de Autoseguro. Procedencia.*

El "Programa de Atención Médica Integral" concebido para ser puesto en práctica en el Municipio (...) no se trataría en realidad de un auténtico autoseguro sino de un mecanismo a través del cual un ente estatal ( el Municipio) actuaría como asegurador de aquellos de sus empleados y trabajadores que se inscriban voluntariamente en el programa cubriendo los riesgos de éstos y de parte de su grupo familiar, de igual manera a la prevista en una póliza de seguros de hospitalización, cirugía y maternidad. Tal aportación por personas distintas resulta constitutiva del elemento "mutualidad" cuya presencia descarta, según se explicó en el referido dictamen, que estemos ante un verdadero autoseguro.

Tanto la actividad aseguradora de naturaleza contractual o voluntaria como la de intermediación de seguros que ejercería la empresa asesora, constituyen materias reguladas en nuestro país por la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros y por su Reglamento General. Pese a su denominación, ambos instrumentos normativos no se limitan a regir a las empresas de esos ramos, sino que su ámbito de aplicación se extiende a la actividad aseguradora en Venezuela, de carácter contractual o voluntario, (en cuanto a no ser establecidas mediante ley las obligaciones de asegurarse ni de cotizar) y a las actividades

que se relacionen con la misma. Sólo quedaría por tanto, fuera de dicho ámbito, la actividad aseguradora de “seguridad social” la cual es de aportación y de afiliación obligatoria por los asegurados y que actualmente es prestada por Institutos Autónomos de Previsión Social, creados a tal fin por leyes especiales nacionales.

Memorándum N° 04-02-287 del 30 de noviembre de 2000.

## I. Consideraciones sobre la figura del autoseguro

En el Dictamen N° DGSJ-1-94 de fecha 28-12-94,<sup>1</sup> esta Dirección de Asesoría Jurídica realizó las siguientes consideraciones sobre la procedencia de un denominado “sistema de autoseguro” a ser implantado por el Ministerio Público, que resultan trasladables *mutatis mutandis* al caso que nos ocupa.

“El auténtico sistema de autoseguro consiste, como se deriva de los estudios doctrinarios realizados sobre la figura en una especie de ahorro individualizado –puede hablarse también de ‘apartados’– que una persona individual o jurídica, o que una determinada organización realiza con la finalidad de cubrir por sí misma, los riesgos que pudiesen amenazarle, lo que implica la utilización de tales fondos para realizar los pagos correspondientes en caso de que acontezcan los siniestros respectivos.

El autoseguro supone entonces, según lo expresa el autor Efrén Ossa **una sola existencia económica que asume sus propios riesgos**; motivo por el cual le son **ajenos dos elementos** que se encuentran presentes en los contratos de seguros y en las asociaciones constituidas con fines de previsión: **la pluralidad de personas y la mutualidad**. Se encuentran así **ausentes**, por el carácter **unilateral** de la figura, la **convención entre partes** y el sistema **mutualista-contributivo** (a través de primas o **aportes** previstos, respectivamente, en un contrato de seguros o en los estatutos de una asociación) mediante el cual varias economías confluyen para distribuir entre todas los riesgos o las pérdidas que cada una de ellas (es decir, individualmente consideradas) pudiera sufrir en la oportunidad de acaecerle alguno de los siniestros cubiertos convencionalmente hasta un determinado monto.

Se han citado doctrinariamente como ejemplo de autoseguros, los que se indican a continuación:

---

<sup>1</sup> Publicado en *Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República*, 1992-1995, Tomo XI vol. I, p.p. 56 a la 65.

- a) El de una empresa que, teniendo un campamento cercano a una reserva, hace un apartado para cubrir los eventuales daños que podría producirle una inundación.
- b) El de una empresa que, al ahorrarse lo que pagaría por concepto de primas a una compañía aseguradora, constituye con esa cantidad **una especie de fondo de previsión para afrontar directamente el pago de los siniestros que podrían acontecerle a su personal.**  
(omissis).

“... desde el punto de vista jurídico, aunque ya a nivel estrictamente presupuestario y no meramente funcional, la implantación de la figura encuentra un obstáculo inicial, derivado del denominado “**principio de especificidad cualitativa del presupuesto**” consagrado en el artículo 43 in fine de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, en orden al cual no se puede disponer de los respectivos créditos presupuestarios para una finalidad distinta a la prevista en la correspondiente Ley Anual de Presupuesto. **Contravenir esa norma implicaría incurrir en el delito de malversación**, tipificado en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Se observa que ni en la Ley de Presupuesto vigente **ni en el Plan Único de Cuentas actualmente en vigor se han previsto partidas específicas dentro de las cuales pudiesen ser encuadrados los gastos originados por un sistema de autoseguro**. En cuanto atañe concretamente al presupuesto del Ministerio Público, además de no haberse previsto esas partidas específicas, tampoco se incluyeron partidas globales que permitiesen imputar a las mismas los referidos gastos. Tal situación sería solucionable incluyendo en las futuras Leyes de Presupuesto y en los sucesivos Planes Únicos de Cuentas, partidas específicas o globales que permitiesen imputar a los créditos presupuestarios asignados a esas partidas, los gastos en que se incurriese con motivo del autoseguro.

Cabe señalar, no obstante, que aún quedando subsanada la situación descrita anteriormente, **subsistiría una limitación, también de orden presupuestario, derivada del llamado “principio de anualidad del presupuesto”** consagrado en los artículos 11 y 42 de la Ley Orgánica de la materia.

*En virtud de dicho principio, los recursos eventualmente excedentes (vale decir, contemplados en créditos presupuestarios no comprometidos al término del ejercicio que culmine al 31 de diciembre de cada año) tendrían que ser reintegrados al Tesoro (por caducidad de esos créditos,*

*prevista en el mencionado artículo 42). Por consiguiente, no podrían formar parte, para el año siguiente ni para los sucesivos, del “apartado” destinado a la cobertura de los riesgos y a la cancelación de los siniestros previstos en el autoseguro; ello a diferencia de las entidades no estatales, a las cuales, por no serles aplicable la legalidad presu- puestaria, les resulta posible conservar tales recursos para seguirlos destinando durante años consecutivos, al autoseguro.*

Debe advertirse igualmente, que según la doctrina, el **autoseguro requiere, además para su cabal operatividad, de una serie de condiciones de orden material, sin cuya presencia constituiría una simple aspiración y no una auténtica realidad.**

La primera y más evidente de dichas condiciones consiste en que la persona entidad y organismo respectivo cuente con **recursos económicos cuantiosos y suficientes** para poder sufragar efectivamente, los siniestros que pudiesen afectarle. No en balde los autores Ossa, Benitez y Lansberg hacen referencia al autoseguro como un sistema empleado fundamentalmente por empresas muy poderosas desde el punto de vista económico.

El segundo requisito, muy vinculado con el anterior, aludido también por Ossa y Benitez en el extranjero y por Mármol Marquis y Tinoco en Venezuela, exige la **imprescindible** existencia de una gran **dispersión en los riesgos** a ser cubiertos, pues **de lo contrario el autoseguro sería demasiado oneroso** e incluso podría tornar insuficientes los recursos destinados por cuantiosos que éstos fuesen.

Esa dispersión en general, como en los contratos de seguro está referida, según lo indica Tinoco, a que los **objetos sometidos a riesgo no estén muy aproximados (dispersión en el espacio) y por la otra, a la posibilidad de que la repetición de sucesos no sea excesiva (dispersión en el tiempo).**

Unido a los dos anteriores se encuentra el requerimiento técnico de la realización previa **de estudios y cálculos estadísticos que permitan prever con la mayor aproximación, el número y magnitud de los siniestros a sucederse en el respectivo período** para así hacer, con esa base científica, los apartados correspondientes, **sin ese soporte técnico de previsión**, sería poco probable que el autoseguro rindiese los resultados esperados.

Debido a la necesaria concurrencia de esas condiciones, el autor Ossa concluye afirmando que **el autoseguro tiene un campo de acción muy**

**restringido y que debe hacerse uso de él con la más esmerada cautela; opinión con la cual coincide Mármol Marquis” (destacado nuestro).**

Como puede observarse, esta Dirección de Asesoría Jurídica ha emitido opinión sobre la figura del autoseguro y ha expuesto los **obstáculos jurídico- presupuestarios** de la figura, los cuales, conviene puntualizarlo, afectan a los órganos y entes **cuyos presupuestos se encuentran sometidos a los principios de especificidad cualitativa y de anualidad**, previstos en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y que **igualmente, según el artículo 10 de la misma, deben regir sus procesos presupuestarios por el Plan Único de Cuentas** elaborado por la Oficina Central de Presupuesto.<sup>2</sup> Entre esos entes cabe incluir, por supuesto, a los Municipios y por tanto, al Municipio (...).

De la revisión realizada a la Ordenanza de Presupuesto del mencionado municipio para el año 2000<sup>3</sup> (por cierto reconducido) y al Plan único de Cuentas también vigente para el presente año, se observa que se mantiene el “obstáculo jurídico” referido al principio de especificidad cualitativa, ya que no se han previsto partidas dentro de las cuales puedan encuadrarse los gastos derivados de un sistema de autoseguro; esto es, donde se establezca que con cargo a esa partida o partidas, puedan pagarse directamente determinados siniestros sufridos por los trabajadores, sin aportación alguna por parte de éstos. Obviamente también se mantiene el obstáculo jurídico atinente al principio de anualidad presupuestaria.

*En el citado dictamen también se precisaron los requisitos **materiales** que deberían cumplirse para la viabilidad y eficacia del autoseguro en la respectiva organización (pública o privada) que decidiese adoptarlo y que explican porqué su campo de acción es tan restringido y su uso casi inexistente en la actualidad.*

## **II. Consideraciones sobre la naturaleza y contenido del “Programa de Atención Médica Integral” elaborado por la Alcaldía del Municipio (...) y sobre el “Contrato de Asesoría Técnica y Profesional” a ser suscrito por la empresa (...).**

Del análisis del contenido del oficio suscrito por el Alcalde de (...) y de sus anexos así como del propio proyecto de respuesta elaborado por la Dirección de Control de Municipios, se aprecia que el “**Programa de Atención Médica Integral**” (en lo sucesivo el programa) concebido para ser puesto en práctica en dicho municipio **no se trataría en**

---

<sup>2</sup> Esa Oficina, que era una Oficina Central de la Presidencia de la República, pasa a transformarse, por disposición de los artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (G. O. N° 37.029 del 05-09-2000) en la Oficina Nacional de Presupuesto, dependencia especializada del Ministerio de Finanzas.

<sup>3</sup> Gaceta Municipal del Municipio (...) N° 028-01-2000 Extraordinario del 25-01-2000.

realidad de un auténtico autoseguro<sup>4</sup> sino de un mecanismo a través del cual un ente estatal (el Municipio ...) actuaría como **asegurador de aquellos de sus empleados y trabajadores que se inscriban voluntariamente en el programa** cubriendo los riesgos de éstos y de parte de su grupo familiar, de igual manera a la prevista en una **póliza** de seguros de hospitalización, cirugía y maternidad, (se establece incluso un plan básico y otro de exceso). A tal fin, efectuarían aportes tanto el propio ente asegurador, como los trabajadores que convinieran en hacerlos.

*Justamente, tal aportación por personas distintas resulta constitutiva del elemento “mutualidad” cuya presencia descarta, según se explicó en el referido dictamen, que este mos ante un verdadero autoseguro.*

Ello queda igualmente desvirtuado por la circunstancia de que **en verdad se trataría de un mecanismo contractual**<sup>5</sup> según puede apreciarse de una serie de elementos detallados en el propio texto del programa.

*En efecto, en la página 3, se expresa, sobre su vigencia inicial, que “Este condicionado entrará en vigencia en la fecha indicada en el contrato”. Y en cuanto al plan de exceso, se indica (página 7) que las exclusiones serían las “propias de contratos de esta naturaleza” (destacado nuestro). También resulta indicativo de la naturaleza contractual del mecanismo ideado, el hecho de que en las páginas 5 y 6 se establezca el pago de “primas” las cuales constituyen elemento característico del contrato de seguros, definido en el artículo 548<sup>6</sup> del Código de Comercio.<sup>7</sup>*

**Se trataría, en todo caso, de un mecanismo voluntario**, en cuanto a que se prevé la **inscripción** de los trabajadores en el programa; y entendemos que ésta sólo puede ser **voluntaria**, ya que no existe ningún texto legal que los obligue a que se afilien a ese progra-

---

<sup>4</sup> Dentro del orden de ideas expuestas en el Dictamen N° DGSJ-1-94 del 28-12-94, para ello sería necesario que hubiese una especie de fondo autónomo del Municipio o que al menos existiesen créditos presupuestarios con cargo a los cuales, sin ningún tipo de aporte ni pago de prima por los trabajadores, se pudiesen pagar directamente los siniestros sufridos por ellos y así se hiciese.

<sup>5</sup> Se trataría, de manera similar al caso tratado en el Dictamen N° DGSJ-1-94 del 28-12-94, de una especie de contrato de seguro **atípico**, en cuanto a que el asegurador sería un ente estatal que también realizaría aportes y que no perseguiría el fin lucrativo propio de las empresas aseguradoras. Además, como se precisará infra, se utilizaría como intermediario a una empresa “asesora”; no a una sociedad de corretaje.

<sup>6</sup> El artículo 548 del Código de Comercio establece: “El seguro es un contrato por el cual una parte se **obliga**, mediante una **prima**, a indemnizar las pérdidas o los perjuicios que puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor; o bien a pagar una suma determinada de dinero, según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona”.

<sup>7</sup> G.O. N° 475 Extraordinario del 21-12-55.



ma, como sí ocurre en el caso de las leyes especiales de seguridad social, las cuales rigen a los institutos de previsión social, y que sí establecen como obligatoria la afiliación de sectores de trabajadores o profesionales a dichos institutos.

Al respecto, no puede soslayarse que tanto la derogada Constitución de 1961<sup>8</sup> como la vigente, de 1999<sup>9</sup> (ésta con mayor énfasis) reservan al Poder Legislativo **Nacional**, la legislación relativa a la seguridad social, tanto de los funcionarios públicos como de los trabajadores en general. Por consiguiente, no sería válido que mediante Ordenanza se estableciera un Régimen Jurídico de Seguridad Social, (es decir, con afiliación y aportación obligatoria) en virtud de la referida reserva al Poder Nacional.<sup>10</sup>

Por otra parte, del texto de los literales b, d, e, f, g y h de la cláusula N° 6 del **proyecto de “Contrato de Asesoría Técnica y Profesional”** se observa claramente que **las prestaciones de gestión o tramitación** a ser cumplidas por la empresa contratante (entrega de facturas originales y sus soportes; determinación de procedencia de servicios y del monto a reintegrar; expedición de finiquitos; entrega de credenciales a los **asegurados** y demás beneficiarios; entrega de cartas compromiso; estados de cuenta sobre servicios, cartas avales y autorizaciones en caso de emergencias así como en general la tramitación relacionada con la implementación y funcionamiento del programa) **exceden** a las de **mera asesoría** que indica su denominación, ya que en verdad equivalen a los actos y trámites que normalmente efectuaría una empresa **intermediaria** de seguros (sociedad de corretaje).

*El carácter de intermediario en seguros de la empresa “asesora” se observa aún más diáfano en la comunicación de fecha 20 de septiembre de 2000 dirigida por su Gerente de División Internacional a la empresa de seguros (...) para manifestarle que “Tenemos un nuevo contratante para el Plan de Exceso...”*

**Conviene advertir que tanto la actividad aseguradora** (de naturaleza **contractual** o **voluntaria** en el sentido indicado *supra*) **que ejercería el Municipio (...), así como la intermediación de seguros que ejercería la empresa asesora, constituyen materias reguladas en nuestro país por la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros<sup>11</sup> y por su Reglamento General.<sup>12</sup>**

---

<sup>8</sup> Artículo 136, numeral 24.

<sup>9</sup> Artículos 86, 144 y principalmente el artículo 156, numeral 32.

<sup>10</sup> En el artículo 153 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se prevé, en materia de personal, que el Municipio o Distrito respectivo deberá establecer entre otros sistemas, un adecuado sistema de seguridad social, **a menos que exista uno nacional, al cual debe afiliarse obligatoriamente** el personal municipal o distrital.

<sup>11</sup> G.O. N° 4.865 Extraordinario del 08-03-95.

<sup>12</sup> G.O. N° 5.339 Extraordinario del 27-04-99.

En efecto, pese a su denominación, ambos instrumentos normativos no se limitan a regir a las empresas de esos ramos, sino que su ámbito de aplicación se extiende a la **actividad aseguradora**<sup>13</sup> en Venezuela, de carácter contractual o **voluntario**, (en cuanto a no ser establecidas mediante ley las obligaciones de asegurarse ni de cotizar) y a las actividades **que se relacionen con la misma**. Solo quedaría por tanto, fuera de dicho ámbito, la actividad aseguradora de “**seguridad social**” la cual es de aportación y de afiliación **obligatoria** por los asegurados y que actualmente es prestada por Institutos Autónomos de Previsión Social, creados a tal fin por leyes especiales **nacionales**; entes a los cuales precisamente deben afiliarse de manera obligatoria, en orden a lo dispuesto por esas leyes, determinados sectores laborales o profesionales.

El artículo 1° de la mencionada ley establece:

“El objeto de esta Ley es establecer los principios y mecanismos mediante los cuales el **Estado** regula **las actividades aseguradoras**, reaseguradoras y **conexas** realizadas **en el país**, en beneficio de los contratantes, asegurados y beneficiarios de los seguros mercantiles y de la **estabilidad del sistema asegurador**.

La intervención del Ejecutivo Nacional en las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas, desarrolladas en el país, se realizará por órgano de la Superintendencia de Seguros, servicio autónomo de carácter técnico, sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Hacienda” (destacado nuestro).

En el artículo 6° *ejusdem* se prevé:

“La Superintendencia de Seguros tendrá a su cargo la inspección, supervisión, vigilancia, fiscalización, regulación y **control** de la **actividad aseguradora** y en especial de las empresas de seguro y de reaseguros constituidas en el país...” (destacado y puntos suspensivos nuestros).

Cabe aclarar que aunque en el artículo 1° transcrito supra se alude confusamente a “seguros mercantiles” tal expresión debe entenderse como excluyente únicamente de los denominados “seguros sociales” o de seguridad social, de carácter obligatorio, a los cuales nos hemos referido anteriormente, ya que el resto de los seguros (de carácter voluntario)

---

<sup>13</sup> La “actividad aseguradora” constituye un concepto más amplio que la del “contrato de seguro”. La actividad aseguradora es “una institución económica que elimina o reduce los perjuicios que determinados acontecimientos fortuitos producen en el patrimonio de una persona, distribuyendo aquel perjuicio entre una serie de personas” (Ver: Tinoco, *ob. Cit.*, p.251).

tienen carácter mercantil. Bien por ser “actos objetivos de comercio”<sup>14</sup> (seguros contra las pérdidas<sup>15</sup> y sobre las vidas) de conformidad con lo dispuesto en numeral 12<sup>16</sup> del artículo 2º del Código de Comercio. O por ser “actos unilaterales de comercio”<sup>17</sup> (seguros de cosas que no sean objetos o establecimientos de comercio y los seguros de vida) según el artículo 6º *ejusdem*.

En todo caso, en el programa elaborado por la Alcaldía del Municipio (...), se encuentran presentes los elementos que caracterizan al contrato de seguros definido en el artículo 548 del Código de Comercio: el acuerdo de voluntades entre el asegurador (el Municipio) y los asegurados (trabajadores y empleados del Municipio); cobertura de riesgos y pago de primas e indemnizaciones. Además, por su contenido, el programa en cuestión prácticamente constituye una póliza, pues incluye las especificaciones que deben contener las pólizas según el artículo 550 *ejusdem*.

Tal como se expresó en el dictamen citado reiteradamente en el presente memorándum, la Ley de Seguros y Reaseguros, como ley especial que rige en Venezuela aquella actividad aseguradora que hemos denominado “contractual” o “voluntaria”, **ha reservado el ejercicio** de esa actividad a determinadas personas jurídicas: **las sociedades anónimas**<sup>18</sup> cuyo funcionamiento haya sido **autorizado además, por la Superintendencia de Seguros**.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Es decir, independientemente de quien los realice, como sucede también con las letras de cambio, que son objetivamente actos de comercio aunque no sean emitidas o aceptadas por comerciantes. Bolaffio expresa simplemente que “Son actos de comercio porque el legislador ha querido que lo sean. (Ver Tinoco, ob. cit., p. 14 a 15).

<sup>15</sup> **Los seguros de hospitalización, cirugía y maternidad** no establecidos en los denominados “seguros sociales” sino tomados voluntariamente, vienen a ser **actos objetivos de comercio**, como seguros terrestres (vale decir, no marítimos) **contra las pérdidas**, pues en realidad tienen por finalidad resarcir al beneficiario de una pérdida patrimonial eventual, (Ver, sobre el objeto de los denominados “seguros de patrimonio global” a Hugo Mármol Marquis, *Fundamentos del Seguro terrestre*, p.p. 45 a 46).

<sup>16</sup> Resulta interesante señalar que el numeral 12 del artículo 2º del mencionado Código establece que son actos de comercio “Los seguros terrestres **mutuos** o a prima, contra las pérdidas y sobre las vidas” (destacado nuestro). En los **seguros mutuos**, a diferencia del seguro “normal” definido en el artículo 548 *ejusdem* **no se pagan primas, sino que se hacen aportes o contribuciones**.

<sup>17</sup> Aquellos en que el acto es de comercio para uno de los intervinientes.

<sup>18</sup> En el Dictamen N° DGSJ-1-94 del 28-12-94, se mencionan como normas de las cuales se deriva esa reserva, a los artículos 2, 3, 25 y 39 de la Ley de Seguros y Reaseguros de 1975, (G.O. N° 1.763 Extraordinario del 08-08-75) que se encontraba vigente para la época en que se emitió dicho dictamen. Los artículos equivalentes en la ley vigente son los artículos 2, 3, 42 y 53, respectivamente.

<sup>19</sup> Como se indica en el pie de página N° 27 del referido dictamen, sobre el requisito de que el asegurador sea una sociedad anónima, puede verse a: Leoncio A. Landáez Otazo, *Temas de Seguros*, Caracas, 1991, p. 48 y Alejandro Tinoco, *Anotaciones de Derecho Mercantil*, Caracas, (sin año) p. 260.

Por otra parte, conviene señalar que la **intermediación en las operaciones o actividades de seguros**, como la que realizaría la empresa “asesora”, **requeriría igualmente, de la previa autorización de la Superintendencia de Seguros.**<sup>20</sup> Y en cuanto a ello, se observa del análisis de los documentos anexos, que según los estatutos de la empresa, su objeto es “la prestación de servicios de asistencia médica integral y demás servicios inherentes a la salud” pero no aparece en parte alguna la previa autorización de la Superintendencia para actuar en la intermediación de operaciones o actividades de seguro.

Resulta destacable además, que en el programa se alude a los “asegurados” (página 3) y a los “asegurables” (página 4). Sobre el particular debe tenerse presente que de acuerdo con lo establecido en el encabezamiento del artículo 3° de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, “**Sólo** las personas y empresas **autorizadas** de acuerdo con la presente Ley, podrán usar las palabras **seguro** o reaseguro y sus **derivados** en idioma castellano, así como sus equivalentes en cualquier otro idioma...” (destacado y puntos suspensivos nuestros). Entre las palabras derivadas de “seguro” a las cuales alude el citado artículo estarían justamente las palabras “asegurados” y “asegurables”.

Asimismo, es de resaltar la circunstancia ya anotada anteriormente, en cuanto a que el referido programa por su contenido, constituye prácticamente una póliza de seguros; documento que, conjuntamente con sus anexos, debe contar con la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros, según lo establece expresamente el artículo 66 *ejusdem*.

La serie de consideraciones expuestas en esta parte del presente memorándum implican que la aplicación del programa concebido por la Alcaldía del Municipio (...) así como la celebración y ejecución del contrato a suscribirse con la empresa (...) constituirían, respectivamente, **el ejercicio ilegal de la actividad aseguradora por el Municipio y el ejercicio ilegal de la intermediación en seguros por la referida empresa, pues ambas actividades serían ejercidas en contravención a la Ley de Seguros y Reaseguros**, que regula ambas actividades y que prevé una serie de autorizaciones y aprobaciones por parte de la Superintendencia de Seguros, para tal ejercicio.

No obstante, debido a la atipicidad del caso y por las múltiples dudas que podrían generarse, creemos conveniente que aparte de hacer del conocimiento del Alcalde de (...) las consideraciones hechas en el presente memorándum, se le sugiera, consultar a la Su-

---

<sup>20</sup> En el encabezamiento del artículo 1° del Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros, se establece que los intermediarios de seguros **sólo** podrán ejercer sus actividades con la previa autorización del Ministerio de Hacienda (actual Ministerio de Finanzas) por órgano de la Superintendencia de Seguros.

perintendencia, de conformidad con lo previsto en el **Parágrafo Único del artículo 1° del Reglamento** General de la citada Ley, sobre los siguientes aspectos: el programa elaborado por la Alcaldía y su contenido; la actividad del Municipio como asegurador contratante con sus trabajadores y también acerca de la actividad de la empresa asesora, incluyendo su intermediación con la empresa aseguradora (...), para contratar el “Plan de Exceso” de los trabajadores del Municipio.

El mencionado párrafo dispone:

“Corresponderá a la Superintendencia de Seguros decidir en los casos de duda acerca de la **naturaleza** de las operaciones que realice una persona natural o jurídica **cualquiera**, si éstas son operaciones de **seguro** y quedan **sometidas** al régimen establecido en la Ley” (destacado nuestro).

### **III. Consideraciones sobre la eventual imputación de los aportes realizados por la Alcaldía, a las partidas mencionadas en el Programa de Atención Médica Integral**

En el proyecto de respuesta elaborado por la Dirección de Control de Municipios, así como en el referido programa concebido por la Alcaldía del Municipio (...), se indica que los aportes a ser efectuados por dicha Alcaldía, como órgano del Municipio, se realizarían a través de dos (2) fondos en avances que a tal efecto se crearían y los gastos realizados se imputarían a las partidas presupuestarias 4.01.07.98.00 Otras subvenciones a empleados; 4.07.01.03.99 Otras subvenciones socio-económicas del personal pensionado y 4.07.01.04.99 Otras subvenciones socio-económicas del personal jubilado.

Sobre tales particulares cabe hacer referencia, en primer lugar, a lo previsto en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuyo texto es el siguiente:

“Ningún pago puede ser ordenado con cargo al Tesoro sino para pagar obligaciones válidamente contraídas, salvo los avances o adelantos **que se autoricen conforme a las normas y procedimientos previamente establecidos por la Contraloría** y, donde ésta no exista, por el Consejo o Cabildo.

Se consideran avances o anticipos, los adelantos de fondos del Tesoro administrados por funcionarios **autorizados** para ello con el objeto de **cancelar obligaciones válidamente contraídas**”.

*La norma transcrita está referida, evidentemente, al respectivo Tesoro Municipal y a la correspondiente Contraloría Municipal.*

*De conformidad con la citada disposición, los avances a ser autorizados en el caso que nos ocupa, tendrían que serlo cumpliendo para ello, con las normas y procedimientos que previamente haya establecido la Contraloría Municipal<sup>21</sup> del Municipio (...), cuya existencia y contenido desconocemos.*

*Sin embargo, se observa en relación con el mecanismo concebido de creación de avances, que en comunicación de fecha 11-10-2000 (anexa a la consulta) suscrita por el Contralor Municipal y dirigida al Gerente de Recursos Humanos de la Alcaldía, el titular de ese órgano de control, en la parte denominada “Conclusiones y Recomendaciones” hace la siguiente **advertencia**: “...la figura del Fondo de Avance y el contrato de asesoría técnica y profesional, a nuestro modo de ver, **es de alto riesgo, tanto en su administración como en su control**, por el carácter coyuntural y de poca consistencia administrativa y de una sustentación jurídica cuestionable, dado el carácter interpretativo de la creación y funcionamiento de los fondos de avances...” (puntos suspensivos nuestros, destacado del texto original).*

*En cuanto a la sugerida o proyectada imputación de los aportes a las subpartidas mencionadas inicialmente en este capítulo, consideramos que tal imputación sería incompatible con la naturaleza del gasto a realizarse, según lo previsto de modo específico en otras subpartidas detalladas en el Plan Único de Cuentas.*

En efecto, la verdadera naturaleza del gasto periódico (anual o mensual) **inicial** (y en principio, invariable) a ser efectuado por el ente público sería siempre justamente la de un **aporte o contribución** para el seguro, **que como “patrono” haría el Municipio** a sus trabajadores, dentro de un sistema contributivo “doble”, porque comprendería tanto aportes del empleador como de los trabajadores asegurados (en este segundo caso, a través de descuentos porcentuales en sus remuneraciones) contribuyendo así ambos para una institución de prevención de riesgos como es el seguro, que redundaría en beneficio mutuo.

Esa especie de erogación ha sido prevista y descrita expresamente en el vigente Plan Único de Cuentas, en las partidas **específicas** números 4.01.07.08.00 y 4.01.07.18.00, contemplándola en el sentido que hemos indicado, como **aporte patronal** de los entes empleadores, consistente justamente en una **“contribución para financiar”<sup>22</sup> seguros** de

---

<sup>21</sup> Al respecto debe tenerse en consideración, que las Contralorías Municipales son órganos de control **externo** y como tales, no guardan dependencia jerárquica respecto del Poder Ejecutivo Municipal.

<sup>22</sup> El verbo “financiar” tiene, dos acepciones: “1. Aportar el dinero necesario para una empresa. 2. Sufragar los gastos de una **actividad**, obra, etc.” (Ver Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española., vigésima primera edición, Tomo I Madrid, 1.992, p. 970). Ambos significados resultan coincidentes, en esencia, con el sentido que hemos comentado supra sobre la aportación patronal realizada para el seguro y las contribuciones dentro de la actividad aseguradora “voluntaria”.

vida, de accidentes personales, **hospitalización, cirugía, maternidad (H.C.M.)** y gastos funerarios” de sus empleados y obreros, respectivamente (destacado y llamada nuestros).

*Y ha sido determinada igualmente, como gasto a ser destinado, también de manera específica, para financiar el seguro de hospitalización, cirugía y maternidad de los pensionados y jubilados, en las partidas 4.07.01.03.03. y 4.07.01.04.03.*

Debido a esa clara y **específica** determinación de los gastos destinados al financiamiento de los seguros de hospitalización, cirugía y maternidad, que por consiguiente deben ser imputados, en cada caso según corresponda, a una de las cuatro partidas mencionadas, sólo cabe afirmar que **resultaría indebida** la imputación de los gastos de esa especie y finalidad, a las partidas 4.01.07.98.00; 4.07.01.03.99 y 4.07.01.04.99, **como lo pretende la Alcaldía de (...)** y **como lo acepta la Dirección de Control de Municipios en su proyecto de respuesta.**

Ello, en virtud de que esas tres partidas tienen, en común, el ser utilizables únicamente de manera residual para la imputación de gastos destinados a otras ayudas, auxilios o subvenciones que **no hayan sido previstas o contempladas en las partidas específicas que las preceden**, lo cual no ocurriría, según se ha visto, respecto a los gastos por aportación para seguros.

*En el Dictamen N°DGSJ-1-088 del 23-10- 95<sup>23</sup> se precisó lo siguiente:*

“...el ‘Plan Único de Cuentas’ constituye una normativa de carácter **obligatorio** para **todos** los organismos sujetos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, y en particular para los ‘ordenadores de pagos’ ... y para los ‘administradores de fondos de (sic) avance’...Como normativa de carácter obligatorio **no puede ser relajada por la voluntad de dichos ‘ordenadores de pagos’ y ‘administradores de fondos en avance’ ignorando las subdivisiones de las partidas...** (puntos suspensivos y destacado nuestros).

En el mismo dictamen se determinó que la práctica de imputar gastos previstos en una subdivisión de una partida a otra subdivisión de la misma partida, como ocurriría en el caso consultado, **puede generar responsabilidad administrativa.**<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Publicado en *Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República*, 1992-1995, Tomo XI vol. II, p.p. 314 a la 322.

<sup>24</sup> Ese criterio, emitido bajo la vigencia de la anterior Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de conformidad con su artículo 81, resulta plenamente aplicable en la época actual, en virtud de lo previsto en el numeral 12 del artículo 113 de la ley vigente.

**IV. Consideración sobre los depósitos en una cuenta denominada  
“Fondos de terceros”**

Finalmente, en cuanto al proyectado depósito en la referida cuenta, de las retenciones a realizarse a los empleados, por familiares afiliados, y a la cancelación contra ella de “cualquier tipo de siniestros” cabe advertir, por una parte, que aún partiendo del supuesto de la utilidad de dicho mecanismo para el manejo de tales descuentos, su empleo para realizar esos pagos podría llegar sólo hasta el monto total de lo retenido, quedando por resolver lo relacionado con el manejo de los fondos provenientes del municipio y los que debería percibir éste, ya que en su carácter de patrono, realizaría aportes al seguro y como asegurador, en los términos del programa, los percibiría por concepto de **primas** (así las califica el programa) tanto de sí mismo, como de los asegurados. Y como ingresos del municipio, que no están previstos como ordinarios ni extraordinarios en el Plan Único de Cuentas y tampoco en la Ordenanza de Presupuesto, se dificultaría determinar tanto su calificación, como su destinación.

Memorándum N° 04-02-287 del 30 de noviembre de 2000.



# **AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS**



*Inmunidad. Posibilidad de seguir el procedimiento de averiguación administrativa a funcionarios públicos que gozan de la inmunidad prevista en la Constitución de la República cuando existen indicios de la comisión de actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad administrativa.*

**La inmunidad prevista en nuestra vigente Carta Magna no impide la apertura del procedimiento de averiguaciones administrativas respecto a los funcionarios investidos de esa prerrogativa, pues dicho procedimiento administrativo no constituye un proceso o enjuiciamiento de carácter penal y la eventual declaratoria de responsabilidad administrativa no acarrea en modo alguno la detención preventiva o definitiva del declarado responsable.**

Memorándum N° 04-00-00-027 del 21 de marzo de 2000.

En términos generales puede afirmarse, siguiendo a la doctrina,<sup>1</sup> a la jurisprudencia<sup>2</sup> e incluso a la legislación comparada,<sup>3</sup> que la inmunidad es una prerrogativa,<sup>4</sup> es decir, un beneficio o privilegio derivado de ciertos cargos públicos, establecida por mandato constitucional, de la que gozan, en razón de las importantes funciones que se les ha encomendado desempeñar, algunos altos funcionarios: comúnmente, los del Poder Legislativo; es decir, los parlamentarios, razón por la que se alude con más frecuencia a la “inmunidad parlamentaria”.

---

<sup>1</sup> Manuel Ossorio, en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, 1981, p.p. 384 y 385 se refiere a la Inmunidad como la “prerrogativa que ampara a los miembros del Poder Legislativo, diputados y senadores, en virtud de la cual no pueden ser detenidos ni presos mientras estén en el ejercicio de su mandato; salvo el caso de haber sido sorprendidos *in fraganti* en la comisión de un delito considerado grave; sin que tampoco puedan ser procesados o juzgados, a menos que el cuerpo legislativo a que pertenezcan conceda la correspondiente autorización”.

<sup>2</sup> En la sentencia de fecha 16-12-92 de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (Ver *Revista de Derecho Público* N° 52, p. 86) se califica expresamente a la inmunidad como “prerrogativa parlamentaria”.

<sup>3</sup> En la Constitución de Guatemala (artículo 61) se regula como “Prerrogativas de los diputados” su inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados si la Corte Suprema de Justicia no declara previamente que ha lugar a formación de causa... En la Constitución de Honduras (artículo 200) se establece que los diputados gozarán desde el día que se les declare elegidos, “de las siguientes prerrogativas:... 1.- Inmunidad personal”...Ver *Constituciones Latinoamericanas*, Compilación y Estudio Preliminar por: Luis A. Ortiz Álvarez y Jacqueline Lejarza A. Caracas, 1997, p.p. 506 y 552.

<sup>4</sup> Ver: Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima primera edición, Madrid, 1974, p. 1.660. La primera acepción de la palabra “prerrogativa” es justamente la de “Privilegio, gracia o exención que se concede a uno para que goce de ella, aneja regularmente a una dignidad, empleo o cargo”.

Se trata de una prerrogativa calificable como de orden **procesal**, pues por lo general consiste en que a las personas a quienes se les haya conferido tal inmunidad en razón de su cargo, no podrán ser sometidos a determinados **procesos judiciales**, mientras dure el ejercicio de su mandato, a menos que el Cuerpo al cual pertenezcan lo autorice expresamente; salvo el caso de que sean sorprendidos *in fraganti* (es decir, flagrantemente) en la comisión de un delito, en cuyo supuesto podrá procederse de inmediato a su detención o custodia preventiva, mientras se autoriza su enjuiciamiento.

Otra prerrogativa, igualmente de orden procesal que generalmente acompaña, como accesoria a la inmunidad, pero que puede ser establecida con total independencia de ésta, es el llamado “fuero especial” relativo al beneficio conferido también a ciertos altos funcionarios, de que su juzgamiento previo (y en ocasiones también el definitivo) le corresponderá, también por razón de la investidura de los mismos, no a los juzgados ordinarios, sino a determinado tribunal o tribunales; muy frecuentemente, al máximo tribunal del respectivo país. Así ocurre en el nuestro, en el que, por mandato constitucional, el juzgamiento previo, denominado “antejuicio de mérito” de los más altos funcionarios de la República, incluyendo al Presidente de la misma, le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 266 de la nueva Carta Magna. Pero, insistimos, se trata de una prerrogativa que puede ser conferida separadamente, como lo demuestra la circunstancia de que no gozan de inmunidad el Presidente de la República ni otros altos funcionarios, quienes, sin embargo, sí gozan del referido “fuero especial”.

Retornando al tema de la inmunidad, resulta imprescindible puntualizar, que por tratarse de una prerrogativa de orden procesal y por consiguiente, de una excepción establecida en la propia Carta Magna, al principio también constitucional<sup>5</sup> de igualdad de los ciudadanos ante la ley, la interpretación de las normas que establecen tal prerrogativa es de “derecho estricto”, es decir, **sólo pueden ser interpretadas de modo restrictivo, sin que quepa entonces**, respecto a las mismas, **interpretaciones extensivas o analógicas** por cuyo intermedio se pretenda ampliar indebidamente la inmunidad más allá de lo que la norma constitucional que la confiera establezca expresamente, o de lo que se desprenda con claridad de su texto.

Como principios, igualmente generales de la institución de la inmunidad, cabe señalar, los siguientes:

Por una parte, que es una prerrogativa de **naturaleza temporal**, pues la inmunidad se confiere a sus beneficiarios mientras duren en sus importantes funciones, ya que a través de la institución de la inmunidad precisamente lo que se trata es de proteger el cabal ejercicio

---

<sup>5</sup> Artículo 21.

de las mismas, y por ende evitar que quien goce de tal prerrogativa se encuentre impedido de cumplirlas por una privación de su libertad que posteriormente pudiese determinarse como injustificada.

Y por la otra, que la institución, actualmente se circunscribe en la mayoría de los países<sup>6</sup> al ámbito de la jurisdicción **penal** y por ende, ampara a sus beneficiarios **exclusivamente** contra el enjuiciamiento en dicha jurisdicción, por presuntos delitos que hayan cometido y más específicamente contra las medidas privativas de su libertad (detenciones), pero no los protege contra otras causas judiciales (civiles, mercantiles) ni contra procedimientos administrativos que pudiesen incoarse en su contra. De allí que mayormente se establezca y se utilice como especie de fórmula común que “no podrán ser enjuiciados o procesados ni detenidos” (presos, arrestados u otras expresiones equivalentes) sin la autorización del Cuerpo al cual pertenecen.

Ello, a menos que el correspondiente texto constitucional u otro de rango equivalente o incluso superior, como sería el emanado de un Poder Constituyente, la extendiese **expresamente** a otros ámbitos o materias (por ejemplo: la civil)<sup>7</sup> o dispusiese, también de modo expreso, que se trata de una inmunidad absoluta o plena, tal como se estableció en el aparte final del artículo 12 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, que constituyó un texto de rango supraconstitucional respecto a la Constitución de 1961; asunto al cual nos referiremos de nuevo posteriormente.

Sobre la interpretación estricta de las normas consagratorias de la inmunidad, su temporalidad y su circunscripción a los juicios penales, resulta oportuno citar las siguientes decisiones dictadas por la extinta Corte Suprema de Justicia, acerca de la inmunidad parlamentaria consagrada en la Constitución de 1961; criterios que estimamos también son aplicables *mutatis mutandis* a la inmunidad parlamentaria establecida en la vigente Carta Magna:

- 1) Decisión de fecha 30-01-89, del Juzgado de Sustanciación de la Corte Suprema de Justicia:<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Artículo 69 de la Constitución argentina; artículo 53 de la Constitución de Brasil; artículo 58 de la Constitución chilena; artículo 161 de la Constitución de Guatemala; artículo 149 de la Constitución panameña; artículo 191 de la Constitución de Paraguay; artículo 113 de la Constitución de Uruguay. Ver normas en *Constituciones...ob. cit.* p.p. 98, 168-169, 385, 506, 972, 765, 857, respectivamente.

<sup>7</sup> Como se establece en el artículo 52 de la Constitución de Bolivia, de 1997: “Ningún Senador y Diputado, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato, sin discontinuidad, podrá ser acusado, perseguido o arrestado en ninguna materia, si la Cámara a la que pertenece no da licencia por dos tercios de votos. En materia **civil** no podrán ser demandado ni arraigado desde 60 días antes de la reunión del Congreso hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio”.

<sup>8</sup> Parcialmente transcrita en la *Revista de Derecho Público* N° 38, p. 72.

“Las prerrogativas establecidas en el artículo 143 de la Constitución como consecuencia del privilegio de inmunidad parlamentaria de que gozan los Senadores y Diputados, tienen carácter **taxativo** y, por tanto, **están limitadas sólo a la naturaleza de cada una de las mismas** y, en tal sentido, los Senadores y Diputados **no podrán ser sometidos ‘a juicio penal’ sin establecerse distinción ni salvedad alguna en cuanto a los demás juicios de otra naturaleza, civil o mercantil, y mucho menos en cuanto a las causas que los puedan originar.**

Además, el primer **aparte de dicha norma como los artículos 144 y 215, ordinal 2° de la misma** Constitución se refieren **exclusivamente al antejuicio de mérito en los casos de delitos y procesamientos o enjuiciamientos penales** sin establecer excepciones ni expresiones que permitan interpretación extensiva o análoga de **otros tipos de procedimientos.**

Estas mismas limitaciones aparecen del contenido de las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en sus artículos 42, ordinal 5°, 146, 147, 148, 149, 151 y 153, y en el Código de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 361 y siguientes y 370 y siguientes, en cuanto **se refieren al antejuicio de mérito que debe preceder al enjuiciamiento penal o criminal de los altos funcionarios del Estado**” (destacado nuestro).

2) Fallo del 03-10-95, dictado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena:<sup>9</sup>

“Algunas Constituciones prohíben la persecución del parlamentario, no sólo por causas penales, sino también por causas civiles. En Venezuela, anteriores textos fundamentales al de 1947 prohibían, durante el tiempo de las sesiones del Congreso, o sea noventa días más treinta días antes u treinta días después, el enjuiciamiento de un congresista por asuntos civiles o penales. Así se estableció también en la Constitución de 1.953. La Carta Magna vigente contempla un índice más elevado de racionalidad y está enmarcado dentro de la norma general que establece **la inmunidad sólo por causas penales y durante todo el tiempo del mandato**” (destacado nuestro).

3) Sentencia de fecha 30-10-95, dictada también por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena:<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Ver *Revista de Derecho Público* N° 63-64, p. 147.

<sup>10</sup> Ver extracto en la *Revista de Derecho Público* N° 63-64, p. 143.

“Ahora bien, la inmunidad de proceder en contra de la persona del parlamentario, garantizándole **que no será procesado penalmente**, no significa impunidad penal; el parlamentario queda sometido a la misma ley sustantiva penal que los demás habitantes, y que puedan ser arrestados, detenidos, confinados, sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario y coartados en el ejercicio de sus funciones, sólo que él **puede serlo cuando previamente se ha realizado una tramitación que tiene como único objeto autorizar** que se forme causa en su contra. En esto consiste el fuero parlamentario y **está restringido** en los términos que lo señala el artículo 143 de la Constitución, **a causas penales.**” (destacado nuestro).

Consideramos que la Constitución de 1999, al igual que la de 1961, se inscribe dentro del mismo esquema general que establece la inmunidad, con carácter temporal y que la circunscribe al ámbito del enjuiciamiento penal, como puede apreciarse del texto de los artículos 143 de la Constitución derogada y 200 de la Carta Magna vigente:

“Artículo 143.- Los Senadores y Diputados gozarán de inmunidad desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.

*En caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un Senador o Diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada. Esta medida cesará si dentro del término de noventa y seis horas la Cámara respectiva o la Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado mientras se decide sobre el allanamiento.*

Los funcionarios o empleados públicos que violen la inmunidad de los Senadores y Diputados incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados de conformidad con la Ley”.

“**Artículo 200.** Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de **inmunidad** en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De **los presuntos delitos** que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional **conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento.** En caso de

delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los y las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley”.

Como puede observarse (aunque su redacción sea más corta y menos detallada que la del artículo 143 de la ley anterior) el transcrito artículo 200 de la actual Carta Magna, en el cual se consagra ahora la inmunidad de los parlamentarios, alude únicamente a la detención y al enjuiciamiento por causa de delitos, (no a ningún otro tipo de proceso o procedimiento) y se precisa que **para su detención y enjuiciamiento** (que ordenará el Tribunal Supremo de Justicia) **se requerirá** previamente **de la autorización de la Asamblea Nacional**.

Apoya la interpretación de que la inmunidad consagrada en el nuevo texto fundamental se sigue circunscribiendo, como en la Constitución de 1961 al ámbito penal, la circunstancia de que en la Carta Magna de 1999 también se establece el beneficio accesorio del antejuicio de mérito, para los miembros de la Asamblea Nacional (ahora a cargo del denominado “Tribunal Supremo de Justicia”) **únicamente por causa de delitos**, según se deriva de lo previsto en el numeral 3 de su artículo 266. Por lo demás, el procedimiento para el antejuicio de mérito de altos funcionarios del Estado se encuentra regulado en el Título IV del vigente Código Orgánico Procesal Penal, del mismo modo en que antes lo estuvo en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, como una tramitación especial que debe preceder al enjuiciamiento **penal de los altos funcionarios** del Estado.

Como diferencias de importancia con respecto a la Constitución de 1961 en materia de inmunidad, cabe anotar las siguientes:

- a) En la vigente Constitución de 1999 ya no se contempla ni regula el procedimiento de allanamiento de la inmunidad parlamentaria, sino que únicamente se establece, en términos simples, que para el enjuiciamiento penal se requiere de la autorización de la Asamblea. Tampoco prevé la figura de la senaduría vitalicia y consecuente inmunidad parlamentaria, para los ex Presidentes de la República.
- b) La inmunidad parlamentaria ya no se extiende, como en la Constitución de 1961 hasta veinte días después de finalizado el mandato o de producida la renuncia, sino que solamente durará hasta el día del cese del mandato o de la renuncia. Esta circunstancia y las anotadas en el párrafo anterior denotan la intención de los constituyentes de “aminorar” en comparación con la Constitución derogada, el beneficio de la inmunidad parlamentaria.
- c) En la nueva Constitución se ha dotado también de inmunidad, en el artículo 282, al Defensor o Defensora del Pueblo, quien “no podrá ser perseguido o persegui-



da, detenido o detenida, ni enjuiciado o enjuiciada **por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones**. En todo caso conocerá de manera privativa el Tribunal Supremo de Justicia”. Según puede verse, no se requiere para su enjuiciamiento de la autorización de la Asamblea Nacional, por lo que la decisión referente a un eventual juicio en su contra corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia, el cual, de conformidad con el numeral 3 del artículo 266 ejusdem tiene entre sus atribuciones la de declarar si hay o no mérito para su enjuiciamiento por causa de **delito**.

Al igual que en la Constitución derogada (artículo 19) en la vigente (artículo 162) se ha dotado a los legisladores estatales de inmunidad dentro de su jurisdicción territorial; inmunidad que se regirá, en cuanto le sean aplicables,<sup>11</sup> por las normas que al respecto prevé la propia Constitución para los miembros de la Asamblea Nacional. Por consiguiente, para los integrantes de los Consejos Legislativos Estadales la inmunidad se confiere también de manera temporal y limitada a su enjuiciamiento penal.

Todo lo antes dicho implica, en nuestro criterio, que la inmunidad prevista en nuestra vigente Carta Magna no impide la apertura del procedimiento de averiguaciones administrativas respecto a los funcionarios investidos de esa prerrogativa, pues dicho procedimiento administrativo no constituye un proceso o enjuiciamiento de carácter penal y la eventual declaratoria de responsabilidad administrativa no acarrea en modo alguno la detención preventiva o definitiva del declarado responsable.

Sobre el particular, no sólo no puede obviarse el principio de responsabilidad derivado del ejercicio de la función pública previsto actualmente en el artículo 139 de la vigente Constitución (citado en la consulta) sino que tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que la nueva Carta Magna en el numeral 3 del artículo 289 consagra ahora con rango constitucional y sin hacer distinción alguno y menos aún sobre la jerarquía de los funcionarios, la competencia de la Contraloría General de la República para “disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público” y asimismo, para “dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley”.

Es oportuno señalar que incluso en la realidad de los hechos, durante la vigencia de la Constitución anterior y en armonía con los citados pronunciamientos de la extinta Corte Suprema de Justicia, fue declarada por este Organismo Contralor, la responsabilidad administrativa de un ex presidente, quien tenía en su carácter de tal, de conformidad con la Constitución de 1961, el carácter de senador vitalicio y por tanto, según la misma gozaba de

---

<sup>11</sup> Según lo establece el artículo 162 de la Constitución vigente.

inmunidad parlamentaria. Fue sometido al procedimiento de averiguación administrativa y se declaró su responsabilidad sin el previo allanamiento de inmunidad previsto en la Constitución derogada.<sup>12</sup>

Asimismo, se ha declarado la responsabilidad administrativa de Diputados de las Asambleas Legislativas. Funcionarios que de conformidad con la Constitución de 1961 gozaban, como en la actual, de inmunidad parlamentaria que los amparaba y los sigue amparando igualmente, en nuestro concepto, sólo contra su enjuiciamiento penal y contra la privación de su libertad, pero no contra la apertura de averiguaciones administrativas ni contra la decisión declaratoria de responsabilidad administrativa en que dicho procedimiento administrativo puede culminar.

Por tanto, no puede afirmarse, en puridad, que no existan antecedentes de apertura de averiguaciones administrativas ni de declaratorias de responsabilidad administrativa contra funcionarios investidos de inmunidad, como se indica en la consulta.

*Basándonos en lo hasta ahora expuesto, estimamos que los funcionarios dotados de la inmunidad prevista en la Constitución vigente, al igual que quienes la tenían bajo la vigencia de la Constitución anterior, pueden ser sometidos al procedimiento de averiguaciones administrativas por irregularidades administrativas cometidas antes de su mandato o durante éste; y que eventualmente podría ser declarada su responsabilidad administrativa por los hechos correspondientes, sin que se requiera para ello del previo antejuicio de mérito ni de los procedimientos alternativos sugeridos en la consulta.*

Incluso, en el ámbito del Derecho Comparado, puede citarse como equivalente a la nuestra, es decir, inmunidad circunscrita al ámbito penal, la situación siguiente: En 1995, el Contralor General del Perú consultó a la Comisión Permanente del Congreso Peruano –órgano al cual, según el artículo 99 de la Constitución de aquel país le corresponde el enjuiciamiento de los altos funcionarios del mismo– sobre el alcance y aplicación del artículo 93° de la Constitución peruana, referida a la inmunidad parlamentaria, en cuyo tercer párrafo se establece que los Congresistas “**No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso** o de la Comisión Permanente. Desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, **excepto por delito flagrante**, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento” (destacado nuestro).

---

<sup>12</sup> Ver decisión declaratoria de responsabilidad administrativa del ciudadano Jaime Lusinchi, en la Gaceta Oficial N° 4.954 extraordinario de fecha 16-08-95.

Como puede observarse, en la norma transcrita se alude a “procesados” término equivalente al nuestro “enjuiciados” (vale decir, a personas sometidas a enjuiciamiento en tribunales) y seguida y correlativamente se hace referencia a “presos” lo que es igual a “detenidos” en nuestra terminología.

Dicha Comisión, mediante Acuerdo de fecha 24-08-95 respondió: “El tercer párrafo del Artículo 93° de la Constitución referido al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, se refiere, a **procesos de contenido estrictamente penal** y no de otra naturaleza. **En consecuencia, la Contraloría General de la República, está en condiciones de realizar todo tipo de investigación que comprenda la función de Congresista; conforme a ley**”.<sup>13</sup>

Sin embargo, consideramos justificables las inquietudes expresadas por la Dirección Consultante, pues cabe tener en cuenta que la redacción del artículo 200 de la Carta Magna, consagratorio de la inmunidad parlamentaria es menos detallada que la del artículo 143 de la Constitución anterior, aun cuando también aluda únicamente a detención y enjuiciamiento por causa de delitos, según se comentó *supra*. Además ha variado la composición, la estructura y hasta la denominación del máximo tribunal del país, lo cual podría incidir en que se emitieran nuevos criterios sobre la inmunidad. Pero sobre todo, no puede soslayarse que el referido artículo 200 establece la responsabilidad penal de los funcionarios que violen la inmunidad de los integrantes de la Asamblea Nacional.

Tales circunstancias, hacen altamente recomendable que, acompañada de la presente opinión, **se haga consulta formal** a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el contenido y extensión de las inmunidades previstas en la nueva Carta Magna (artículos 200, 162 y 282) invocando para tal fin el artículo 335 ejusdem, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 335.** El Tribunal Supremo de Justicia **garantizará** la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el **máximo y último intérprete de la Constitución** y velará por su **uniforme interpretación y aplicación**. Las interpretaciones que establezca la **Sala Constitucional** sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República” (destacado nuestro).

En cuanto atañe a lo consultado respecto al alcance del término “inmunidad plena” previsto en el artículo 19 del Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Legislativa Nacional, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.897 del 22-02-2000 cabe hacer las consideraciones que se expresan a continuación.

---

<sup>13</sup> Información obtenida de: <http://www.congreso.gob.pe/congreso/comisión/1996-97/d03/consulta.htm>

Conviene aclarar, primeramente, que a diferencia del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), el citado en el párrafo anterior, dictado por la Comisión Legislativa Nacional, no tiene rango supraconstitucional.

En efecto, debe recordarse que la supraconstitucionalidad tanto de la ANC como de las normas dictadas por ésta, reconocida por la extinta Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup> a las normas dictadas por la ANC estaba referida al denominado “Poder Constituido” y a las normas de la Constitución de 1961, para cuya derogación y sustitución por un nuevo texto constitucional, fue elegida dicha Asamblea mediante referéndum. Entonces, en virtud del carácter superior de sus normas respecto a la Constitución anterior, podía “auto atribuirse” como en efecto lo hizo, una inmunidad plena, por lo tanto mayor y distinta a la prevista en el artículo 143 de la Constitución de 1961 respecto a los miembros del extinto Congreso de la República.

En cambio, una vez aprobada por el pueblo y al entrar en vigencia la Constitución de 1999 desde la fecha de su publicación (30-12-99) en Gaceta Oficial (N° 36.860) ya no puede hablarse válidamente desde tal fecha, de textos normativos dictados con posterioridad a la misma, que tengan un rango igual o mayor al de la nueva Carta Magna. Por consiguiente, todas las normas contenidas en dichos textos deben ajustarse a las disposiciones de la Constitución vigente y no podrían contrariarlas, so pena de ser declarada su nulidad por inconstitucionalidad.

Hecha esa necesaria aclaratoria, pasamos al análisis del artículo 19 del Estatuto de Funcionamiento de la Comisión Legislativa Nacional.

El referido artículo establece:

**“Artículo 19. Inmunidad.** Los Legisladores de la Comisión Legislativa Nacional, de conformidad con la Constitución, gozarán de inmunidad plena en el ejercicio de sus funciones desde la fecha de la instalación de la Comisión hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los integrantes de la Comisión Legislativa Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Comisión Legislativa Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un Legislador, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

---

<sup>14</sup> En la célebre sentencia de fecha 06-10-99, dictada en Sala Plena.

***Los funcionarios públicos que violen la inmunidad de los Legisladores de la Comisión Legislativa Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados de conformidad con la ley***” (destacado y cursiva textuales del propio artículo; subrayado nuestro).

*Se observa que la norma reproducida viene a ser una especie de versión del artículo 200 de la vigente Carta Magna y que inclusive se expresa que los legisladores de la Comisión gozarán de inmunidad “de conformidad con la Constitución” lo que quiere decir, en otras palabras, que disfrutarán de esa prerrogativa en los mismos términos en que la Constitución la consagra para los miembros de la Asamblea Nacional; inmunidad que según nuestra interpretación, se limita al enjuiciamiento penal.*

Sin embargo, impropriamente, a nuestro juicio, se ha utilizado la expresión “inmunidad plena”, lo cual, de interpretarse de manera meramente literal, implicaría considerar que la citada norma excedió la previsión contenida en el artículo 200 de la Constitución y que por tanto resulta incompatible con la misma; situación que entonces encuadraría dentro del supuesto previsto en el primer aparte del artículo 334 *ejusdem*,<sup>15</sup> que prevé: “En caso de **incompatibilidad entre esta Constitución** y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones **constitucionales**, correspondiendo a **los tribunales** en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente” (destacado nuestro).

Resulta oportuno, en materia de interpretación normativa, traer a colación el criterio expresado por la extinta Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 26-05-80,<sup>16</sup> según el cual “cuando el texto de la ley no sea suficientemente claro o cuando su aplicación estricta viole otras normas o principios legales (esto incluiría evidentemente a la violación de normas **constitucionales**) o conduzca a soluciones manifiestamente injustas y contrarias a su espíritu, propósito o razón, es cuando el exégeta puede apartarse de su interpretación literal e indagar entonces la intención del legislador y con ello el propósito último de la norma” (paréntesis nuestro).

Con base en tal criterio, podríamos interpretar que realmente la intención de los legisladores en el referido Estatuto de Funcionamiento, así como el propósito último de su

---

<sup>15</sup> El aparte siguiente y último del mismo artículo atribuye **exclusivamente** a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad, de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley. Consideramos que las normas del Estatuto de Funcionamiento de la Comisión Legislativa Nacional tienen el rango de ley; en todo caso, una jerarquía inferior a las normas contenidas en la vigente Carta Magna.

<sup>16</sup> Ver *Revista de Derecho Público* N° 3, p. 102. Citada también por Armida Quintana Matos en su obra *La Carrera Administrativa, Caracas, 1980*, p. 525.

artículo 19, fue la de establecer para ellos la **misma** inmunidad prevista en el artículo 200 de la Constitución para los miembros de la Asamblea Nacional (prerrogativa que estimamos circunscrita al ámbito del enjuiciamiento penal). Así lo indica la expresión “de conformidad con la Constitución” y disfrutar entonces tal inmunidad de manera plena, no en términos menores a los previstos en la citada norma constitucional.

En virtud de dicha interpretación y siendo congruentes con la que se expuso anteriormente sobre el artículo 200 de la Constitución, estimamos que los miembros del Consejo legislativo Nacional también gozan de una inmunidad circunscrita al ámbito del enjuiciamiento penal; y que por consiguiente, al igual que los miembros de la Asamblea Nacional, podrían ser sometidos al procedimiento de averiguaciones administrativas y ser eventualmente declarada su responsabilidad administrativa por este Organismo Contralor. Obviamente, siempre y cuando, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se den las condiciones previstas en la misma para la apertura de tal procedimiento y para dicha eventual declaratoria.

Finalmente, cabe señalar que de la respuesta que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo diese a la consulta formal que hemos sugerido formularle, relativa a la interpretación de la inmunidad prevista en el artículo 200 de la Constitución, también dependería la interpretación que debería dársele a la inmunidad establecida en el artículo 19 del Estatuto de Funcionamiento de la Comisión Legislativa Nacional, ya que dicho texto remite sobre esa prerrogativa, a la establecida en la Carta Magna. De allí la importancia y la conveniencia de realizar tal consulta.

Memorándum N° 04-00-00-027 del 21 de marzo de 2000.

*Fundaciones. Crédito Público. Prohibición.*

**La Ley Orgánica de Crédito Público prevé en su Artículo 38 prohibiciones para las fundaciones del Estado de realizar operaciones de crédito público. En incurrir en ello, constituye un hecho generador de responsabilidad administrativa conforme al numeral 14, artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.**

VER: CRÉDITO PÚBLICO: Alcance de los literales b y c del artículo 4 de la Ley Orgánica de Crédito Público.

Memorándum N° 04-02-124 del 29 de mayo de 2000.

*Posibilidad de realizar interrogatorios a través de cuestionarios escritos, a las personas indiciadas, citadas conforme al artículo 119 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando esas personas tengan imposibilidad de comparecer.*

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

**Para los casos en que el indiciado es objeto de una medida de privación de libertad o cuando se evidencie la imposibilidad física de comparecer, por enfermedad grave o impedimento físico que le impida al citado trasladarse por sus propios medios, necesariamente este Organismo deberá constituirse en el sitio correspondiente, según sea el caso, a los fines de que se rinda la declaración respectiva, todo lo cual se dejará constancia en el acta que se levante.**

Memorándum N° 04-02-131 del 6 junio de 2000.

### I. Solicitud de la Dirección consultante

Se solicita, según el memorándum de la consulta, opinión respecto al asunto mencionado, en virtud de situaciones concretas que se han presentado en la sustanciación de procedimientos de averiguaciones administrativas, cuando las personas citadas a rendir declaración, como indiciados, conforme al artículo 119 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, presentan algún impedimento para comparecer ante este Organismo.

En este sentido, la Dirección consultante especifica dos casos particulares que presentan el impedimento para la aludida comparecencia; a saber: cuando el indiciado es objeto de una medida de privación de libertad y cuando se evidencia la imposibilidad física de comparecer por enfermedad grave o impedimento físico que no le permita trasladarse por sus propios medios.

En tal virtud, se solicita la opinión para considerar la posibilidad de efectuar, con carácter excepcional, los “interrogatorios por cuestionarios” en los casos anteriormente señalados.

La consulta trae a colación y transcribe los artículos 165 y 166 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil, todos relativos a los casos que consagran para los testigos la excepción de concurrir al tribunal respectivo, pudiendo declarar a través de una certificación jurada. Concluye dicha consulta en los siguientes términos:

“De las disposiciones precedentemente transcritas, se observa que aunque en el Código Orgánico Procesal Penal no existe la regulación específica del caso bajo análisis, contenida en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, este criterio subsiste en el Código de Procedimiento Civil respecto a la existencia de situaciones excepcionales en que determinadas personas pueden rendir declaración ante órganos jurisdiccionales a través de certificación jurada o cuestionario escrito, lo cual ciertamente puede entenderse como un privilegio para las personas citadas en los mencionados artículos”.

No obstante, la misma consulta, con ocasión a los procedimientos de averiguaciones administrativas, señala:

“Y dado que existe la posibilidad de que por falta de comparecencia del citado, en carácter de presunto indiciado, se le formulen cargos en ausencia y posteriormente sea posible se le declare responsable en lo administrativo, sin haber podido ejercer efectivamente su derecho a la defensa y tomando en consideración la tendencia actual de la flexibilidad del Derecho Administrativo en pro del derecho a la defensa, esta Dirección (...) somete a la consideración (...) la posibilidad, con carácter excepcional, de efectuar, de conformidad con el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, interrogatorios por cuestionario, en los casos anteriormente especificados”.

## **II. Análisis del asunto consultado**

Entiende esta Dirección que la consulta se contrae a determinar si procede aplicar el criterio que contiene el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Ext. del 18-09-90), que excepcionalmente permite, a las personas señaladas en ese artículo, no comparecer ante el Tribunal a rendir su declaración, en cuyo caso, si bien se consagran dos posibilidades, cuales son: el cuestionario escrito contentivo de las preguntas que presentare la parte promovente, o la constitución del Tribunal en la morada del testigo a los fines de responder verbalmente a las preguntas que le haga la otra parte, se pretende en el caso que nos ocupa aplicar la primera alternativa para las personas impedidas a comparecer ante esta Contraloría que fueron citadas en calidad de indiciadas en el transcurso de un procedimiento de averiguaciones administrativas.

Previo al análisis del asunto particular que nos ocupa, cabe hacer las siguientes anotaciones:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en el artículo 117 las formalidades para practicar la citación de los testigos y remite al Código de Procedimiento Civil para aplicar el procedimiento en él previsto. Por su parte, el artículo 118 consagra que “En cuanto a las excepciones del deber de comparecer se tendrá en cuenta el contenido del artículo 494 del Código de Procedimiento Civil”.

Los aludidos artículos no dan lugar a dudas de que para la citación de testigos la Ley remite a la aplicación de las normas procesales civiles; tal remisión se observa aún en la norma referida al caso de las personas exceptuadas para comparecer.

En este sentido, cabe transcribir el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil:

“Se exceptúan de lo dispuesto en la parte primera del artículo anterior: El Presidente de la República o quien hiciere sus veces; los Ministros, los



## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

Senadores y Diputados al Congreso de la República durante el período de inmunidad, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Gobernadores de Estado, de Territorios Federales y del Distrito Federal, los Arzobispos y Obispos titulares de las Arquidiócesis y Diócesis y los integrantes del Alto Mando Militar.

Las partes podrán pedir que las personas exceptuadas contesten por oficio o escrito dirigido al Tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare la parte promovente, o que rindan su declaración ante el Tribunal constituido en la morada del testigo, debiendo entonces éste responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte.

Los Jefes de Misiones Diplomáticas y aquellos de sus empleados que gocen de extraterritorialidad, no están obligados a testificar. Cuando espontáneamente consientan en ello, el Tribunal les libraré una rogatoria a los efectos del párrafo anterior”.

Del texto del artículo transcrito, se observa que las excepciones consagradas respecto a la obligación legal de comparecer a rendir declaración constituyen más bien una prerrogativa dirigida a la cualidad de aquellas personas que por su investidura quedan exceptuadas de comparecer al Tribunal, más no constituye la consagración del supuesto relativo a las personas que se encuentren impedidas físicamente de trasladarse para rendir la declaración correspondiente. A tal efecto, en estos casos, es clara la norma contenida en el artículo 490 del mismo Código,<sup>1</sup> cuyo texto reza lo siguiente:

“Podrá también el Juez trasladarse a la morada del testigo, en caso de tener impedimento justificado para comparecer, a fin de que allí sea examinado disponiéndose así por auto del Tribunal, dictado por lo menos el día anterior a aquel en que haya de verificarse el examen.”

Esta norma también concierne sólo al deber de comparecer y de manera alguna al de declarar. El impedimento a que hace referencia debe ser justificado, o sea derivado de una causa suficiente que imposibilite la comparecencia, como son los casos que refiere la consulta, en los que la persona se encuentra imposibilitada bien por ser objeto de una medida de privación de libertad o por presentar una enfermedad grave o un impedimento físico que le impida comparecer a la sede del Organismo Contralor para rendir la declaración correspondiente.

---

<sup>1</sup> Aplicable al procedimiento de averiguaciones administrativas en virtud del texto del artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial N° 2.818 Ext. del 1° de julio de 1981), que dispone “Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.”

Pero nótese que las normas analizadas expresamente se refieren a las personas en su calidad de testigo, y en este caso, concatenando los supuestos legales a que hemos hecho referencia, podemos advertir dos supuestos, a saber:

1.- Los testigos que presentan la cualidad de funcionarios públicos señalada en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, cuya investidura les permite, conforme al mismo artículo, no concurrir. En este supuesto el Código consagra dos alternativas: el interrogatorio mediante cuestionario por escrito y la constitución del Tribunal en la morada del testigo.

2.- Cualquier testigo que presenta un impedimento justificado para comparecer, en cuyo caso, conforme al artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se traslada a la morada del testigo.

Este último supuesto se recoge de manera similar en el Código Orgánico Procesal Penal<sup>2</sup> (Gaceta Oficial N° 5.208 Ext. del 23-01-98), cuyo 244, señala: “Si se acredita que un testigo tiene impedimento físico para comparecer, el tribunal se trasladará al lugar en el que se halle el testigo para tomarle su declaración. Esta circunstancia se hará constar en el acta”.

Pues bien, es evidente que en el caso de que la Contraloría General de la República pretenda tomar una declaración a alguna persona –en su condición de testigo– que se encuentre impedida físicamente para concurrir al Organismo, podrá tomar la declaración en el lugar en que se encuentre ese testigo, a menos que sea de las personas exceptuadas expresamente en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso podrá, además, en forma alternativa, presentarle un cuestionario escrito y solicitarle que rinda su declaración por escrito.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué pasa cuando se cita a un indiciado y éste se encuentra imposibilitado físicamente a comparecer ante el Organismo Contralor. La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República nada dice al respecto. Por el contrario, establece, similar al caso del testigo, que si el indiciado no comparece a la citación será pasible de una sanción de multa conforme al artículo 127 **ejusdem**, dejándole siempre un plazo de tres (3) días para justificar su inasistencia cuando la misma ocurra por causa justificada.

---

<sup>2</sup> El Derecho Administrativo Sancionatorio, dentro del cual se enmarca el procedimiento de las averiguaciones administrativas, participa tanto del Derecho Administrativo como del Derecho Penal. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22-02-90 (Pierre Tapia, Oscar, “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Febrero 1990 N°2 p.82) al señalar que existe “(...) identidad entre los diferentes supuestos de hecho e identidad de razones entre las normas que regulan las averiguaciones administrativas y los procesos penales, por atender ambos a acciones sancionatorias y punitivas (...)”

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

Estima esta Dirección que aun cuando las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico Procesal Penal antes referidas, se refieren exclusivamente a la comparecencia de testigos, la ausencia de una norma legal expresa que regule particularmente el supuesto de la imposibilidad para comparecer cuando el citado es un indiciado, obliga a recurrir a los métodos de integración del derecho previstos en el Código Civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Ext. del 26-07-82), cuyo artículo 4° dispone que “si no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas”. Consagra así esta norma lo que se denomina la aplicación analógica y para lo cual se señala la manera de proceder. “La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.” (Véase Eduardo García Maynez “Introducción al Estudio del Derecho” . Editorial Porrua, S.A. Argentina 1980. Pág. 369).

No hay lugar a dudas que en nuestro ordenamiento jurídico, procesal civil y penal, las normas correspondientes regulan una materia análoga, cuál es, la no comparecencia - por impedimento físico- de una persona obligada a rendir declaración en condición de testigo ante la autoridad judicial competente, por lo que nada obsta que en razón de la aplicación de la analogía como método de integración del Derecho, a que hemos hecho referencia, esta Contraloría General aplique esas normas para los casos en que sea un indiciado el impedido a comparecer a rendir la declaración correspondiente.

En tal virtud, estima esta Dirección, que para el caso que nos ocupa, resulta aplicable la norma contenida en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal que prevé el traslado del tribunal, en este caso del funcionario de la Contraloría General, **al lugar en el que se halle el testigo**, para tomarle su declaración, lo que supone no solo el traslado a la morada del testigo como lo señala el Código de Procedimiento Civil , sino a cualquier lugar sin distingo alguno, lo cual puede referirse, entonces, al sitio de reclusión en que se encuentre el indiciado privado de su libertad, como lo alude uno de los dos casos a que se contrae la consulta.

En atención a los particulares precedentemente expuestos esta Dirección concluye que para los casos consultados, en que el indiciado es objeto de una medida de privación de libertad o cuando se evidencie la imposibilidad física de comparecer, por enfermedad grave o impedimento físico que le impida al citado trasladarse por sus propios medios, necesariamente este Organismo deberá constituirse en el sitio correspondiente, según sea el caso, a los fines de que se rinda la declaración respectiva, todo lo cual se dejará constancia en el acta que se levante.

Memorándum N° 04-02-131 del 6 junio de 2000.

*Documentos que han de integrar los expedientes de averiguaciones administrativas.*

**Los expedientes de averiguaciones administrativas pueden integrarse con copias simples de documentos administrativos, las cuales tendrán valor probatorio mientras no sean desvirtuadas en vía administrativa o en el proceso judicial, lo cual no obsta para que en la oportunidad más inmediata posible, en sede administrativa o judicial, puedan incorporarse los correspondientes originales o copias certificadas.**

Memorándum N° 04-02-159 del 21 de junio de 2000.

Mediante Nota de Remisión N° 03-00-0270 de fecha 8 de junio del presente año, la Directora General Técnica envía al Despacho a su cargo, copia de la Nota de Remisión N° 08-01-S/N de fecha 5 del mismo mes y año, mediante la cual la citada Dirección recibió el documento contentivo de las observaciones referidas en el epígrafe, que a los efectos de su revisión las denominaremos “LAS OBSERVACIONES”.

Según los planteamientos formulados verbal y previamente por el Director General de los Servicios Jurídicos a esta Dirección de Asesoría Jurídica, la revisión de “LAS OBSERVACIONES” obedece a la necesidad de precisar a la luz del nuevo ordenamiento jurídico, si los expedientes de averiguaciones administrativas deben estar en todo caso integrados por documentos originales o certificados –como se sostiene en “LAS OBSERVACIONES”–, o si por el contrario pueden estar conformados por copias simples.

Ante tal planteamiento, estima esta Dirección necesario formular las consideraciones siguientes:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (reimpresa con su exposición de motivos en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000), establece:

“Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social **de Derecho y de Justicia**, que propugna como **valores superiores del ordenamiento jurídico** y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, **la preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político” (negrillas nuestras).

Más adelante, en el Título III, “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, Capítulo I, “Disposiciones Generales”, el artículo 26 señala:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos **y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.**”

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, **sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles**’ (subrayado nuestro).

En el Título V “De la Organización del Poder Público Nacional”, Capítulo III, “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”, Sección Primera: De las Disposiciones Generales, el artículo 257, es del tenor siguiente:

“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Del contenido de los artículos antes transcritos, se evidencia y así se señala en la exposición de motivos del Texto Constitucional, que se pretende garantizar una justicia expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos ni reposiciones inútiles, ello, “...con el fin de erradicar uno de los principales problemas de la Nación venezolana, en virtud del cual el Poder Judicial se caracterizó por su corrupción, lentitud e ineficacia...” (subrayado nuestro).

En relación con este objetivo constitucional, el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, mediante sentencia de fecha 2 de febrero del presente año, se pronunció en el sentido siguiente:

“El Estado venezolano es, conforme a la vigente Constitución, un Estado de derecho y de justicia, lo que se patentiza en que las formas quedan subordinadas a las cuestiones de fondo y no al revés (artículo 257 de la vigente Constitución.

Esto significa que en materia de cumplimiento de las normas constitucionales, quienes pidan su aplicación no necesitan ceñirse a formas estrictas y a un ritualismo inútil, tal como lo denota el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por lo tanto, lo importante para quien accione un amparo es que su petición sea inteligible y pueda precisarse qué quiere. Tan ello es así que el amparo puede interponerse verbalmente, caso en que lo alegado debe ser recogido en acta, lo que hace importante solo lo que se refiere a los hechos esenciales”. (Caso: José Armando Mejías y José Sánchez Villavicencio. Subrayados de la Sentencia).

En relación con las mencionadas normas constitucionales y la tendencia jurisprudencial que ya empieza a manifestarse, cabe formular las consideraciones siguientes:

Si bien la administración de justicia concierne fundamentalmente al Poder Judicial, estima esta Dirección que los valores y principios consagrados en las normas constitucionales que han quedado transcritas informan la actividad toda del Estado, y de modo muy particular la actividad administrativa que se expresa mediante el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos administrativos, esto es, la declaración por parte de los mismos del derecho en casos concretos.

De modo pues que, en procedimientos como el de averiguaciones administrativas, la actuación de este Organismo debe propender a la realización concreta de tales valores y principios contenidos en la Constitución vigente, por lo que si las dificultades para la obtención de documentos originales o certificados a los fines de la sustanciación de acciones fiscales, en casos concretos, se convierte en atentatoria de dichos valores y principios, al punto de dificultar la emisión de una pronta decisión, estima esta Dirección que dichos procedimientos podrán ser iniciados, sustanciados e incluso decididos con copias simples, sin perjuicio de que en la oportunidad más inmediata posible se incorporen al expediente, bien en sede administrativa o judicial, los documentos originales o certificados que sean del caso.

Por otra parte, no debe olvidarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, inserto en el Capítulo correspondiente a las averiguaciones administrativas, “Las diligencias efectuadas por la Contraloría (...) tienen fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial”, y resulta evidente, a juicio de esta Dirección, que los documentos que en copias simples recaben los funcionarios de la Contraloría para sustanciar un expediente de averiguaciones administrativas, deben ser considerados como parte de las diligencias efectuadas por dichos funcionarios a tales fines, pues por “diligencia”, entre otros significados, está incluido el de “trámite de un asunto administrativo, y constancia escrita de haberlo efectuado” (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Edición. Tomo I. P 499).

Cabe agregar que los documentos incorporables a un expediente administrativo, pueden ser de tres tipos, a saber: documentos o instrumentos públicos (auténticos), documentos administrativos (los emanados de funcionarios públicos en ejercicio de sus competencias) y documentos privados. El valor probatorio de estos documentos dentro de un procedimiento administrativo, es el que corresponde a los mismos según lo previsto fundamentalmente en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil o en las leyes, conforme a la remisión que a tales instrumentos hace la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 58).

El artículo 429 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Las copias o reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

La parte que quiera servirse de la copia impugnada, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el Juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere”.

Como puede observarse, de acuerdo con los términos de la disposición copiada, las copias o reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible de instrumentos públicos se tendrán como fidedignas si no fuesen impugnadas por el adversario. Esta disposición si bien no se refiere a los documentos administrativos, estimamos que puede ser interpretada extendiendo a este tipo de documentos el mencionado efecto procesal (de considerar fidedignas las copias simples).

Ciertamente, de una parte la razón de ser de dicho efecto se fundamenta en el carácter de “auténtico” que tienen los instrumentos públicos, y esta autenticidad también puede ser pregonada respecto de los documentos administrativos, en razón de que emanan de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Por otra parte, así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia.

En sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (Caso: EDELCA. 28-05-98), se sostuvo:

“Esta especie de documentos –los administrativos– conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción, de legitimidad, **autenticidad** y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”.

Por su parte, Arístides Rengel Romberg, en su tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Volumen IV. pp 152 y 153) al referirse a la jurisprudencia sobre documentos administrativos, señala:

“De allí, las siguientes características de los documentos administrativos que ha venido señalando la jurisprudencia:

- a) Están dotados de una presunción de veracidad y legitimidad de los declarado por el funcionario en el ejercicio de sus funciones; presunción que corresponde desvirtuar al particular involucrado en el acto.
- b) La presunción de veracidad y legitimidad puede ser destruida por cualquier medio de prueba, ya verse el documento sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo, o bien verse sobre manifestaciones de certeza o declaraciones de ciencia o conocimiento.
- c) La presunción de veracidad y legitimidad de los documentos administrativos, se basa en el principio de ejecutividad y ejecutoriedad que les atribuye el artículo 8° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo que deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario.
- d) De no ser destruida la presunción de veracidad y legitimidad, **es procedente atribuir al documento administrativo los efectos plenos de los documentos públicos.**
- e) No es procedente, en cuanto a su virtualidad probatoria, asimilar absolutamente el documento administrativo al documento público, porque entre otras diferencias, este sólo puede ser destruido por la tacha de falsedad, mientras que el administrativo, por cualquier clase de prueba procedente”.

De acuerdo con lo expuesto, estimamos que puede sostenerse la tesis de la asimilación parcial entre instrumentos públicos y documentos administrativos, que permite considerar como fidedignas a las copias simples de los de éste tipo mientras no sean desvirtuados en el debate judicial.

En conclusión, con fundamento en las consideraciones precedentes, estima esta Dirección que los expedientes de averiguaciones administrativas pueden integrarse con copias simples de documentos administrativos, las cuales tendrán valor probatorio mientras no sean desvirtuadas en vía administrativa o en el proceso judicial, lo cual, no obsta para que en la oportunidad más inmediata posible, en sede administrativa o judicial, puedan incorporarse los correspondientes originales o copias certificadas.

Memorándum N° 04-02-159 del 21 de junio de 2000.



## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

*Competencias para abrir, sustanciar y decidir averiguaciones administrativas. Competencia para imponer la sanción de destitución.*

El inicio y sustanciación de una averiguación administrativa por una contraloría interna resulta procedente, aun en aquellos casos en que el funcionario presuntamente involucrado no forma parte de la estructura organizativa del ente u organismo correspondiente, pero ha tenido a su cargo o ha intervenido de algún modo en la administración y manejo de fondos del mismo, los cuales fueron asignados a través de los respectivos créditos presupuestarios o de fondos en avance. Aunque (...), organismo al cual pertenece el presunto involucrado, no está integrado a la estructura organizativa del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia al cual se le asignaron los recursos correspondientes, sí lo está a la estructura financiero - presupuestaria del mismo.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 56 del Reglamento de la misma, la decisión de las averiguaciones administrativas abiertas por esa Contraloría Interna, incluyendo la destinada a resolver la averiguación, le corresponde al Ministro de la Secretaría de la Presidencia, como máxima autoridad jerárquica del Ministerio del cual forma parte dicha Contraloría; salvo que los indicios detectados por la misma, hagan presumir la responsabilidad administrativa de alguno de los altos funcionarios mencionados en el primer aparte del mismo artículo 126, en cuyo supuesto la Contraloría Interna deberá remitir el expediente a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta decida sobre la averiguación.

La imposición de la sanción de destitución por medio de la cual se procederá a separar al funcionario del cargo y por consiguiente, de la estructura organizativa a la cual pertenezca, será, en cambio, de la competencia del máximo jerarca de ésta; precisamente por encontrarse el ente u órgano respectivo bajo la superior dirección de esa autoridad. El máximo jerarca de (...), es el Presidente de la República, y por ende, sería la autoridad a quien le correspondería imponer la destitución, pues dicha Secretaría es, en definitiva, un órgano del (...) el cual constituye, a su vez, un órgano de la Presidencia de la República.

Oficio N° 04-02-88 del 26 de junio de 2000.

En el encabezamiento y en el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,<sup>1</sup> se establece:

“Artículo 126. Sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la Contraloría General de la República, **los órganos de control interno** de los organismos y entidades a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6

---

<sup>1</sup> Publicada en la G.O. N° 5.017 Extraordinario del 13-12-95.

del Artículo 5° de esta Ley, deberán abrir y sustanciar averiguaciones administrativas cuando surgieren indicios de que **funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma** en la administración, manejo o custodia de **bienes o fondos de las entidades sujetas a su control**, hayan incurrido en los **actos, hechos u omisiones señalados en el Artículo 113 de esta Ley**.

**La decisión de estas averiguaciones corresponderá a la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo, salvo que los indicios detectados hagan presumir la responsabilidad administrativa de aquella, ministros, directores de ministerios, presidentes y miembros de juntas directivas de institutos autónomos, establecimientos públicos, sociedades y fundaciones estatales, que se encuentren en el ejercicio del cargo, en estos casos el órgano sustanciador deberá remitir el expediente a la Contraloría a fin de que ésta decida sobre la averiguación”** (destacado nuestro).

*(omissis)*.

De la lectura de la norma parcialmente transcrita se observa que los órganos de control interno, es decir, las contralorías internas, tienen competencia para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas en los entes u organismos que están sujetos a su control y de los cuales forman parte, cuando concurren las circunstancias siguientes:

- a) La existencia de indicios que hagan presumir que se ha incurrido en actos, hechos u omisiones señalados en el artículo 113 de la misma Ley como “hechos generadores de responsabilidad administrativa”.<sup>2</sup>
- b) Que la presunta comisión de esos hechos irregulares haya sido efectuada en relación con recursos (bienes o fondos) “**de**” (en sentido de pertenencia, adscripción o asignación) aquella entidad u organismo del cual forme parte la respectiva contraloría interna y que por consiguiente, se encuentra bajo su control.
- c) Que los presuntos autores de tales irregularidades sean particulares o funcionarios públicos que hayan tenido a su cargo o intervenido de cualquier modo en la administración, manejo o custodia de dichos recursos. Cabe precisar que la “pertenencia” de los mismos al ente u organismo de que se trate, viene dada, en el caso de “**los fondos**” por la correspondiente asignación de créditos presupuestarios o de fondos en avance a ese ente u organismo.

---

<sup>2</sup> Debe tenerse presente que el artículo 113 también hace referencia a los hechos generadores de responsabilidad administrativa previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

Puede apreciarse, en cuanto a la circunstancia indicada en tercer término, que el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no establece como condición para que proceda la apertura de una averiguación administrativa ni para que alguien sea sujeto pasivo de la misma, el hecho de que esa persona sea funcionaria del respectivo ente u organismo sobre el cual presuntamente recayó la actuación irregular. De allí que incluso pueda tratarse de un particular, pues lo determinante es que de algún modo el investigado haya tenido a su cargo o intervenido en la administración, manejo o custodia de fondos o bienes del respectivo ente u organismo y presuntamente, en la comisión del hecho irregular objeto de investigación.

El inicio y sustanciación de una averiguación administrativa por una contraloría interna resulta procedente, por tanto, aun en aquellos casos como el consultado, en que el funcionario presuntamente involucrado no forma parte de la estructura organizativa del ente u organismo correspondiente, pero ha tenido a su cargo o ha intervenido de algún modo en la administración y manejo de fondos del mismo, los cuales fueron asignados a través de los respectivos créditos presupuestarios o de fondos en avance.<sup>3</sup> Ello, en el caso que nos ocupa, debido a que el organismo al cual pertenece el presunto involucrado, (...) si bien **no está integrado a la estructura organizativa** del Ministerio (de la Secretaría de la Presidencia) al cual se le asignaron los recursos correspondientes, **sí lo está a la estructura financiero-presupuestaria** del mismo.

Lo anteriormente expuesto significa entonces, que la **Contraloría Interna** del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia **tiene**, de conformidad con el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, **competencia para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas**<sup>4</sup> cuando encuentre (como al parecer

---

<sup>3</sup> Evidentemente, se trata de un caso atípico, (aunque posible, según lo expuesto *supra*) pues la hipótesis **normal** es que quienes administren, manejen o custodien fondos o bienes de un determinado ente u organismo sean funcionarios del mismo.

<sup>4</sup> El numeral 3 del artículo 9º del Reglamento Orgánico del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia que se encontraba vigente para la época en que la Contraloría Interna de dicho Ministerio abrió la averiguación aludida en la consulta (G.O. N° 36.497 del 16-07-98) le atribuía competencia a ese órgano de control interno para “La apertura y sustanciación de las averiguaciones administrativas a que se refiere el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos **del Ministerio** hubieren incurrido en actos, hechos u omisiones a los que se refiere el artículo 113 de dicha Ley”. (Destacado nuestro). En el numeral 12 del artículo 8º del Reglamento Orgánico vigente (G.O. N° 36.807 del 14-10-99) en términos un tanto impropios, pero equivalentes se le atribuye a la Contraloría Interna del Ministerio la competencia para “Aperturar y sustanciar las averiguaciones administrativas a que se refiere el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, así como los actos, hechos u omisiones señalados en el artículo 113 de dicha ley”. (*sic*).

encontró) indicios de que funcionarios de la (...) <sup>5</sup> que tengan a su cargo o intervengan de alguna manera en la administración de fondos presupuestariamente asignados a dicho Ministerio, han incurrido en algún hecho generador de responsabilidad administrativa.

Esa situación implica a su vez, también de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 56 del Reglamento de la misma <sup>6</sup> que la decisión de las averiguaciones administrativas abiertas por esa Contraloría Interna, incluyendo la destinada a resolver la averiguación aludida en la consulta, le corresponde al Ministro de la Secretaría de la Presidencia, **como máxima autoridad jerárquica del Ministerio del cual forma parte dicha Contraloría.** <sup>7</sup> Salvo que los indicios detectados por la misma, hagan presumir la responsabilidad administrativa de alguno de los altos funcionarios mencionados en el primer aparte del mismo artículo 126, en cuyo supuesto la Contraloría Interna deberá remitir el expediente a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta decida sobre la averiguación.

La decisión declaratoria de responsabilidad administrativa que llegase a dictar el Ministro de la Secretaría de la Presidencia sobre la averiguación administrativa a que se refiere la consulta o sobre cualquier otra iniciada y sustanciada por la Contraloría Interna del Despacho a su cargo, agotaría la vía administrativa, justamente por emanar de la máxi-

---

<sup>5</sup> O cualquier otro funcionario o particular que tenga a su cargo o de cualquier forma administre, maneje o custodie fondos o bienes asignados al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia.

<sup>6</sup> El artículo 56 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. N° 5.128 Extraordinario del 30-12-96) establece que “**En** los organismos o entidades a que se refieren los numerales 1,3, 4, 5 y 6 de la Ley, la decisión de las averiguaciones administrativas corresponderá a la máxima autoridad jerárquica...” (Destacado y puntos suspensivos nuestros). Tal competencia lógicamente tiene que considerarse referida, en los términos del artículo 126 de la Ley, a **las averiguaciones administrativas abiertas en esos entes u organismos por sus Contralorías Internas**, pues sólo así podría hablarse, respecto a dichos entes u organismos, de averiguaciones decididas **en** los mismos por sus respectivos jefes.

<sup>7</sup> En el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se establece que la decisión de las averiguaciones administrativas iniciadas y sustanciadas por los órganos de control interno, le “corresponderá a la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo”. Como tal debe entenderse aquella que tenga el máximo rango dentro de la organización administrativa a la cual pertenezca la respectiva Contraloría Interna que haya iniciado y sustanciado la averiguación. Esa es la interpretación lógica y acorde con el artículo 70 ejusdem. Éste dispone que “El control interno es responsabilidad de las respectivas autoridades jerárquicas”. En concordancia con dicha norma, el Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional” (G.O. N° 5.128 Extraordinario del 30-12-96) dispone, en su artículo 2° lo siguiente: “Corresponde a la máxima autoridad del respectivo ente u organismo la responsabilidad de organizar, establecer y mantener el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización”.

ma autoridad jerárquica de la organización.<sup>8</sup> En consecuencia, no procedería la interposición del recurso jerárquico y tal decisión (o la que la confirmase, como resultado del ejercicio de un recurso facultativo de reconsideración, ante el propio Ministro) tendría que ser recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Según se indica en la consulta, en el curso del procedimiento se interpuso un recurso jerárquico contra otro tipo de acto, dictado por la Contraloría Interna.<sup>9</sup> Justamente por tratarse de un recurso jerárquico, interpuesto contra un acto emanado de un órgano de la organización administrativa (Ministerio) cuyo máximo jerarca es el Ministro de la Secretaría de la Presidencia de la República, a éste le corresponde la decisión de dicho recurso.

## II

En cuanto a la autoridad a la cual le correspondería imponer la medida de destitución derivada de la decisión declaratoria de responsabilidad administrativa, cabe precisar y aclarar, que dicha medida debería ser impuesta por el **máximo jerarca de la organización<sup>10</sup> a la cual pertenezca el funcionario declarado responsable**. Tal circunstancia encuentra su explicación en que la destitución constituye una sanción de carácter **disciplinario** (por cierto la más grave que se puede aplicar a los funcionarios públicos de un determinado ente u organismo, **por su máxima autoridad**) consistente en la expulsión del respectivo funcionario **de la específica organización de que se trate**, con motivo de haber incurrido en hechos que por su gravedad ameritan, por disposición expresa de ley, que se le imponga esta medida.

**Normalmente**, como se indicó *supra*,<sup>11</sup> el funcionario que incurre en hechos generadores de responsabilidad administrativa los comete en relación con recursos del ente u organismo al cual pertenece, por ser los que comúnmente le han sido atribuidos para su manejo, administración o custodia. De allí que **lo más corriente también sea que coincidan en**

---

<sup>8</sup> Sobre el agotamiento de la vía administrativa por actos directamente emanados de las máximas autoridades de los respectivos entes u organismos, puede verse el extracto de la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 19-10-87, en la Revista de Derecho Público N° 32, pág. 96.

<sup>9</sup> “Contra el acto administrativo, de fecha 03-05-2000, mediante el cual la Contraloría Interna ordena la reposición del procedimiento de averiguación administrativa... en razón a que la (*sic*) Contraloría Interna declaró inadmisibles el Recurso de Reconsideración interpuesto por la interesada contra dicho acto de reposición” (puntos suspensivos nuestros).

<sup>10</sup> Tal como lo indica el autor Allan R. Brewer Carías (en su obra *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas, 1.994, pág. 66) uno de los efectos de la jerarquía es “la potestad que tiene el superior de nombrar y remover los funcionarios inferiores, así como la de ejercer la potestad disciplinaria”.

<sup>11</sup> Ver nota al pie n° 2.

**una misma autoridad, el carácter de máximo jerarca del ente u organismo “afectado” y de autoridad suprema de aquél al cual pertenezca el funcionario.**<sup>12</sup> Pero también puede ocurrir, como en el caso consultado, que un funcionario, en virtud de la particular estructura financiera (de ejecución presupuestaria) de otro ente u organismo, realice tales actividades de administración sobre recursos de éste, aunque **no forme parte organizativa ni jerárquicamente**, del mismo.

Tales situaciones implican así, en orden a lo expuesto, por una parte, que **la decisión de la averiguación administrativa iniciada por el respectivo órgano de control interno, le corresponderá a la máxima autoridad jerárquica del ente u organismo del cual forme parte esa Contraloría** y que ha sido “afectado” por la actividad irregular del funcionario. Y por la otra, **que la imposición de la sanción de destitución** por medio de la cual se procederá a **separar** al funcionario del cargo y por consiguiente, de la estructura **organizativa** a la cual pertenezca, **será, en cambio, de la competencia del máximo jerarca de ésta**; precisamente por encontrarse el ente u órgano respectivo bajo la superior dirección de esa autoridad.

**Consideramos que el máximo jerarca de (...), es el Presidente de la República, y por ende, sería la autoridad a quien le correspondería imponer la destitución**, pues dicha Secretaría es, en definitiva, un órgano del (...), el cual constituye, a su vez, un órgano de la Presidencia de la República; más específicamente, una Comisión Presidencial<sup>13</sup> integrada por varios Ministros y otros funcionarios, presidida por el propio Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (misma ley que en su artículo 5° establece que el Presidente de la República en la más alta autoridad en todo lo relacionado con la seguridad y defensa de la nación).

Tal aseveración nos parece la pertinente, pese a que en el literal f) del artículo 7° del Reglamento Interno de (...), se establece que la potestad jerárquica le corresponde al Secretario del (...). Esta norma de carácter reglamentario **no puede desvirtuar** el que la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (artículo 7°) defina al referido (...) como “el máximo organismo de planificación y asesoramiento **del Presidente de la República** en materia de

---

<sup>12</sup> Ha sido en reconocimiento de esa realidad, y más generalmente, de los sucesivos cambios de cargos, lugares y funciones que pueden experimentar los funcionarios públicos, que en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se ha establecido que una vez firme la decisión de responsabilidad dictada por ésta, se envíen el auto correspondiente y demás documentos “**al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual esté prestando servicios el funcionario**”; es decir, dependiendo de cuál sea la situación existente al momento en que se haya dictado el auto de responsabilidad, “para que la máxima autoridad jerárquica...le imponga, sin otro procedimiento, la sanción de destitución” (destacado y puntos suspensivos nuestros).

<sup>13</sup> Ver Brewer Carías, *ob cit.*, pág. 96.

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

seguridad y defensa”. Ni el hecho de que del artículo 10 de la misma ley se desprenda que la Secretaría constituye un órgano del mismo, aunque le corresponda coordinar a los demás.

Tampoco puede, en nuestro concepto, desvirtuarse el que se requiera, “la previa aprobación”<sup>14</sup> (es decir, la autorización) del Presidente de la República para que el Secretario dicte el Reglamento Interno, ni la circunstancia de que el libre nombramiento y remoción de los altos directivos de (...), incluyendo al propio Secretario, también le corresponda al Presidente de la República.<sup>15</sup>

Estimamos, en consecuencia que las situaciones y circunstancias indicadas constituyen elementos de juicio que, en su conjunto, configuran al primer mandatario nacional, como el máximo jerarca de (...).

### III

En cuanto a la interrogante relativa a cuál sería la autoridad máxima a la que se refieren la Ley de Licitaciones y su Reglamento, competente para designar a los miembros de la Comisión de Licitaciones en el proceso de adquisición de equipos destinados a (...), para otorgar la buena pro y para celebrar el respectivo contrato, cabe hacer las siguientes consideraciones:

Tal como se ha expuesto *supra*, aunque (...) no pertenece a la estructura organizativa del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, sí forma parte de la estructura financiera de dicho Despacho. Debido a tal circunstancia, los gastos necesarios para su funcionamiento, los correlativos compromisos que a tal efecto se contraigan (que afectarán así determinadas partidas presupuestarias) y los pagos que se ordenen para cumplir con esas obligaciones, son imputables, en su totalidad, al referido Despacho; por tanto, constituyen gastos, compromisos y pagos “del Ministerio” que se realizarán con cargo al presupuesto del mismo.

Ello trae como consecuencia entonces, refiriéndonos al asunto consultado, que las respectivas contrataciones, que según la ley de la materia se encuentren sujetas a licitación, corresponderán al titular de ese Despacho, como máxima autoridad jerárquica y administrativa del mismo, que a los efectos de la Ley de Licitaciones (artículo 3, en concordancia con el 2 *ejusdem*) constituye “el ente contratante”. Por consiguiente, será el Ministro de la Secretaría de la Presidencia quien deberá nombrar, de conformidad con el artículo 68 de la

---

<sup>14</sup> En el numeral 10 del artículo 8° del Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa se establece, entre las atribuciones de (...), la de “Dictar su reglamento interno, previa aprobación del Presidente de la República...” (destacado y puntos suspensivos nuestros).

<sup>15</sup> Artículo 10 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa; artículo 18° del Reglamento Interno.

Ley de Licitaciones, a la correspondiente Comisión de Licitación, “preferentemente” entre los empleados de ese Ministerio como indica la norma, aunque pudiendo, también de acuerdo con la misma, nombrar a quienes no formen parte de su estructura organizativa, lo cual incluye al personal de (...).

#### IV

En cuanto, a la posibilidad de que el Ministro de la Secretaría delegue en el Secretario de (...) la firma de contratos, opinamos que tal delegación resulta improcedente, ya que la delegación de firmas sólo puede efectuarse dentro de una misma estructura **organizativa**, como consecuencia de una vinculación jerárquica, en virtud de la cual el superior jerárquico de la respectiva organización descarga en uno de sus subordinados, parte de su actividad material, como lo es la firma de ciertos documentos.<sup>16</sup>

Ello excluye entonces, que se haga esa delegación en funcionarios que no se encuentren sometidos a él por tal vínculo de subordinación jerárquica. Al respecto, también debe tenerse en cuenta que entre los efectos de la delegación de firmas se encuentra, según lo establece expresamente el artículo 61 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Central, el de que los actos firmados por el delegado se consideran como firmados por el delegante, lo cual incluso denota la existencia de un grado de confianza aún mayor (del superior al inferior) que el relacionado con la propia delegación de atribuciones, en que hay una verdadera transferencia de competencia y por tal motivo los actos del delegado le son imputables a él mismo y no al delegante.

Oficio N° 04-02-88 del 26 de junio de 2000.

*Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.*

**La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 antes que plantear una situación de verdadera alternatividad para la autoridad administrativa de escoger entre dos sanciones en el supuesto de la malversación, tal como se asienta en el dictamen en reexamen, planteaba una situación de concurrencia y de conflicto normativo, sobre todo si se tiene en consideración que incluso previamente al problema de aplicación de las sanciones, debía dilucidarse el problema vinculado a la determinación del procedimiento administrativo sancionatorio a seguir, distinto en cada caso.**

---

<sup>16</sup> Ver José Peña Solís, *Lineamientos de Derecho Administrativo*, vol. I, pág.140.



## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

En consecuencia, el asunto debe resolverse con los criterios combinados de la voluntad de la Administración y de la cronología, y no con el criterio de la alternabilidad, en el entendido de que en ningún caso ambas sanciones podían aplicarse simultánea o sucesivamente, por ser ello violatorio del conocido principio *non bis in idem*. Se abandona la posibilidad de sancionar por la vía de la averiguación administrativa los supuestos de malversación ocurridos bajo la vigencia de la anterior Ley de Contraloría, únicamente cuando esa infracción se hubiese configurado mediante hechos de mayor gravedad.

VER: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.

Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000.

*Apertura y sustanciación de averiguaciones administrativas por el órgano de control interno de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.*

**La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial es competente para organizar el control interno en ese organismo, lo cual le permite la creación de su Contraloría Interna. Asimismo, es competente para decidir las averiguaciones administrativas iniciadas y sustanciadas por la extinta Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura, antes de la entrada en vigencia del Régimen de Transición del Poder Público; no así para abrir y sustanciar nuevas averiguaciones administrativas, ya que esta competencia no fue transferida a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por el Régimen de Transición del Poder Público.**

Dictamen N° DGSJ- 04-02-138 del 7 de agosto de 2000.

El Director General de los Servicios Jurídicos de este Organismo Contralor remitió a esta Dirección de Asesoría Jurídica el Memorándum N° 08-00-022 del 1° de junio de 2000, ratificado según Memorándum N° 08-00-037 del 28 de julio del presente año, enviado por la Directora General de Averiguaciones Administrativas y Procedimientos Especiales, Encargada, con el fin de que se pronuncie sobre su contenido.

En dicho Memorándum se plantea lo siguiente:

1) La revisión del criterio sustentado en el Dictamen N° DGSJ-1-117 del 13-08-86, “en lo concerniente a la obligatoriedad de que los autos dictados dentro de las averiguaciones administrativas, iniciadas por los órganos de control interno de los organismos y entidades a los que alude el artículo 126 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, deban ser suscritos por los titulares de dichos órganos”.

2) Opinión en cuanto a la posibilidad de que el órgano de control interno de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial inicie y sustancie averiguaciones administrativas, con particular referencia a si puede interpretarse que la facultad que se atribuye a la mencionada Comisión en el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público constituye "...una potestad para iniciar y sustanciar procedimientos administrativos o sólo para decidir aquellos que ya estaban sustanciados para el momento en el cual (...) se crea la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial".

### **Análisis del asunto**

I. En cuanto al primero de los particulares anotados, se observa:

Resulta cierto que el contenido de las disposiciones que regulaban lo relativo a la actuación de los órganos de control interno, dentro del procedimiento de averiguaciones administrativas, contenidas tanto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 (G.O. N° 3.482 del 14/12/1984) como en el Reglamento Especial N° 1 (G.O. N° 33.210 del 25/4/1985), fue recogido en similares términos en la reforma que dicha Ley sufrió en 1995. No obstante, como consecuencia de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1/2/1996), se incorporaron, al marco regulatorio de la materia de control interno, nuevas disposiciones normativas que deben ser tenidas en cuenta en lo relacionado con el reparto de competencias, dentro de los cuadros organizativos, y a los funcionarios que conforman los órganos de control interno.

Por otra parte, también es cierto que el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en los supuestos descritos en los artículos 49 y 51, normas citadas por el órgano consultante, contempla situaciones en las cuales se determina la competencia del titular del órgano de control interno para suscribir las actuaciones a que ellos se refieren. Indudablemente, que en estos supuestos el reglamentista ha querido que sean los propios titulares de dichos órganos de control quienes personalmente suscriban el oficio de participación a la Contraloría General de la República de la apertura de una averiguación administrativa, y el auto de remisión del expediente a la Contraloría, en casos de indicios contra los funcionarios mencionados en el primer aparte del artículo 126 de la citada Ley Orgánica. Sin embargo, como también será explicado, la invocación de estas normas reglamentarias no resulta suficiente para establecer criterios definitivos sobre la competencia para suscribir los autos tendientes a impulsar el procedimiento de averiguaciones administrativas, toda vez que la competencia en líneas generales suele ser atribuida al órgano, y no siempre a funcionarios específicamente determinados.

Del mismo modo, es preciso aclarar que el criterio sentado en el Dictamen N° DGSJ-1-12 del 12-2-96, relativo a la "indelegabilidad de las atribuciones conferidas por el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República", resulta aplicable en

los casos de competencias atribuidas expresamente a funcionarios, como es el caso de la asignada a las máximas autoridades jerárquicas para decidir las averiguaciones administrativas; sin embargo, dicho criterio no debe entenderse como excluyente de la fórmula o figura organizativa conocida como desconcentración funcional de competencias dentro del mismo órgano.

La desconcentración funcional constituye una de las formas de distribución de competencias, en los casos en que las mismas han sido asignadas al órgano y no a funcionarios determinados. Acerca de la desconcentración administrativa o funcional, como una de las formas de distribución de competencias, *Allan Brewer Carías* señala:

“Debe establecerse también la diferencia entre la delegación de atribuciones y la desconcentración administrativa. La desconcentración es otra forma de distribución de competencias, pero a diferencia de la delegación, la desconcentración es una distribución de competencias en forma permanente y abstracta, atribuida siempre al órgano y no al titular del cargo.

Hay un típico ejemplo de desconcentración administrativa en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República donde se establece:

‘Artículo 12. Corresponde al Contralor:

Ordinal 1° *Dictar las normas reglamentarias internas sobre la estructura, organización, competencia y funcionamiento de las direcciones y demás dependencias de la Contraloría, de conformidad con lo previsto en esta Ley*’.

‘Artículo 14. La Contraloría tendrá los servicios técnicos y administrativos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones; *en el reglamento interno que dictará el Contralor se determinarán las direcciones, divisiones, departamentos, oficinas y servicios, de conformidad con esta Ley. Dicho reglamento y sus modificaciones deberán ser publicados en la Gaceta Oficial*’.

Conforme a estas normas, el Contralor tiene potestad organizativa y por tanto, de asignar y distribuir la competencia. En esta forma no hay duda de que es una función del Contralor, distribuir la competencia en la Contraloría, con carácter permanente y abstracto a los diversos órganos de esa Institución. En estos casos, la desconcentración administrativa tiene el mismo efecto que la delegación de atribuciones, en el sentido de que la decisión que se adopte por el inferior, se hace bajo la responsabilidad del funcionario de dicho órgano inferior. El acto dictado por éste, por tanto, sí es recurrible por vía jerárquica ante el superior, ya que es una decisión

propia y no tomada a nombre de otro. En este aspecto coinciden la desconcentración administrativa y la delegación de atribuciones.” (cursivas del autor y subrayado nuestro). (Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 59-60).

Cabe destacar que si bien otros autores, como **José Peña Solís**, definen a la desconcentración como el traslado de competencias (titularidad y ejercicio), con carácter permanente, mediante un instrumento normativo, de un órgano superior a un órgano inferior, orientando esta figura sólo hacia el ámbito territorial, se observa que se trata es de la posibilidad de distribuir competencias a órganos, de forma abstracta y permanente, lo que denota un punto de encuentro necesario con la doctrina antes referida. (Ver: Peña Solís José. “*Lineamientos de Derecho Administrativo*”. Vol. I. La Organización Administrativa Venezolana. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1995. Pág. 178-179).

Hechas las anteriores precisiones, es necesario determinar entonces cuál es el órgano competente para suscribir los autos tendientes al desenvolvimiento del procedimiento de averiguaciones administrativas y, para ello, es preciso señalar cuáles son esas disposiciones incorporadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, cuya vigencia puede conducir a modificar el criterio sostenido en el Dictamen N° DGSJ-1-117 del 13/8/1986.

Así tenemos que el artículo 70 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. N° 5.017 Ext. del 13-12-95), dispone:

“El control interno es responsabilidad de las respectivas autoridades jerárquicas, sin perjuicio de que la Contraloría pueda evaluar, orientar, coordinar y, en caso necesario, prescribir los sistemas y normas de control interno de la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada, a fin de que el control fiscal externo se complemente con el que ejerce la administración activa” (subrayado nuestro).

Por su parte, el artículo 148 *ejusdem*, en su primer párrafo, establece:

“El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, dictará las disposiciones relativas a la organización del control interno en la Administración Pública Nacional, de acuerdo a lo previsto en los artículos 70, 71 y 72 de esta Ley.”

Ahora bien, con fundamento en estas disposiciones, fueron dictados instrumentos normativos de carácter sublegal; es el caso del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional (G.O. N° 36.318 del 22-10-97), y de las “Normas Generales de Control Interno” (G.O. N° 36.229 del 17-6-97), dictadas por esta Contraloría.

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

El artículo 18 del mencionado Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional establece:

“La organización, funciones, responsabilidades y niveles de autoridad de las Contralorías Internas deberán ser definidos por la máxima autoridad del ente u organismo mediante instrumentos normativos, en los cuales se atenderá a lo previsto en el presente Reglamento y en las normas que sobre la materia dicten la Contraloría General de la República y la Superintendencia Nacional del Control Interno y Contabilidad Pública” (subrayado nuestro).

Una norma de semejante contenido a la que se acaba de transcribir la encontramos en las “Normas Generales de Control Interno”, cuyo artículo 12 prevé:

“Las funciones y responsabilidades del órgano de control interno deben ser definidas formalmente, mediante instrumento normativo, por la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad, tomando en consideración las disposiciones legales y reglamentarias vigentes y las normas, pautas e instrucciones que en materia de control dicten la Contraloría General de la República y demás órganos competentes para ello” (subrayado nuestro).

De la lectura de las dos últimas disposiciones citadas, se puede afirmar que si bien los órganos de control interno tienen atribuida, de forma genérica, la competencia para abrir y sustanciar o tramitar las averiguaciones administrativas, es el máximo jerarca del ente u organismo del que se trate a quien corresponde definir las funciones y responsabilidades que habrá de asumir cada uno de los cuadros organizativos de ese órgano en ejercicio de tal competencia. En efecto, tanto el artículo 18 del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, como el artículo 12 de las Normas Generales de Control Interno, prevén que será el máximo jerarca el que habrá de definir formalmente las responsabilidades y funciones del órgano de control interno. Siendo así, él podrá determinar las que corresponden a cada departamento o funcionario dentro del órgano de control interno para llevar a cabo el procedimiento de averiguaciones administrativas.

Por tanto, considera esta Dirección que será necesario verificar, en cada caso, de acuerdo con la normativa interna del ente u organismo correspondiente, si las funciones que debe cumplir el órgano de control interno en materia de averiguaciones administrativas han sido definidas por el máximo jerarca, mediante un instrumento normativo, tal como lo exigen los artículos citados en el párrafo anterior. Por ello, ya no sería posible afirmar, siempre y en todo caso, que al Contralor Interno le corresponde suscribir todos los autos que se dicten dentro de un procedimiento de averiguaciones administrativas, pues ello dependerá de la manera en que se hayan definido en un determinado ente u organismo, las funciones y responsabilidades en esta materia. En consecuencia, el criterio sostenido en el

Dictamen N° DGSJ-1-117 del 13-08-86, sólo podrá mantenerse para aquellas organizaciones que no cuenten con los instrumentos normativos que deben definir la organización, funciones, responsabilidades y niveles de autoridad de los órganos de control interno; o que, contando con ellos, no esté regulado lo relacionado con la suscripción de los autos que requiere el desenvolvimiento de las averiguaciones administrativas. En todos los demás supuestos deberá atenderse a lo que dispongan dichos instrumentos normativos.

II. El segundo aspecto planteado por la Dirección consultante tiene que ver con la situación particular del Órgano de Control Interno que opera en la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y la posibilidad de que dicho órgano pueda iniciar y sustanciar averiguaciones administrativas, con particular referencia a la facultad que se le atribuye a la mencionada Comisión en el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público.

Al respecto, señala textualmente la Dirección consultante:

“...debe señalarse que la revisión del dictamen en referencia se plantea en virtud de la participación hecha a esta Dirección, a tenor del Parágrafo Tercero del artículo 126 de la precitada Ley, de una averiguación administrativa iniciada por el órgano de control interno de la mencionada Comisión. Como anexo a dicha participación, se remitió el auto de apertura correspondiente, suscrito por la Directora de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría Interna, a lo cual se formularon oportunamente las observaciones del caso, con base en los razonamientos del dictamen cuya revisión se solicita. En este sentido, la mencionada Directora de Averiguaciones Administrativas ha manifestado informalmente su desacuerdo con el criterio del dictamen, arguyendo al respecto que los términos del mismo no tienen aplicación en el marco de la normativa vigente y que el órgano de control interno de la referida Comisión actúa de conformidad con el Reglamento Especial sobre la Estructura y Competencia de la Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura, dictado mediante Resolución N° 1666 del 21-07-1998, emanada del Consejo de la Judicatura (...) instrumento a través del cual se le da competencia a la Dirección de Averiguaciones Administrativas para abrir tales procedimientos; igualmente, señala que su actuación se ha llevado a cabo en atención a los lineamientos del Manual de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura...”

Pues bien, con fundamento en los artículos 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 18 del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional y 12 de las Normas Generales de Control Interno, dis-

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

posiciones ya comentadas al analizar el punto anterior, se dictó la Resolución N° 1666 del 21 de julio de 1998 (G.O. N° 36.533 del 7/9/98), que contiene el Reglamento Especial Sobre la Estructura y Competencia de la Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura. El artículo 9° de este Reglamento consagra la estructura organizativa de dicho órgano de control interno, distribuida de la siguiente manera: Despacho del Contralor Interno, Dirección de Auditoría Financiera, Dirección de Auditoría de Gestión y Dirección de Averiguaciones Administrativas.

Al acudir a las normas que regulan de forma específica a la Dirección de Averiguaciones Administrativas, se observa que el artículo 16, numeral 1 del aludido Reglamento Especial, otorga a esa Dirección, entre otras atribuciones, la apertura de las averiguaciones administrativas “cuando surjan indicios de que funcionarios, empleados, obreros o particulares hayan incurrido en actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad administrativa, relacionados con los ingresos, gastos y bienes del Consejo y de los servicios autónomos sin personalidad jurídica que le estén adscritos”. En correlación con esta disposición, tenemos que el artículo 10, entre los deberes y atribuciones del Contralor Interno del Consejo de la Judicatura, menciona: “Autorizar la apertura de las averiguaciones administrativas, supervisar el desarrollo del procedimiento, emitir las autorizaciones correspondientes; y, dictar los autos que pongan fin al procedimiento en sede de la Contraloría Interna”.

Resulta claro de ambas disposiciones que en el caso de la Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura, el Contralor Interno tenía atribuida la supervisión del procedimiento de averiguaciones administrativas, sin embargo, no necesariamente intervenía de forma directa en cada una de las etapas de dicho procedimiento, ya que podía emitir la autorización para que se realizaran las actuaciones necesarias; a tal efecto, puede observarse que el citado Contralor Interno tenía competencia para autorizar la apertura de las averiguaciones administrativas, en tanto que la competencia para abrirlas recaía directamente en el Director de Averiguaciones Administrativas.

En este orden de ideas, también debe mencionarse que el artículo 17 del mismo Reglamento Especial dispone:

“La apertura, sustanciación y tramitación de las averiguaciones administrativas se realizarán conforme a lo previsto en el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, aplicándose las demás previsiones de esa Ley y su Reglamento que resulten pertinentes; así como, las normas establecidas en el Manual de Averiguaciones Administrativas del Consejo de la Judicatura” (subrayado nuestro).

Como bien se puede establecer de esta norma, el Reglamento Especial prevé la posibilidad de que se dicte un instrumento normativo, específicamente un Manual que desarrolle las funciones que dicho órgano debe cumplir en materia de averiguaciones administrativas.

Así tenemos, entre la documentación suministrada por la Dirección consultante, una copia del “Manual de Averiguaciones Administrativas”, respecto del cual no disponemos de los datos precisos del acto de aprobación por los máximos jerarcas del Consejo. No obstante, partiendo del supuesto de que se haya aprobado, se puede leer, en la página 21, punto “II.1.3 EL AUTO DE APERTURA DE LA AVERIGUACIÓN ADMINISTRATIVA”, que “El Auto de Apertura debe ser dictado por el Director de Averiguaciones Administrativas, previa autorización del Contralor Interno”.

Más adelante, el mismo Manual, en la página 44, punto “II.3.8. ESQUEMA DE LOS PRINCIPALES PRODUCTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y A QUIEN LE CORRESPONDE EMITIRLOS.”, además de especificar el funcionario responsable de cada una de las etapas del procedimiento, en la parte que nos interesa, establece que el Auto de Apertura de la averiguación administrativa lo emite el Director de Averiguaciones Administrativas, previa autorización del Contralor Interno.

El análisis de las normas aplicables al órgano de control interno del extinto Consejo de la Judicatura nos conduce a señalar que el Director de Averiguaciones Administrativas tenía competencia, conforme a los referidos instrumentos normativos, para suscribir el auto de apertura del procedimiento de averiguaciones administrativas.

Sin embargo, la situación analizada se complica con la entrada en vigencia de la Constitución, aprobada mediante Referéndum del 15 de diciembre de 1999 (G.O. N° 5.453 Ext. del 24-3-2000), que al regular el Poder Judicial y el Sistema de Justicia, en el Capítulo III, Sección Primera, artículo 253, señala que el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la Ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia y los abogados autorizados para el ejercicio. Como puede observarse no se contempla en dicho sistema al Consejo de la Judicatura.

Por su parte, el “Régimen de Transición del Poder Público” (G.O. N° 36.920 del 28-3-2000), en el Capítulo IV, “Del Poder Judicial”, Sección Segunda, establece:

“Artículo 22. El Consejo de la Judicatura, sus Salas y dependencias administrativas pasarán a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

Mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organice la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que la actual legislación le otorga al



Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, serán ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”.

“Artículo 23. Los derechos y obligaciones asumidos por la República, por órgano del Consejo de la Judicatura, quedan a cargo de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia.

Los gastos requeridos para la entrada en funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia se harán con cargo al presupuesto del Consejo de la Judicatura vigente. La asignación presupuestaria del Consejo de la Judicatura para el presupuesto del año 2000 lo será para la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y el Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios del Consejo de la Judicatura seguirán en sus cargos hasta tanto la Comisión de Funcionamiento y reestructuración del Sistema Judicial o la Dirección Ejecutiva de la Magistratura efectúen nuevos nombramientos, u ordenen la reestructuración de los servicios administrativos y dicten las normas respectivas.

Los procedimientos administrativos que estén sustanciados por ante el Consejo de la Judicatura serán resueltos por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, continuarán usando la papelería del Consejo de la Judicatura existente hasta su agotamiento, para elaborar la comunicación oficial, actos administrativos, informes, memoranda y cuentas que hubieren de realizar”.

Artículo 24.- La competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, será ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial de acuerdo con el presente régimen de transición y hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios.

Estas disposiciones, de aplicación transitoria, ponen de manifiesto que el Consejo de la Judicatura, a partir de la vigencia de la nueva Constitución y del Régimen de Transición del Poder Público, desapareció como órgano integrante del sistema de justicia venezolano, para ser sustituido, inicial y provisoriamente, por la Comisión de Funcionamiento

y Reestructuración del Sistema Judicial y, posteriormente, por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano este último que ha sido previsto para sustituir en forma definitiva al Consejo de la Judicatura, pues según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución, el Tribunal Supremo la creará para el ejercicio de las funciones de dirección, gobierno y administración del poder judicial, de inspección y vigilancia de los Tribunales de la República y de las Defensorías Públicas.

Ningún otro sentido puede atribuirse a las transcritas normas del Régimen de Transición del Poder Público, pues resulta evidente la intención de transferir todos los elementos que eran indispensables para el funcionamiento del Consejo de la Judicatura a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, tales como la competencia, los funcionarios, los presupuestos de los años 1999 y 2000, los procedimientos en curso, la papelería, etc. Consecuentemente, resultaría absolutamente absurdo que se sostuviese la existencia del Consejo de la Judicatura, vacío de todo contenido, esto es, impedido de realizar actividad operativa alguna.

Cabe advertir, no obstante, que una lectura desprevenida de la primera parte del artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público, pudiera conducir a una interpretación literal equivocada, en el sentido de que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura tendría que quedar conformada, como dicho artículo señala, por “El Consejo de la Judicatura, sus Salas y dependencias administrativas”. Sin embargo, si partimos de la circunstancia de que la propia norma indica que tal “conformación” se hará de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución, y que ésta atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la facultad para organizar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la cual a su vez tendría las facultades de reestructuración, que parece asignarle el artículo 23 del Régimen de Transición del Poder Público, debemos concluir que la “conformación” aludida en el artículo 22 **ejusdem**, es de orden funcional, es decir, concerniente a asumir las funciones que correspondían al Consejo, sus salas y dependencias administrativas, por parte de la nueva Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y que ello en modo alguno supone un renacimiento del Consejo y de sus órganos, dentro de la estructura organizativa de esa misma Dirección, ni mucho menos dentro de la estructura organizativa de la provisional Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, estructura que fue establecida recientemente en la Resolución N° 155 del 28 de marzo de 2000 (G.O. N° 36.925 del 4-4-2000), que dictó el “Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, el cual en su artículo 1° dispone:

“El presente reglamento tiene por objeto establecer LA ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (...) y regular su funcionamiento en cuanto a las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensoría públicas, así como las otras competencias

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

que le han sido atribuidas por el mencionado Decreto” (subrayado, mayúsculas y negrillas nuestras).

Por lo demás, es necesario señalar que esta interpretación resulta armónica con el resto de la regulación contenida en los transcritos artículos 22, 23 y 24 que, como se ha dicho, postulan la transferencia de los elementos operativos del Consejo de la Judicatura a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, dejando inexistente a dicho Consejo.

Ahora bien, establecido que el Consejo de la Judicatura no existe, lo cual comporta igualmente la inexistencia de la estructura organizativa de dicho Consejo, y la inaplicabilidad de los instrumentos de rango sublegal cuyo objeto era repartir competencias a dicha estructura organizativa (Reglamento, Manual), sólo queda determinar si la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial es o no competente para abrir, sustanciar y decidir averiguaciones administrativas.

Al respecto, se observa:

De acuerdo con lo establecido en el único aparte del artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público “...las competencias de gobierno y administración, inspección y vigilancia de los Tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que la actual legislación le otorga al Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, serán ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial” (subrayado nuestro).

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en concordancia con el artículo 2° del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, corresponde a la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo “...la responsabilidad de organizar, establecer y mantener el sistema de control interno”. A dicha máxima autoridad también le compete la decisión de las averiguaciones administrativas, según lo establecido en el artículo 126 de la citada Ley Orgánica y 56 de su Reglamento.

Entendemos que la máxima autoridad jerárquica del Consejo de la Judicatura, la constituía el pleno de dicho Consejo, es decir, el órgano integrado por la totalidad de los consejeros. Consecuentemente, siendo que las competencias que la legislación otorgaba a la Sala Plena pasaron a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial debe concluirse que esta Comisión es actualmente la competente para organizar el control interno en la Comisión y para decidir las averiguaciones administrativas, en los casos de ocurrencia de alguno de los hechos generadores de responsabilidad administrativa a que se refieren los artículos 112 y 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en relación con el patrimonio de dicha Comisión o del que correspondía al extinto Consejo de la Judicatura.

No obstante, las competencias para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas, las asigna el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, directamente a los órganos de control interno. Tales competencias no pueden catalogarse como de “...gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas...”. Tampoco estaban asignadas a la Sala Plena o a la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura; luego, resulta evidente que no pueden considerarse incluidas dentro de las transferidas a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, según lo establecido en el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público. Por consiguiente, hasta tanto dicha Comisión organice su Contraloría Interna, carece de facultades para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas.

**Conclusiones:**

- 1) El criterio sostenido en el Dictamen N° DGSJ-1-117 del 13-08-86, se debe modificar, en el sentido de que corresponderá a los titulares de los órganos de control interno la competencia para suscribir los autos que se dicten dentro del procedimiento de las averiguaciones administrativas, particularmente el auto de apertura, siempre que dicha competencia no hubiese sido atribuida a otros funcionarios de dichos órganos, en los instrumentos normativos previstos en los artículos 18 del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional y 12 de las Normas Generales de Control Interno, dictadas por esta Contraloría.
- 2) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial es competente para organizar el control interno en ese organismo, lo cual le permite la creación de su Contraloría Interna. Asimismo, es competente para decidir las averiguaciones administrativas iniciadas y sustanciadas por la extinta Contraloría Interna del Consejo de la Judicatura, antes de la entrada en vigencia del Régimen de Transición del Poder Público.
- 3) Las competencias para abrir y sustanciar averiguaciones administrativas no fueron transferidas a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por el Régimen de Transición del Poder Público.
- 4) Hasta tanto la mencionada Comisión cree su órgano de control interno (Contraloría Interna), se encuentra impedido de abrir y sustanciar averiguaciones administrativas.

Dictamen N° DGSJ- 04-02-138 del 7 de agosto de 2000.

*Instituto Agrario Nacional (IAN). Inaplicabilidad del primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, respecto del Contralor Interno del Instituto. Competencia para suspender a funcionarios investigados.*

Por no ser el Contralor Interno del Instituto Agrario Nacional (IAN), un miembro de la Junta Directiva de ese ente descentralizado, no resulta procedente que, invocando al primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se envíen a este Organismo Contralor para su decisión, aquellos expedientes de averiguaciones administrativas en los que se hubiesen detectado indicios de responsabilidad administrativa de dicho funcionario. La suspensión de funcionarios públicos se trata, en cuanto a su naturaleza, de una medida temporal de carácter disciplinario. Ello significa que por la propia índole de la medida, su imposición le corresponde al máximo jerarca de la organización de que se trate.

Memorándum N° 04-02-241 del 5 de octubre de 2000.

### **I. Consideraciones sobre la inclusión del Contralor Interno del IAN dentro de los funcionarios a los cuales se refiere el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República**

En el Memorándum ... se expresa que, si bien el artículo 126 de la citada ley “no incluye dentro de los cargos a titulares de los órganos de control interno, se debe entender que tácitamente sí están inmersos dentro de esa norma, por cuanto la naturaleza del cargo desempeñado tiene dentro de su competencia, entre otras, la de regir el procedimiento de averiguación administrativa, siendo por lo demás que es el máximo jerarca de la Contraloría Interna; en razón de ello es obvio afirmar que el órgano sustanciador deberá remitir el expediente a los fines de que esta Contraloría decida sobre la averiguación”.

Sobre el particular, debe señalarse que el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece que la decisión de las averiguaciones administrativas abiertas por los respectivos órganos de control interno “corresponderá a la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo, salvo que los indicios detectados hagan presumir la responsabilidad administrativa de aquella, ministros, directores de ministerios, presidentes y **miembros de juntas directivas de institutos autónomos**, establecimientos públicos, sociedades y fundaciones estatales, que se encuentren en el ejercicio del cargo, en estos casos el órgano sustanciador deberá remitir el expediente a la Contraloría a fin de que ésta decida sobre la averiguación” (destacado nuestro).

En la norma transcrita se observa, respecto a los institutos autónomos, que la decisión de la averiguación administrativa abierta y sustanciada por el órgano de control interno respectivo no corresponderá a la máxima autoridad del instituto, cuando los indicios

detectados hagan presumir su propia responsabilidad o la de los miembros de la junta directiva de que se trate.

En relación con la junta directiva del IAN, cabe precisar que en el artículo 158 de la Ley de Reforma Agraria,<sup>1</sup> (Ley creadora de dicho instituto, y reguladora especial del mismo) se prevé que su “Directorio estará constituido por un Presidente y cuatro Directores, dos de los cuales representarán a las organizaciones campesinas y otro será profesional del agro. Todos los miembros del Directorio serán nombrados por el Ejecutivo Nacional” .

En el artículo 161 *ejusdem* se establece que “El Directorio tendrá las más amplias facultades de dirección y administración para la gestión de las operaciones que integran el objeto del Instituto”. Y en materia de personal, los ordinales 4° y 6° del artículo 165 de la misma ley se le atribuyen al Presidente del instituto, respectivamente, las competencias de “Ejercer la suprema dirección de las oficinas y dependencias del Instituto” y de “Nombrar y remover el personal del Instituto, debiendo informar al Directorio”.

De las normas reproducidas *supra* y más específicamente del artículo 158, se deriva que por disposición expresa de ley, **solamente** el Presidente del IAN y los 4 Directores a que se refiere dicho artículo, pueden ser considerados como **integrantes del Directorio** de ese instituto autónomo y por consiguiente, como **“miembros” de su “Junta Directiva”** en los **términos del primer aparte del artículo 126** de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. De allí, que en aplicación del mismo, sólo procederá el envío del expediente a este Organismo Contralor para su decisión, en los casos en que de la respectiva averiguación iniciada por la Contraloría Interna del IAN, aparezcan indicios de responsabilidad de alguno de los miembros de ese “Directorio” o “Junta Directiva”.

Cabe aclarar que en nuestra legislación actual, el rango de “Director” o de “Miembro de Junta Directiva” que puedan tener los Contralores Internos en los organismos o entes respectivos, dependerá de lo que al efecto disponga la correspondiente normativa específica que regule la organización y funcionamiento de ese ente u organismo; e igualmente, del margen de “libertad organizativa” que pueda dar la respectiva ley regulatoria al máximo jerarca de la organización para conferirle el rango de Director (General o Sectorial) al Contralor Interno, y obviamente, del ejercicio efectivo que la máxima autoridad haga de la potestad conferida.

En el caso que nos ocupa, la Ley de Reforma Agraria no confirió a la Junta Directiva (Directorio) del IAN la facultad de incluir entre sus miembros, al Contralor Interno, sino que estableció de modo taxativo e inmodificable por vía de reglamentación interna, la composición de dicha Junta.

---

<sup>1</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 610 Extraordinario de 05-03-60.

## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

Ello implica, a su vez, que por no ser el Contralor Interno del IAN un miembro de la Junta Directiva de ese ente descentralizado, no resulta procedente que, invocando al primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se envíen a este Organismo Contralor para su decisión, aquellos expedientes de averiguaciones administrativas en los que se hubiesen detectado indicios de responsabilidad administrativa de dicho funcionario.

En consecuencia, consideramos ajustada a Derecho la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de este Organismo Contralor, de devolver el expediente aludido en la consulta, al IAN, si<sup>2</sup> en realidad no encontró indicios de que alguno de los cinco miembros del Directorio del instituto hubiese incurrido en presuntas irregularidades administrativas, aun cuando aparezcan indicios de que el Contralor Interno sí incurrió en tales irregularidades.

Ello precisamente en virtud de que dicho funcionario, según hemos indicado anteriormente, carece del carácter de miembro de la Junta Directiva de ese instituto autónomo; condición exigida expresamente por el primer aparte del artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para que los expedientes de averiguaciones administrativas abiertos y sustanciados por las Contralorías Internas de los institutos autónomos sean remitidos a este Organismo Contralor, a fin de que sean decididos por el mismo y no por los máximos jefes de esos entes.

### II. Consideraciones sobre la competencia para suspender a los funcionarios investigados

En esta parte del presente memorándum conviene realizar una breve y sencilla, pero también necesaria aclaratoria sobre la opinión expresada por la Dirección General Consultante, en el sentido de que, en aplicación de los artículos 126 y 116 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, los titulares de los órganos de control interno **pueden**, al igual que el Contralor General, “**suspender** a un funcionario en el ejercicio del cargo, mientras dure la averiguación administrativa” (destacado nuestro).

Al respecto, cabe precisar que la suspensión de funcionarios públicos se trata, en cuanto a su naturaleza, de una medida temporal de carácter **disciplinario**.

Ello significa que por la propia índole de la medida, su imposición le corresponde al máximo jefe de la organización de que se trate, lo cual explica (incluso justifica) que en el artículo 116 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se

---

<sup>2</sup> Se trata, evidentemente, de un “si” condicional.

haya establecido que “El Contralor **podrá solicitar** la suspensión del funcionario en el ejercicio del cargo, mientras dure la averiguación administrativa” (destacado nuestro).

La norma transcrita se encuentra en total armonía con el artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa,<sup>3</sup> que contempla la posibilidad de suspender al funcionario de que se trate, cuando sea conveniente para realizar una investigación judicial o administrativa, durante el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación.

Lo antes expuesto significa, entonces, que **la competencia** del máximo jerarca de este Organismo Contralor y la atribución que por aplicación concatenada de los artículos 126 y 116 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le pudiese corresponder al titular del respectivo órgano de control interno, **en relación con la suspensión** de funcionarios públicos con motivo de una averiguación administrativa, se **circunscribe a solicitar** la aplicación de tal medida, al máximo jerarca del ente u organismo respectivo.

Memorándum N° 04-02-241 del 5 octubre de 2000.

*Omisión de control previo del compromiso. Incumplimiento de la normativa sobre crédito público.*

**La ausencia de control previo del compromiso no incide en la validez de éste, sino en su eficacia, por lo que, sin perjuicio de la posibilidad de abrir una averiguación administrativa, es convalidable.**

**La aprobación de una operación de crédito público puede incidir igualmente en la eficacia del contrato, si de dicha aprobación depende que el organismo respectivo tenga disponibilidad presupuestaria para hacer frente a sus compromisos contractuales.**

Oficio N° 04-02-129 del 1° de noviembre de 2000.

(...) cabe destacar que la sola existencia de un informe de este Organismo Contralor en el que se señala que hay presuntamente, una serie de irregularidades que puedan comprometer la responsabilidad administrativa de quienes hubiesen incurrido en ellas, no es suficiente para generar dicha responsabilidad, pues aun cuando dicho Informe debe presentarse dentro de un procedimiento de averiguaciones administrativas (cuya apertura se reserva en todo caso este Organismo Contralor) debe garantizarse el derecho a la defensa de los indiciados, pues de lo contrario se estará violando la garantía del debido proceso, prevista en el artículo 49 de la Constitución. Mientras no exista una declaración de responsabilidad administrativa por omisión del control previo y por incumplimiento de la normativa sobre crédito público, no puede afectarse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

---

<sup>3</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.745 Extraordinario, de 23-05-75.



## AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS

---

Por lo que respecta a la omisión del control previo en particular, la Dirección General de los Servicios Jurídicos señaló mediante Dictamen N° DGSJ-1-121 del 22-12-82 (consultado en original, pág. 7) que los contratos celebrados sin dar cumplimiento al control previo deben considerarse válidos “siempre y cuando no adolezcan de ningún vicio en sus elementos esenciales (capacidad y competencia de las partes contratantes, consentimiento, objeto y causa), y cumpla a cabalidad con los supuestos sobre los cuales incide el control previo. Siendo muy rígidos en nuestro parecer, podríamos pensar que el contrato celebrado en tales condiciones, adolece de un vicio de nulidad relativa, perfectamente convalidable mediante la realización del acto omitido (aprobación)”. Previamente señala el Dictamen (pág. 5) que el acto de control previo es un acto de aprobación, mediante el cual “el Órgano Contralor lo que hace en este caso es manifestar su conformidad o no con el acto revisado, en los aspectos sometidos a su verificación, no interviene en el contenido del mismo, modificándolo por ejemplo (...)” (pág. 4). De modo que -como se señala también en el citado Dictamen (pág. 4)- este acto aprobatorio no incide en la validez del contrato sino en su eficacia, es decir, en la ejecución de dicho contrato. En tal sentido, para que el referido contrato pueda ejecutarse, deberá cumplir con los requisitos del control previo del compromiso, previsto en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, esto es, la correcta imputación del gasto, la disponibilidad presupuestaria, las garantías necesarias y suficientes que debe dar el contratista para responder de sus obligaciones, la justeza y razonabilidad de los precios, y el cumplimiento de la Ley de Licitaciones y demás leyes aplicables.

Por lo que respecta a la supuesta aprobación legislativa “tardía” en aparente contravención con lo previsto en la legislación sobre crédito público, se observa que dicha aprobación está referida al financiamiento del contrato, es decir, a los fondos con los que la República va a hacer frente a sus obligaciones contractuales, por lo que si de esta aprobación depende que el organismo tenga disponibilidad presupuestaria para hacer frente a sus obligaciones contractuales, pareciera que sin esta aprobación tampoco puede ejecutarse dicho contrato, aparte de que no se cumpliría con uno de los extremos que deben revisarse en el control previo. Ahora bien, si ha habido una aprobación, aunque tardía, el contrato surtirá eficacia siempre y cuando cumpla con los demás requisitos del control previo.

La presente opinión se emite sin menoscabo de que esta Contraloría realice una inspección fiscal y de acuerdo con los resultados obtenidos, proceda a la apertura de una averiguación administrativa.

Oficio N° 04-02-129 del 1° de noviembre de 2000.



# **BIENES ESTADALES**



*Desincorporación de bienes. Competencia de la Contraloría General del Estado (...) para desincorporar los bienes que le están adscritos.*

**La competencia para desincorporar los bienes del Estado (...) recae en el Poder Ejecutivo Estadal, y es ejercida a través del Gobernador; sin embargo, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Hacienda del Estado, prevé la posibilidad de que el Poder Ejecutivo asigne la administración de ciertos bienes a algunas dependencias del Estado.**

Memorandum N° 04-02-244 del 10 de octubre de 2000.

(...) acerca de la competencia que tendría la Contraloría General del Estado (...) para desincorporar los bienes que le están adscritos.

(...) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O. N° 5.453 Ext. del 24-3-2000), en su artículo 164, numeral 3, dispone:

**“Es de la competencia exclusiva de los Estados:**

(...)

**3. La administración de sus bienes** y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignen como participación en los tributos nacionales” (resaltado nuestro).

De la disposición constitucional transcrita se desprende que la administración de los bienes y demás recursos de los Estados es de la competencia exclusiva de esas entidades locales, ejercida a través del Poder Ejecutivo Estadal, por órgano del Gobernador, autoridad a la que compete el gobierno y la administración de su Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 160 del texto constitucional.

Por su parte, la recientemente dictada Constitución del Estado (...) (Gaceta Oficial del Estado (...) N° 467 Ext. del 2/8/2000), en el Título IV, Capítulo II, “De las Competencias del Estado”, artículo 57, numeral 4, consagra una disposición semejante a la contenida en el supra transcrito artículo 164, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que le atribuye al Estado (...) “**La administración de sus bienes**”, competencia que corresponde al Gobernador del Estado, según el artículo 82 de la constitución estadal comentada.

Del mismo modo, es necesario señalar que la Ley Orgánica de Hacienda del Estado Apure (...) de 1971 (G.O. del Edo. Apure N° Ext. del 24-8-1971), al desarrollar el precepto de la disposición constitucional, establece en el artículo 12 que “**La administración, conservación y mejoras de los bienes del Estado corresponde al Ejecutivo, pero éste podrá asignar a cualquiera de sus Dependencias la administración de alguno o algunos de**

**aquellos, según la necesidad de cada ramo y la naturaleza de los bienes de modo que cada uno quede adscrito expresamente para su administración a alguna de las Dependencias del Estado”** (resaltado nuestro).

Ahora bien, la desincorporación de bienes (separar lo que estaba incorporado. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Edit. Espasa Calpe S.A. Madrid. 1992. Pág. 506), nos coloca ante un acto de administración sobre los mismos, puesto que **Administrar**, en una de sus acepciones, se entiende como “**Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes**”, y la desincorporación, sin duda, constituye una manera de disponer o de ordenar los bienes. En este orden de ideas, es necesario señalar que el término “**disponer**” no ha de entenderse únicamente como traslativo de la propiedad, en razón de que en un sentido amplio es definido como “**Colocar, poner las cosas en orden y situación conveniente**” (Ver: Diccionario de la Lengua Española. Pág. 31), y cuando se dispone de un bien mediante su desincorporación no se está necesariamente transmitiendo la titularidad del mismo.

En efecto, la decisión de desincorporar los bienes puede obedecer a diversas razones tales como: la depreciación del bien, su desactualización técnica, la necesidad de obtener un provecho económico para satisfacer necesidades de otro orden e, inclusive, la inutilidad que para los fines de la organización puede representar el bien a desincorporar, todo lo cual no es más que el resultado de una política de sana administración con la que se pretende dar a los bienes un correcto uso.

La desincorporación de bienes requiere efectuar los correspondientes ajustes en los inventarios, mediante los asientos contables que reflejen la salida de los mismos del rubro de activos llevados por el organismo que los tenga asignados. Tal desincorporación, en los términos expresados en la Publicación N° 20, “Instrucciones y Modelos para la Contabilidad Fiscal de los Estados de la República”, emanada de esta Contraloría General de la República (G.O. N° 2.624 Ext. del 30-6-1980), deberá registrarse por alguno de los siguientes conceptos: Traspaso interno, ventas, suministro de bienes a contratistas, desarme, inservibilidad, deterioro, demolición, muerte de semovientes, faltantes por investigar, permuta, donación, adscripción, cambio de sub-agrupación o cualesquiera otros conceptos debidamente justificados.

Para determinar entonces si la Contraloría General del Estado (...) puede desincorporar los bienes que le estén asignados, es preciso establecer si tiene atribuida la administración de los mismos.

En tal sentido, de las disposiciones señaladas al inicio se desprende que tal competencia recae en el Poder Ejecutivo Estadal, y es ejercida a través del Gobernador; sin embargo, el ya referido artículo 12 de la Ley Orgánica de Hacienda del Estado, prevé la posibilidad de que el Poder Ejecutivo asigne la administración de ciertos bienes a algunas

## **BIENES ESTADALES**

---

dependencias del Estado, en cuyo caso cada uno de esos bienes quedaría adscrito expresamente para su administración a tales dependencias. En estos casos, si los bienes que se pretenden desincorporar le han sido adscritos a la Contraloría General del Estado (...) para su administración podrá desincorporarlos, pero cuando la desincorporación se realice con fines de enajenación es preciso tener en consideración que se requiere la aprobación del Consejo Legislativo, a tenor de lo previsto en el artículo 13 de la referida ley hacendística estatal, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 *ejusdem*. En caso contrario, es decir, en el supuesto de que la Contraloría General del Estado no tenga la administración de los bienes a desincorporar, no podrá efectuar la desincorporación, siendo la competencia del Ejecutivo Estadal, a través del Gobernador.

Memorándum N° 04-02-244 del 10 de octubre de 2000.





**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**



## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

---

*Aplicación de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República por no presentar la declaración jurada de patrimonio. Ejecución forzosa de un acto de ejecución personal, como es la presentación de la declaración jurada de patrimonio. Aplicabilidad de medidas innominadas por el incumplimiento de esa obligación.*

No resulta viable jurídicamente aplicar a quienes incumplen con la obligación de presentar las declaraciones juradas de patrimonio, las sanciones previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. No hay lugar a la aplicación del artículo 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por establecer la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, de naturaleza especial y de aplicación preferente, los mecanismos que permiten forzar a los obligados a que cumplan con presentar las declaraciones juradas de patrimonio. No está contemplada en el marco legal vigente previsión alguna que faculte a este Organismo Contralor para aplicar medidas innominadas, por lo que deberá esperarse a que se dicte la Ley correspondiente que desarrolle el precepto contenido en el artículo 289, numeral 3, de la Constitución.

Memorándum N° 04-02-132 del 8 de junio de 2000.

(...) se solicita opinión sobre los particulares siguientes:

**(...) “la viabilidad jurídica de aplicar las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en virtud de la violación a la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio actualizada, ello en aplicación de los artículos 1 y 80 numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siendo importante destacar que, en el supuesto que sea procedente, aún fundamentado en otro sustento legal, tenga a bien señalar esa posibilidad.”**

**“Por otra parte, esta Dirección estima importante así como necesario la aplicación de medidas innominadas en el ejercicio de sus competencias, es imprescindible que a través de la presente consulta, nos ilustre sobre la vía dentro del marco de legalidad que haga posible la aplicación de tales medidas.”**

Los planteamientos formulados por la Dirección consultante, ponen de relieve, el análisis de los aspectos siguientes:

- I) La posibilidad de aplicar las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República por el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio;

- II) La posibilidad de ejecutar forzosamente un acto de ejecución personal por el obligado, como lo es la presentación de la declaración jurada de patrimonio, con fundamento en los artículos 1 y 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y,
- III) La posibilidad de que la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio pueda aplicar medidas innominadas en el ejercicio de sus competencias.

**I. La sanción aplicable por la no presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio**

Plantea la Dirección consultante la posibilidad de que puedan aplicarse las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. N° 5.017 Ext. del 13/12/95), por el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio. Al respecto, es necesario señalar que dicha Ley Orgánica establece varios supuestos en los que resulta procedente la aplicación de sanciones, fundamentalmente tenemos: las sanciones que se derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, en un procedimiento de averiguaciones administrativas, ante la verificación de los supuestos generadores establecidos en el artículo 113; las que se originan de actos, hechos u omisiones, contrarios a una norma legal o reglamentaria, pero distintos a los contemplados en el artículo 113 (art. 114); las que se derivan del acaecimiento de alguno de los supuestos que enumera el artículo 127; y, la que se contempla en el artículo 128 *ejusdem*.

Pues bien, el análisis de los supuestos contemplados en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República claramente evidencia que la omisión de la presentación de la declaración jurada de patrimonio no configura un supuesto generador de responsabilidad administrativa, de conformidad con esa norma, siendo así no habría lugar a la aplicación de la sanción establecida en la primera parte del artículo 121 de dicho texto legal.

Por su parte, el supuesto sancionatorio a que se refiere el artículo 114 de la mencionada Ley, de aquellos actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o reglamentaria, se encuentra vinculado a la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos de las entidades sujetas al control de la Contraloría. En efecto, si bien tales actos, hechos u omisiones, no configuran responsabilidad administrativa por no estar contemplados, como generadores de esa responsabilidad, en el citado artículo 113, es lo cierto que se trata de una norma inserta en el Título VIII “De las Averiguaciones Administrativas”, por lo que para ser recriminables y susceptibles de sanción, esos hechos, actos u omisiones, tendrán que estar relacionados con la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, tal como se desprende del artículo 112 del mismo texto legal. Por consiguiente, tratándose de que el incumplimiento de la obligación de presentar, oportunamente, declaraciones juradas de patrimonio no constituye la violación de normas legales o reglamentarias sobre la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, debe concluirse que en tales

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

casos no se configura el supuesto generador de multa previsto en el artículo 114 de la Ley que rige este Organismo.

Ahora bien, en lo que concierne al artículo 127 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Organismo, se observa que ninguno de los supuestos que la norma contempla se refiere expresamente a la omisión de la presentación de la declaración jurada de patrimonio; no obstante, pudiera interpretarse que los numerales 4 y 5 de dicho artículo permiten encuadrar la no presentación de la declaración jurada de patrimonio, toda vez que ellos se refieren, de manera genérica, a la obligación que tienen los servidores públicos y los particulares de enviar a este Organismo los documentos que les sean requeridos, o que por cualquier causa estén obligados a remitir en tiempo oportuno. Por tanto, conforme a esa interpretación, pudiera llegar a considerarse que la declaración jurada de patrimonio constituye uno de esos documentos que el obligado debe presentar ante la Contraloría.

Sin embargo, es necesario señalar que, en criterio de esta Dirección, tal solución debe ceder por la aplicación del principio de especialidad de las normas, dada la existencia de supuestos particulares en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (G.O. N° 3.077 Ext. del 23-12-1982), que sancionan el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio. En efecto, el artículo 19, numeral 1, dispone:

“El Contralor General de la República o sus delegados, por resolución motivada, sancionarán a las personas señaladas por el artículo 2°, de esta Ley que, sin causa justificada, incurran en lo siguiente:

1) Omitieren hacer la declaración jurada de patrimonio dentro del término legal.

(...)

En el caso previsto en el numeral 1, se aplicará multa de quinientos hasta diez mil bolívares, y en el señalado en el numeral 2, multa de quinientos hasta dos mil bolívares, a juicio del órgano contralor y según la gravedad de la falta” (subrayado nuestro).

Por su parte, el artículo 21, numeral 1, prevé:

“La Contraloría General de la República o el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, en sus casos, sancionarán con multa de quinientos hasta diez mil bolívares:

1) A las personas que infrinjan o desacaten la resolución que les exija la presentación de la declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 14 de esta Ley...” (subrayado nuestro).

El texto de los artículos transcritos evidencia que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece, de manera expresa, la sanción aplicable por la omisión de la presentación de la declaración jurada de patrimonio por parte del sujeto obligado a cumplir

con tal hacer. Indudablemente que estamos ante supuestos especialísimos, respecto de los supuestos genéricos contemplados en los numerales 4 y 5 del artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por tanto, debe quedar excluida la aplicación de esta última Ley para dar paso a la aplicación preferente de las sanciones establecidas en los artículos 19, numeral 1 y 21, numeral 1, de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Finalmente, la sanción por “fraccionamiento” a que se contrae el artículo 128 de la Ley *in commento*, resulta evidentemente inaplicable para sancionar la falta de presentación oportuna de declaraciones juradas de patrimonio.

En conclusión, y con fundamento en las consideraciones precedentes, no resulta viable jurídicamente aplicar las sanciones previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por el incumplimiento de la obligación de presentar declaraciones juradas de patrimonio.

## **II. La ejecución forzosa en los casos de no presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio**

Sobre este particular, conviene revisar los artículos 1 y 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (G.O N° 2.818 del 1-7-1981), disposiciones citadas por el órgano consultante, que establecen:

“Artículo 1°. La Administración Pública Nacional y la Administración Pública Descentralizada, integradas en la forma prevista en sus respectivas leyes orgánicas, ajustarán su actividad a las prescripciones de la presente Ley.

Las administraciones estatales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable” (subrayado nuestro).

Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

(...)

2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta” (subrayado nuestro).

El transcrito artículo 1° ordena la adecuación de las actividades de organismos, como la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto fueren aplicables, ello, sin duda, con el fin de unificar los principios para que la actividad administrativa, desplegada en un procedimiento, esté orientada bajo determinados parámetros que permitan resguardar las garantías fundamentales de los administrados, así como lograr una mejor y más eficiente actuación administrativa. De allí que estos organismos –llamados con autonomía funcional bajo la vigencia de la Constitución de 1961– también deban adecuar sus actividades a lo que prevé dicha Ley Orgánica, materializándose tal adecuación en los instrumentos normativos que los regulan.

Ahora bien, cuando hablamos de la posibilidad de la ejecución forzosa por la Administración de actos de ejecución personal que el obligado se resiste a cumplir, estamos partiendo de la premisa de que la Administración puede hacer uso de determinados mecanismos que obliguen a un sujeto a actuar en el sentido querido por la norma.

En el presente asunto, parece plantear el órgano consultante la posibilidad de aplicar, a los sujetos que omiten la presentación de la declaración jurada de patrimonio, las multas sucesivas previstas en el numeral 2 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con el fin de obligarlos a que cumplan con dicha declaración. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta disposición, como todas las de dicha Ley Orgánica, tendrán cabida en cuanto sean aplicables a la Contraloría, dada la existencia de instrumentos legales especiales que regulan su funcionamiento y competencias como es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En la materia específica de declaraciones juradas de patrimonio, materia de competencia de este Organismo, será necesario revisar si las normas que la regulan establecen un mecanismo propio y particular para forzar al obligado a que presente la declaración, ya que la ejecución forzosa por parte de la Administración constituye una facultad reglada, de la cual no puede hacer uso la Administración libremente. (Ver: **José María Boquera Oliver**, “Derecho Administrativo”, Edit. Civitas. SA, 10ma Edic, Madrid, 1996, p. 547. Señala que “La Ley no le permite a la Administración emplear cualquier medio para ejecutar sus actos y los que puede utilizar no puede emplearlos de cualquier manera. La Ley enumera los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos y regula los procedimientos para su utilización. La jurisprudencia ha reconocido que los medios de ejecución forzosa están tasados, de tal manera que no se puede emplear un medio de ejecución forzosa que no esté previsto por la Ley”).

Pues bien, al revisar la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que regula lo relativo a las declaraciones juradas de patrimonio, se observa que en el artículo 10 establece:

“A las personas que no hubieren presentado la declaración jurada de patrimonio en el término señalado, se les retendrá el pago de las remuneraciones mientras no den cumplimiento a la obligación indicada. Esta retención se mantendrá hasta que el funcionario o empleado público presente prueba fehaciente de que entregó dicha declaración al funcionario autorizado por la Contraloría General de la República para recibirla” (subrayado nuestro).

Así mismo, en lo que respecta a los particulares que contratan con la Administración, tenemos que el artículo 14 prevé:

“Las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a cualesquiera de las entidades señaladas en el artículo 4° de esta Ley, deberán formular o presentar declaración jurada de patrimonio cuando les sea exigido por la Contraloría General de la República o el Tribunal competente en el curso de las investigaciones que realicen.

Mientras no den cumplimiento a esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos” (subrayado nuestro).

Con estas previsiones legales, creemos que el legislador ha querido establecer mecanismos de presión sobre quienes se encuentran obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio. En efecto, con la retención de las remuneraciones se ha constituido un medio con el que se pretende forzar al funcionario o empleado público a que cumpla con presentar la declaración jurada de patrimonio, medida que incluso, según el mandato expreso de la Ley, no se suspenderá mientras que el funcionario o empleado no realice la declaración. Así mismo, las personas naturales o jurídicas que contraten con la Administración, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos.

De lo expuesto, se advierte que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, además de prever las sanciones pecuniarias correspondientes, por haberse verificado el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio, contempla la retención de las remuneraciones, la imposibilidad de contratar y la retención de pagos derivados del cumplimiento de contratos, según el caso, como únicas medidas o consecuencias que se pueden derivar de ese incumplimiento. Existiendo, entonces, previsiones especiales y particulares, propias de la materia de declaraciones juradas de patrimonio, no habría lugar a la aplicación de una disposición general como la contenida en el artículo 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.



### **III. La aplicación de medidas innominadas**

El tercer aspecto planteado por el órgano consultante tiene que ver con la posibilidad de que la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio pueda aplicar medidas innominadas en ejercicio de sus competencias. A tal efecto, se anexan dos criterios elaborados en dicha Dirección.

Al respecto, se observa:

El artículo 289 de la Constitución (G.O. N° 5.453 Ext. del 24/3/2000), ubicado en la Sección Cuarta “de la Contraloría General de la República”, Capítulo IV, “Del Poder Ciudadano”, Título V, “De la Organización del Poder Público Nacional”, establece las atribuciones de este Organismo, señalando específicamente la siguiente:

“Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la Ley” (subrayado nuestro).

Se desprende de la norma constitucional precedente que la Contraloría podrá: dictar medidas, imponer reparos y aplicar sanciones, A QUE HAYA LUGAR DE CONFORMIDAD CON LA LEY. Tal previsión debe ser interpretada, a juicio de esta Dirección, en el sentido de que se trata de potestades regladas, que sólo pueden ser ejercidas de existir norma legal expresa que las autorice.

En efecto, un análisis literal de la norma nos conduce a establecer que la misma incorpora una limitación para el ejercicio de esas potestades de “dictar medidas, imponer reparos y aplicar sanciones”, limitación que se deriva de la señalada expresión “a que haya lugar de conformidad con la Ley”. Nótese que no se trata de cualesquiera medidas, reparos o sanciones, sino de aquellas previamente definidas o configuradas por el legislador, quien ha de regular los supuestos de procedencia y las condiciones que deberán cumplirse para el ejercicio de esas potestades. Esta disposición constituye una clara expresión del principio de legalidad, al que están sometidos todos los actos que emanan del Poder Público y, especialmente, aquellos mediante los cuales se manifiestan potestades sancionatorias y otras, como la de imponer reparos y dictar medidas, cuyo ejercicio puede llegar a afectar la esfera de derechos de los ciudadanos, cuya fuente también es la Constitución.

El fundamento de la disposición constitucional, en lo que a las medidas respecta, pudiéramos encontrarlo en la posibilidad de que la Contraloría General de la República, en un determinado momento, requiera preservar un interés público en peligro, relacionado con el patrimonio público, y que amerita una protección urgente; no obstante, en criterio de

esta Dirección, deberán tenerse presente los llamados por la doctrina “límites negativos” que ha de respetar toda decisión administrativa que ordene una medida en particular contra un sujeto o su patrimonio, a saber: que las medidas no causen perjuicios irreparables a los interesados, y que no impliquen la violación de derechos amparados por las leyes (Ver: “Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo”. Manuel Rebollo Puig. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. “La Protección Jurídica del Ciudadano”. Edit. Civitas S.A. Madrid. 1993. p. 675).

Estos límites negativos, parecieran encontrar asidero en el texto mismo de la Constitución, si se tiene en cuenta que el artículo 141 prevé que la Administración Pública se fundamenta, entre otros, en el principio de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, y si, igualmente, se considera que el artículo 140, consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que sufran los particulares en sus derechos y bienes, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

A juicio de esta Dirección, con la señalada limitación que el constituyente ha establecido a la potestad de dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones, se pretendió buscar el equilibrio necesario entre el ejercicio de las funciones contraloras y la preservación de los derechos y garantías de los ciudadanos, sometiendo el ejercicio de esas potestades a lo dispuesto en la Ley.

Cabe destacar, que frente a quienes piensan que la Constitución tiene un contenido programático, algunos defienden su contenido normativo, por lo que, según esta última corriente, ella bastaría para ejercer las potestades que contempla; sin embargo, no podemos desconocer que, en determinados casos, la misma Constitución deja a la Ley la regulación de todos aquellos elementos que definen y delimitan esas potestades; en tales situaciones deberá esperarse el desarrollo legislativo.

Como apoyo a esta interpretación, podemos citar lo relativo al sistema nacional de control, cuya organización y funcionamiento queda a la Ley por mandato constitucional (ver: art. 290 C.R.B.V.). Al comentarse la justificación de esta disposición en la Exposición de Motivos se lee: “Se prevé un sistema nacional de control fiscal, **el cual será desarrollado por la ley.**” Se desprende de dicha transcripción que la consagración constitucional del sistema nacional de control por sí sola no es suficiente para su implantación, por lo que será necesario que se desarrollen en un instrumento legal los principios, componentes, instrumentos y demás aspectos que permitan dar concreción al referido sistema.

Por todos las consideraciones precedentemente expuestas, esta Dirección es del criterio de que la Contraloría General de la República no puede dictar medidas innominadas, con fundamento en el artículo 289, numeral 3 de la Constitución, mientras no sea dictada la Ley que desarrolle dicha norma constitucional y que autorice a este Organismo a dictar tales medidas.

### Conclusiones:

- 1) No resulta viable jurídicamente aplicar a quienes incumplen con la obligación de presentar las declaraciones juradas de patrimonio, las sanciones previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- 2) No hay lugar a la aplicación del artículo 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por establecer la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, de naturaleza especial y de aplicación preferente, los mecanismos que permiten forzar a los obligados a que cumplan con presentar las declaraciones juradas de patrimonio.
- 3) No está contemplada en el marco legal vigente previsión alguna que faculte a este Organismo Contralor para aplicar medidas innominadas, por lo que deberá esperarse a que se dicte la Ley correspondiente que desarrolle el precepto contenido en el artículo 289, numeral 3, de la Constitución.

Memorándum N° 04-02-132 del 8 de junio de 2000.

*Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.*

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 antes que plantear una situación de verdadera alternatividad para la autoridad administrativa de escoger entre dos sanciones en el supuesto de la malversación, tal como se asienta en el dictamen en reexamen, planteaba una situación de concurrencia y de conflicto normativo, sobre todo si se tiene en consideración que incluso previamente al problema de aplicación de las sanciones, debía dilucidarse el problema vinculado a la determinación del procedimiento administrativo sancionatorio a seguir, distinto en cada caso.

En tal virtud, el asunto debe resolverse con los criterios combinados de la voluntad de la Administración y de la cronología, y no con el criterio de la alternabilidad, en el entendido de que en ningún caso ambas sanciones podían aplicarse simultánea o sucesivamente, por ser ello violatorio del conocido principio non bis in idem. Se abandona la posibilidad de sancionar por la vía de la averiguación administrativa los supuestos de malversación ocurridos bajo la vigencia de la anterior Ley de Contraloría, únicamente cuando esa infracción se hubiese configurado mediante hechos de mayor gravedad.

Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000.

Reexaminado el supuesto de la malversación desde la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República hasta la actualmente vigente, se infiere que la problemática que nos ocupa surge a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda

del Patrimonio Público y se agudiza con la reforma parcial de la Ley que rige a este Organismo Contralor acontecida en 1984, aparentemente debido a una falla de depuración técnica por parte del legislador.

En efecto, debe tenerse presente que en la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dictada en 1975, reformada parcialmente ese mismo año (G.O. N°1712 Ext. del 06-01-75 y G.O. N° 1756 Ext. del 30-06-75), se plasmaba un sistema abierto de conductas generadoras de responsabilidad administrativa y el auto decisorio de las averiguaciones administrativas era fundamentalmente de naturaleza mero-declarativa, toda vez que la posibilidad de aplicar sanciones derivadas del mismo, que por lo demás eran de orden disciplinario, estaba sujeta a la discrecionalidad de funcionarios ajenos a este Organismo Contralor, quienes se encontraban en una situación de jerarquía respecto a los declarados responsables (Véase Girón, Siebel. “Evolución Jurídica de la Contraloría General de la República”. Colección Medio Siglo de la Contraloría General de la República. Serie Estudios Jurídicos. pp. 371 y 372). Aún más, la posibilidad de multar del Organismo Contralor se reducía a los supuestos tanto específicos como genéricos que preveía el artículo 93 ejusdem, entre los cuales se tipificaba la malversación, ubicado dicho precepto en un Título independiente al concerniente a las Averiguaciones Administrativas, denominado “De las Sanciones” (artículos 93 al 95), y que no guardaba relación directa con una declaratoria de responsabilidad, al punto de que en su artículo 95 establecía: **“Las sanciones precedentes no impiden la aplicación de las que correspondan a los funcionarios o empleados por haber incurrido en responsabilidad administrativa”**.

En este orden de ideas, tenemos que en el ámbito administrativo y **antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el año 1983, la malversación entendida en los términos del numeral 8 del artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, sólo era sancionable desde el punto de vista pecuniario con la multa autónoma dispuesta en dicho artículo (multa hasta cien mil bolívares), sin que ello implicara la exclusión de ese supuesto del régimen de averiguaciones administrativas, por imperio del artículo 95 ejusdem**, observándose, en todo caso, que si bien la apertura de las averiguaciones era una facultad de ejercicio potestativo o discrecional para la Contraloría General de la República en el supuesto de la existencia de indicios de que funcionarios o particulares que tuviesen a su cargo o que interviniesen en cualquier forma en el manejo, administración o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hubiesen incurrido en **errores, omisiones o negligencias** (artículo 81), no sucedía lo mismo con la potestad para imponer la multa autónoma en cuestión, puesto que el artículo 93 del mencionado texto legal marcaba claramente la conducta administrativa al utilizar la fórmula “Serán sancionados”..., la cual revela que estaba en la obligación de aplicar la Ley sin hacer uso de criterios de oportunidad o conveniencia.

En consecuencia, **hasta aquí era perfectamente viable la acumulación de la multa autónoma con las sanciones disciplinarias derivadas de una declaratoria de responsabilidad administrativa, en vista de que así lo permitía la Ley y se trataba de sanciones de distinta naturaleza, por tanto no incompatibles. Recuérdese que la responsabilidad administrativa no aparejaba sanción de multa.**

El panorama antes expuesto sufre un cambio importante en el año 1982 con la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (G.O. N° 3.077 Ext. del 23-12-82), instrumento que **concorre** con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República a un mismo fin, y en el cual se entremezclan un sistema abierto de hechos generadores de responsabilidad administrativa (artículos 32 y 42) con un sistema de tipificación de algunos supuestos concretos ( artículos 35 al 41), dándole **en todos los casos efectos sancionatorios de orden pecuniario (multa) a la decisión de responsabilidad administrativa.**

Cabe mencionar, que el sistema abierto de hechos generadores de responsabilidad administrativa plasmado en los artículos 32 y 42 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público difiere del pautado en la Ley de Contraloría vigente para ese entonces (Ley del 75). Dichos artículos establecen:

“Artículo 32.- El funcionario o empleado público responde administrativamente **por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria.** La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil”.

“Artículo 42.- **Toda otra violación legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley** y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, **será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares**”.

Es a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (01-04-83) cuando se inicia parte de la problemática en análisis, pues la malversación se constituye en una infracción a la que, por una parte, por la vía de la averiguación administrativa se le amplían los efectos sancionatorios, aparejando la sanción de multa estatuida en el artículo 42 de ese texto legal (multa de mil a cincuenta mil bolívares), que como se ha visto antes no existía, y por otra parte, paralelamente continúa tipificada expresamente en el numeral 8 del artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, como un supuesto que acarrea una multa independiente de las sanciones aplicables por responsabilidad administrativa y que no impide la aplicación de estas últimas.

La situación se complica todavía más con la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República aprobada en 1984 (G.O. N° 3.482 Ext. del 14-12-84), que casualmente buscó adecuar el texto normativo que rige al Organismo Contralor a los

cambios operados en virtud de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ya que ambas protegen el mismo interés jurídico. En tal sentido, tiene particular interés destacar la modificación de los artículos 81 y 82 de la Ley del 75, por cuanto en el primero de los mencionados se establece la posibilidad de realizar averiguaciones ante la presencia de indicios de que funcionarios o particulares vinculados al manejo de fondos públicos hubiesen incurrido **en actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria, incluida la normativa interna de carácter general, aun la establecida en manuales de organización, sistemas y procedimientos**, y, por su parte, en el artículo 82 se añadió, en ratificación a lo ya establecido en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público que “En la decisión que declare la responsabilidad administrativa, se impondrá la sanción pecuniaria que corresponda, de conformidad con el Título IV de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”.

Como se puede apreciar, a pesar de que en lo que concierne exclusivamente a las averiguaciones administrativas y la responsabilidad administrativa los dos citados textos legales lejos de ser incompatibles más bien se complementan, pareciera que el legislador no se percató que al dejar intacto el contenido de los artículos 93, 94 y 95 del Título VII de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del 75, denominado “De las sanciones”, y que por cambios en la numeración pasaron a ser los artículos 94, 95 y 96, respectivamente, de la Ley del 84, generaba un problema de duplicidad o superposición de sanciones pecuniarias por un solo y mismo hecho –la malversación– con las siguientes peculiaridades: 1) las sanciones en referencia se imponían a través de procedimientos administrativos diferentes; 2) la multa autónoma era de imposición obligatoria, en tanto que existía discrecionalidad para abrir o no una averiguación administrativa; y 3) en el caso de la malversación, el límite superior de la multa autónoma a imponerse era de una cuantía mayor al de la multa que podía derivar de la declaratoria de responsabilidad administrativa por ese mismo hecho, aunque en este último supuesto se acompañaba con sanciones de otra naturaleza (disciplinarias-inhabilitación).

En otras palabras, la malversación entendida como el empleo de fondos públicos por parte de quienes los administran, manejen o custodien, en finalidades públicas diferentes de aquéllas a que estuvieren destinados por la ley, por los reglamentos o por actos administrativos, por una parte, pasó a ser un supuesto de hecho que **per se** tipificaba como infracción y que al constatarse **obligatoriamente** conllevaba una multa y, por otra, paralelamente, ese mismo supuesto de hecho daba lugar a la configuración de otra infracción administrativa de tipo abierto, a saber, la violación de disposiciones legales o reglamentarias relacionadas con el manejo de fondos públicos como son las de ejecución presupuestaria, castigable con un elenco de sanciones entre las cuales figura igualmente la de multa, aunque con otra cuantía, y sólo en el caso de que el Organismo optase por abrir la averiguación administrativa correspondiente.

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Así, nos encontramos que en un principio concurren normas de dos leyes a sancionar una misma conducta con pena de multa (artículo 42 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y artículo 93, numeral 8, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) y que, luego, esa concurrencia tiene lugar dentro de un mismo ordenamiento jurídico -Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984- (artículos 81 y 82 con el artículo 94, numeral 8).

Sobre este aspecto, la Dirección General de los Servicios Jurídicos se pronunció en los dictámenes Nos. DGSJ-1-119 del 14-08-86 (Véase en Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 1986-1987. T. IX. pp.127-129), DGSJ-1-126 del 25-08-86, DGSJ-1-166 del 04-11-86, DGSJ-1-114 del 30-08-89, indicando en resumidas cuentas que ...“a esta Contraloría corresponde, en forma excluyente, o abrir la averiguación administrativa o imponer la multa a que se refiere el artículo 94 de su Ley Orgánica”, ya que consideró que el ejercicio de la competencia a tales efectos es discrecional.

A título ilustrativo, a continuación se reproduce un párrafo del dictamen No. DGSJ-1-166 del 04-11-86, supracitado, en donde se expresa:

“De lo dicho, ratificamos nuestra opinión contenida en el dictamen No. DGSJ-1-126 del 25-08-86, por cuanto estimamos no existe colisión sino simplemente concurrencia de consecuencias jurídicas: “Con tal acto (malversación), el cuentadante, si bien es cierto no comprometió su responsabilidad civil al no haberse producido un daño patrimonial, presuntamente incurrió en **responsabilidad administrativa**, que conforme al ordenamiento legal que rige a esta Contraloría, pudiera determinarse bien mediante el procedimiento de la averiguación administrativa, o en todo caso, de estar claramente precisado el responsable de la irregularidad, a través de la multa que se establece en el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”.

Ahora bien, de la nueva revisión efectuada se desprende que, en puridad, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984, presumiblemente por una falla de técnica legislativa, no planteaba como una verdadera alternativa la posibilidad de sancionar la malversación o con la multa establecida en su artículo 94 o con las sanciones (multa, sanción disciplinaria y eventualmente inhabilitación) derivadas de un procedimiento de averiguación administrativa, tal como se sostiene en los dictámenes de la década de los 80 y en el dictamen de fecha 13-08-99. Por el contrario, la multa prevista en el artículo 94 era autónoma, ya que no impedía la aplicación de las sanciones correspondientes por responsabilidad administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 96, y además era de imposición obligatoria al constatarse la infracción, dado los términos en que se establecía (“Serán sancionados”..), lo cual es distinto a la discrecionalidad con que sí contaba el ente Contralor para emprender o no una averiguación administrativa por el mismo hecho.

Precisamente, la circunstancia antes anotada constituye el eje de todas las dificultades de interpretación; no obstante, como bien se expone en el dictamen del 13-08-99 en comentario, lo cierto es que aplicar dos sanciones de la misma naturaleza (multa) en el caso de infracciones administrativas que se desprenden de un solo hecho, resulta atentatorio al conocido principio del **non bis in idem**, admitido jurisprudencialmente en relación con el régimen de las sanciones administrativas, máxime si se toma en consideración que el mismo hecho se contempla desde la perspectiva de un mismo interés jurídicamente protegido.

Ahora bien, como de cualquier manera el invocar la regla del **non bis in idem** no nos resuelve el problema práctico relativo a cuál de las dos normas reseñadas debía aplicarse al caso de la malversación, y en vista de que el Derecho Administrativo Sancionador sin lugar a dudas se nutre de conceptos, principios e instrumentos del Derecho Penal, consideramos igualmente acertado que en el dictamen del 13-08-99 se haya recurrido a esa rama del Derecho para tratar de encontrar la solución, pese a que partió de una premisa que no se comparte, cual es, asimilar lo que acontece con la malversación a una situación de verdadera alternatividad para la autoridad administrativa de escoger entre dos sanciones.

Pero es que adicionalmente, no puede pasar por alto que no sólo estamos ante un problema de duplicidad parcial de sanciones de la misma naturaleza (pecuniaria) por un mismo hecho, sino que previamente a la aplicación de las sanciones, existe un problema vinculado a la determinación del procedimiento administrativo sancionatorio a seguir, que como se ha indicado era distinto en cada caso.

En este orden de ideas, si bien consideramos que en principio la teoría de los concursos del Derecho Penal sería la llamada a auxiliarnos, tenemos que por tratarse de un conflicto en el cual, a partir del año 1984, las que concurren son normas ubicadas dentro de una misma Ley, nos inclinamos por compartir con el autor español Alejandro Nieto, que en contra de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad y de la alternatividad que utiliza el Derecho Penal, inaplicables a esta situación en virtud de que estamos en la órbita de un hecho que tiene la misma causa jurídica, no está reconocida la subsidiariedad ni puede deducirse y tampoco puede utilizarse la alternatividad porque las sanciones de multa previstas coinciden, **el asunto debe resolverse con los criterios combinados de la voluntad de la Administración y de la cronología.**

Al respecto, el referido autor en su obra “Derecho Administrativo Sancionador” (Edit. Tecnos. 2a. Edic. Madrid. 1994. p.444) expresa lo siguiente:

**“Primero pesa la voluntad de la Administración** (o de las Administraciones) que pueden iniciar un expediente y otro ( o los dos) al amparo de las dos normas en juego, igualmente válidas y, a estos efectos, igualmente aplicables. Constatada de oficio o a instancia de parte esta duplicidad de trámites, si se trata de órganos distintos de una misma Administración, el superior jerárquico común decidirá cuál de los dos debe continuar y



cuál debe ser paralizado, o si deben continuar los dos. Tratándose de dos Administraciones distintas, cada una de ellas decidirá por separado si paraliza o si continúa el expediente.

**Hasta aquí, pues, es la voluntad de la Administración la que decide sobre la aplicación de las normas concurrentes; pero, una vez que tiene lugar el primer pronunciamiento, se pone en marcha el criterio cronológico, dado que el sancionado puede alegar la prohibición del bis in idem para impedir la segunda sanción y, si llega a imponerse, será nula.**

En el supuesto de que sean idénticas las sanciones previstas en las dos normas o realmente aplicadas, el caso es sencillo; aunque hay que advertir que esto será muy raro, ya que el margen de aplicación discrecional es tan amplio (de uno a cincuenta millones de pesetas, por ejemplo) que será difícil la coincidencia. En tal hipótesis podrá sostenerse tanto la prevalencia de la sanción más grave, en beneficio de los intereses públicos, como de la más leve, en beneficio del infractor, y no faltarán argumentos de apoyo a ambas posturas. Pero, en mi opinión, esto es algo jurídicamente irrelevante, ya que el criterio aplicable debe ser el cronológico, consecuencia directa de la voluntad de la Administración (qué es la que decide qué y cuándo empieza y termina el ejercicio de la potestad), la cual es, a su vez, consecuencia de la oportunidad del ejercicio de la potestad sancionadora (examinada ya en el capítulo tercero): la Administración decide si persigue o no, si sanciona o no; y la circunstancia de haber sancionado una vez implica que ha de renunciar a sanciones posteriores” (resaltado nuestro).

Como corolario de lo precedentemente señalado, la solución práctica aportada en los pronunciamientos emitidos en el pasado por la Dirección de Asesoría Jurídica bajo otros argumentos, coincide en definitiva con la que ahora se expresa, cual es, que en el caso de la malversación ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 **quedaba a voluntad de la Contraloría General determinar el procedimiento administrativo sancionatorio a seguir**, con las subsiguientes consecuencias sancionatorias correspondientes al escogido, pero en el entendido de que en ningún caso ambas preceptivas podían aplicarse simultánea o sucesivamente, por ser ello violatorio del principio non bis in idem, conforme al cual no puede sancionarse a un ciudadano dos veces por un mismo hecho.

Fíjese que, a fin de cuentas, esa voluntad del ente sancionador de la que venimos hablando quedó manifestada en el Memorandum No. CG-001 del 25-03-88, emanado del máximo jerarca de esta Institución para ese entonces, cuando gira instrucciones respecto a

cómo proceder en los casos de malversación y decide sobre la aplicación de las normas concurrentes, el cual fue acompañado a la presente consulta y aparece también citado en el dictamen No. DGSJ-1-00114 del 30-08-89 de la extinta Dirección de Consultoría Jurídica de esta Contraloría.

En cuanto a las instrucciones del Contralor General contenidas en el memorándum arriba mencionado, sustentadas no en la mayor o menor gravedad de la infracción, sino en la suficiencia o no de elementos probatorios en torno a la configuración de la malversación y plena identificación o no de los funcionarios presuntamente responsables, a los efectos de escoger entre el procedimiento de multa o el de averiguaciones, respectivamente, **rectificamos** al considerar que mal podemos hoy retrotraernos al pasado y cuestionar la actuación de unas Direcciones Generales que acataron dichas instrucciones, por lo demás con una razonable fundamentación.

A todo evento, en vista de que la situación de conflicto normativo analizada afortunadamente desapareció con la nueva y vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dictada en 1995 (G.O. No. 5017 del 13-12-95), toda vez que prevé la malversación como supuesto generador de responsabilidad administrativa y no de multa, e igualmente presumimos que los casos de malversación ocurridos antes de la vigencia de esta nueva Ley pendientes de resolución, ya sea por el procedimiento de averiguaciones o el procedimiento de multa, si los hay, deben ser pocos, estimamos que lo más conveniente es proceder a evaluarlos y cuantificarlos, para proceder de la siguiente manera:

- a) **En el supuesto de la existencia de casos de malversación perseguidos a través del procedimiento de multa, indiscutiblemente deben cerrarse, como bien se señala en el dictamen No. 04-00-01-157 del 13-08-99**, ya que tiene lugar la aplicación retroactiva de la nueva Ley Orgánica de Contraloría por haber eliminado el carácter de infracción de la misma.
- b) **En el supuesto de la existencia de casos de malversación perseguidos por la vía del procedimiento de averiguaciones administrativas, a tenor de los elementos de valoración dictados por el Contralor General de la República de la época mediante instrucciones, rectificamos en el sentido de que deben ser decididos todos los que se hubiesen abierto**, en virtud de que: 1) en ningún momento se vulneró el principio *non bis in idem*; 2) para aquel momento de conflicto normativo debía privar la voluntad del organismo sancionador para decidir sobre la aplicación de ese procedimiento o el de multa, máxime cuando con propiedad la Ley no planteaba una verdadera alternativa sino un conflicto; 3) en la nueva Ley de Contraloría se mantiene la malversación como hecho generador de responsabilidad administrativa (artículo 113, numeral 12); 4) el antecedente asentado en la decisión del recurso jerárquico interpuesto por Oswaldo Arturo Bolívar Masso contra una multa por malversación, el cual fue declarado con lugar mediante

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

---

la Resolución No. 04-00-01-019 del 24-11-98 suscrita por el entonces Director General de los Servicios Jurídicos, en definitiva se sustenta en la apreciación discrecional de la mayor o menor gravedad del hecho ilícito. Además, aun con el criterio que se mantiene en el presente dictamen dicho recurso jerárquico debía prosperar, pues la multa impugnada fue suprimida por la nueva Ley de Contraloría.

Por otra parte, **en el supuesto de que en el presente se detecte algún caso de malversación ocurrido antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 respecto al cual no se haya consumado la prescripción, debe procederse a abrir la correspondiente averiguación administrativa**, ya que la apertura de ese procedimiento sancionatorio dejó de ser potestativa, y la conducta y hechos que configuraban esa infracción continúan previstos como generadores de dicha responsabilidad, aunque ahora bajo una tipificación concreta y no de tipo abierto, por lo demás sin distinciones en cuanto a la mayor o menor gravedad de los mismos.

Finalmente, ratificamos lo expresado en el dictamen N° 04-00-01-157 en revisión, en lo que concierne a que las sanciones previstas en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, no son aplicables retroactivamente en materia de averiguaciones administrativas a los casos de malversación acontecidos antes de su vigencia, toda vez que al ser más gravosas que las que le precedieron no tiene cabida la excepción al principio de la irretroactividad de la ley.

### Conclusiones:

- 1) Con la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 se generó un problema de duplicidad o superposición de sanciones pecuniarias en el supuesto de la malversación. Ello, en virtud de haberse incorporado la sanción de multa a las consecuencias sancionatorias tradicionales que acarrea el auto de declaratoria de responsabilidad administrativa.

Téngase presente, que hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (01-04-83), desde el punto de vista pecuniario la infracción en referencia sólo era sancionable con la multa autónoma prevista en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, la cual no impedía, de ser el caso, la apertura –a discreción– de la averiguación administrativa correspondiente, y, por ende, la aplicación de las consecuencias sancionatorias derivadas de una declaratoria de responsabilidad administrativa, a saber, sanciones de estricto orden disciplinario y, eventualmente, la inhabilitación.

- 2) El problema de duplicidad de las sanciones en comento estaba acompañado de las siguientes particularidades: a) las sanciones en cuestión se imponían a través de procedimientos administrativos diferentes, b) la multa autónoma era de imposición obligatoria,

en caso de plena comprobación de los hechos que configuran la malversación y plena identificación del infractor, en atención a la fórmula empleada por el Legislador “Serán sancionados”...; en cambio, el procedimiento de averiguación administrativa era de apertura potestativa, c) el límite superior de la multa autónoma a imponerse por malversación era de una cuantía mayor al de la multa que podía derivar de la declaratoria de responsabilidad administrativa por ese mismo hecho, a la que por demás se aunaban sanciones de índole disciplinaria y, en determinados casos, la sanción de inhabilitación.

- 3) De acuerdo con lo expuesto, en puridad la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 antes que plantear una situación de verdadera alternatividad para la autoridad administrativa de escoger entre dos sanciones en el supuesto de la malversación, tal como se asienta en el dictamen en reexamen, planteaba una situación de concurrencia y de conflicto normativo, sobre todo si se tiene en consideración que incluso previamente al problema de aplicación de las sanciones, debía dilucidarse el problema vinculado a la determinación del procedimiento administrativo sancionatorio a seguir, distinto en cada caso.
- 4) En tal virtud, se abandona el criterio de la alternatividad que sirvió de sustento para aseverar que en casos de leyes que establezcan en forma alternativa sanciones de la misma naturaleza para un mismo supuesto, salvo disposición en contrario, debe entenderse que el legislador confirió la posibilidad de apreciar los diversos elementos que configuran la conducta sancionable, según la mayor o menor gravedad de la misma, a los fines de escoger entre la sanción más grave o más leve, y se sustituye por el criterio de que el asunto debe resolverse con los criterios combinados de la voluntad de la Administración y de la cronología, quedando así a voluntad de la Contraloría decidir sobre el procedimiento sancionatorio a emprender, en el entendido de que en ningún caso ambas sanciones podían aplicarse simultánea o sucesivamente, por ser ello violatorio del conocido principio **non bis in idem**, conforme al cual no puede sancionarse a un ciudadano dos veces por un mismo hecho, admitido jurisprudencialmente en relación con el régimen de las sanciones administrativas, como bien se indicara en el dictamen reexaminado.
- 5) Como corolario de lo anterior, igualmente se abandona la posición que circunscribe la posibilidad de sancionar por la vía de la averiguación administrativa los supuestos de malversación ocurridos bajo la vigencia de la anterior Ley de Contraloría, únicamente cuando esa infracción se hubiese configurado mediante hechos de mayor gravedad. Consecuencialmente, en la decisión que se adopte sobre estos casos, la mayor o menor gravedad de los hechos ilícitos sólo debe ser tomada en cuenta a los efectos de la graduación de la sanción de multa.
- 6) Dejando a salvo lo señalado, en todo lo demás se ratifica el contenido del dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.

Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000.

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

---

*Suministro de copias de los Dictámenes Jurídicos y Estudios elaborados por la Dirección General de los Servicios Jurídicos.*

**No existe en la actualidad impedimento alguno para que los Dictámenes y Estudios de esta Dirección sean divulgados, aun antes de su publicación.**

Memorándum N° 04-02-210 del 30 de agosto de 2000.

(...) en razón de lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República derogado, el cual, en su aparte decía: “*Los dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos son internos y no podrán ser comunicados ni divulgados sin la autorización del Contralor*”. Sin embargo, esta disposición ya no aparece en el texto de la Resolución Organizativa N° 3, que rige la Organización y Funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Resolución N° 01-00-00-029 del 15-3-00, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.447 Extraordinario del 15-3-00), lo que se encuentra en consonancia con lo previsto en el artículo 143 de la Constitución, según el cual todos **“...tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido oficial o secreto...”**.

Como consecuencia de lo antes expuesto, no existe en la actualidad impedimento alguno para que los Dictámenes y Estudios de esta Dirección sean divulgados, aun antes de su publicación. Para dicha divulgación debe darse cumplimiento a lo establecido en el aparte del artículo 31 de la Resolución Organizativa N° 1 (publicada en la misma Gaceta Oficial antes citada), en el sentido de que “*Para la consulta de los archivos de la Contraloría, por parte de funcionarios ajenos al órgano responsable o por particulares, se requiere autorización del Director respectivo*”; mención ésta que debe entenderse -en criterio de esta Dirección- como referida a los Directores Generales de este organismo, en razón de que, finalmente, a éstos corresponde la custodia de los archivos de su Dirección General, en el sentido del resguardo de la reserva de los mismos (...).

Memorándum N° 04-02-210 del 30 de agosto de 2000.

*Omisión de comprobantes como fundamento de reparos.*

**Las Normas para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos dictadas por este Organismo en 1998 y hoy en rigor, en sintonía con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dictada en diciembre de 1995, eliminaron la omisión de comprobantes esenciales como causal expresa de reparo y entraron a hacer énfasis en la necesaria existencia del perjuicio pecuniario para formularlo.**

**En el supuesto concreto de omisión de comprobantes por parte del cuentadante, la Contraloría puede iniciar el procedimiento de multa por la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.**

Memorándum N° 04-02-272 del 15 de noviembre de 2000.

De seguidas pasamos al reanálisis del aspecto consultado, circunscrito a los reparos derivados del examen de las cuentas de gastos y, más específicamente, a si la sola omisión de comprobantes en la rendición de dichas cuentas permite su formulación.

*Ab initio*, consideramos pertinente puntualizar una vez más, que la doctrina en forma pacífica ha determinado que el control posterior de las cuentas de gastos rendidas por los sujetos obligados a tales efectos persigue comprobar el correcto manejo del patrimonio público y, para ello el Órgano Contralor debe verificar, con base en los libros y comprobantes presentados, la regularidad en cuanto a su legalidad, exactitud y sinceridad.

En este orden de ideas, la figura del reparo como consecuencia de una típica actividad de control externo posterior, cual es, el examen de las cuentas presentadas por todo funcionario o tercero obligado a ello, de conformidad con la Ley, consiste en una tacha u observación por motivo de ilegalidad en relación con la administración de bienes o fondos públicos, como bien lo asienta el autor Enrique Silva Cimma. En todo caso, el fin que se persigue con el reparo no es otro que determinar la responsabilidad civil del funcionario o administrador cuya conducta, en ejercicio de funciones administradoras, haya causado un daño al patrimonio público y de ahí, toda la regulación que al respecto está contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, para comprender a cabalidad la institución del reparo tal como la conocemos hoy, es preciso analizar su desarrollo histórico- jurídico a través de distintas leyes y, por ende, retrotraernos en el tiempo, concretamente hasta 1974. Así tenemos:

**A.— Período bajo la vigencia de la última Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional**

Esta materia estuvo regulada en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, cuya última reforma aconteció en 1974 (G.O. N°1.660 Ext. del 21-06-1974), en donde se preveía un procedimiento administrativo especial en sede contralora para el examen y feneamiento de las cuentas o formulación de reparos, así como un procedimiento especial en sede jurisdiccional para el caso de que se hubiesen rechazado los reparos formulados (Juicio de Cuentas ante el Tribunal Superior de Hacienda).

A la luz de la citada Ley Orgánica, el reparo se concebía como una manifestación de disconformidad u objeción del ente contralor como consecuencia del examen efectuado a las cuentas que sobre administración de bienes o recursos públicos debían rendir el funcio-

nario –o excepcionalmente un tercero– que tuviese a su cargo esa administración, siendo que sin duda alguna la falta de comprobación de gastos podía dar lugar a esa manifestación de disconformidad, ya que, por una parte, el examen de las cuentas comportaba la verificación de la conformidad de las cuentas con sus comprobantes y se debía reportar de inmediato al Contralor de la Nación todo gasto no justificado (artículo 168, numeral 2) , revisión ésta que además incluía la de los comprobantes de todos los asientos (artículo 168, numeral 4, literal a ) y, por otra parte, esa objeción se hacía del conocimiento del sujeto del reparo junto con el saldo a su cargo, a fin de que efectuara el reintegro correspondiente **o justificara la cuenta reparada** (artículo 172, numeral 8, y artículo 401), quien también podía contradecir el reparo, supuesto en el cual se procedía a instaurar el juicio de cuentas ante el Tribunal Superior de Hacienda (artículo 402).

Como se puede apreciar, en la referida preceptiva se estableció un procedimiento **muy especial** tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional para perseguir lo que la doctrina ha denominado la **responsabilidad contable**, independientemente de la responsabilidad administrativa, de la responsabilidad disciplinaria, de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil por daños patrimoniales distintos a los derivados del propio examen de la cuenta, con miras a restablecer o enmendar la actuación del cuentadante que hubiese incurrido en una acción u omisión transgresora del orden legal en esa materia (administración del patrimonio público). Asimismo, a su tenor, efectivamente **la falta de justificación de los gastos constituía una conducta que podía generar reparos u objeciones, pues de otra forma no hubiese tenido sentido la disposición legal conforme a la cual a la persona afectada por el reparo se le informaba el saldo a su cargo con fines de reintegro, y se le imponía la carga de explicar y justificar su actuación ante la entidad contralora** (artículo 172, numeral 8 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional).

En este orden de ideas, nos atrevemos a aseverar que **la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional asimiló la falta de comprobación de los gastos a un daño patrimonial**, cuando exigía la tenencia de los correspondientes soportes a los fines del examen de las cuentas y, cuando a falta de los mismos, preveía la prueba o justificación de la cuenta reparada por parte del cuentadante o el reintegro, **pero siempre en el entendido de que debía tratarse de comprobantes que por su naturaleza fuesen esenciales a la verificación de la autenticidad de la cuenta**. De lo contrario, procedía una simple observación u objeción, también denominada “reparo de forma”, subsanable mediante comunicaciones aclaratorias.

Asimismo, en atención a que lo que se pretendía con el reparo era exclusivamente el respectivo reintegro por parte del administrador, pareciera que ese daño al patrimonio público que presupuso el legislador se refería al daño actual o emergente (disminución o pérdida del patrimonio público) y no a daños futuros como el lucro cesante (falta de incremento del mismo patrimonio de no haber incurrido el administrador en incumplimiento),

razón por la cual interpretamos que estos últimos podían perseguirse por la vía de la responsabilidad civil ordinaria.

A nuestro juicio, lo antes expuesto tiene su razón de ser en una realidad innegable, cual es, que sin los respectivos soportes (los esenciales) no es posible revisar la veracidad y sinceridad del gasto, aspecto muy vinculado con la probidad administrativa y sobre el cual recae el poder de control. Recuérdese que, como bien lo expresara el Dr. Luis Casado Hidalgo, la institución del control “tiende lógicamente, como finalidad última, a determinar la responsabilidad de los administradores...”, y el poder de controlar es una consecuencia del derecho a exigir rendición de cuentas, siendo que como derecho y como poder se ejerce sobre la Administración en la medida que la Constitución y las leyes lo permiten. (Véase “Temas de Hacienda Pública”. Ediciones de la Contraloría. Caracas. 1978. p. 17).

**Consecuencialmente, podemos arribar a una primera conclusión y es que para aquel entonces estaba perfectamente establecida y delimitada la facultad de la Contraloría General para formular objeciones o reparos por la omisión de comprobantes esenciales relativos a inversión presupuestaria, y al sujeto afectado por el reparo correspondía la carga de desvirtuarlos, aportando los justificativos del caso.**

A los fines de destacar lo especial del procedimiento de reparo, cabe reproducir un fragmento del autor Siebel Girón sobre este tema, contenido en su obra “El Control Fiscal - La Contraloría General de la República”, quien dice:

“Dentro de las atribuciones de control posterior asignadas a la Contraloría, cabe destacar la que otorga la Ley a este Organismo para examinar las cuentas que deben presentar los funcionarios de manejo y que versan sobre actividades de carácter administrativo en relación con el Patrimonio Fiscal. Aunque como se ha dicho, mediante el control posterior, no se juzga al cuentadante, sino a la cuenta, es evidente que en forma indirecta la Contraloría ejerce un control sobre los funcionarios que intervienen en su formación. En muchas oportunidades el examen de las cuentas es el medio de que se vale el Estado para precisar presuntas responsabilidades que pueden conducir al enjuiciamiento de los funcionarios en la jurisdicción penal o en la civil. Es de destacar que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en los casos en que de acuerdo con un procedimiento especial, son formulados reparos y éstos no son cancelados por el obligado, el funcionario es responsable subsidiariamente, al demostrarse que la cantidad adeudada se originó en una acción u omisión suya” ( Ob. Cit. Edit. Artes Gráficas. Caracas. 1968. p.366).

En este mismo sentido, encontramos el concepto de reparo emitido por el Dr. Freddy Orlando en la época de regulación del asunto por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública



Nacional, incluido en un trabajo denominado “La Sala de Examen y los Reparos al Control Posterior de los Contratos de la Administración” (Revista de Control Fiscal N° 69. C.G.R. Caracas. 1973. p. 59), quien sin entrar a dilucidar sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad del cuentadante y la necesaria existencia de daños al patrimonio público para su procedencia, expresó:

“El reparo lo podemos definir como **aquella declaración unilateral de voluntad del Organismo Contralor** que surge del examen de las cuentas, dirigida a una Oficina de Administración y Liquidación de Rentas o a funcionarios sujetos a la jurisdicción de la Contraloría que tengan o hayan tenido a su cargo la recepción, custodia, manejo de fondos públicos o de especies fiscales, y **mediante la cual se persigue obtener el pago, reintegro o la justificación de la cuenta u operación objetada**” (resaltado nuestro).

Así las cosas, tenemos que bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional los elementos que caracterizaban la figura del reparo a las cuentas de gastos eran los siguientes:

1) Se trataba de una declaración **unilateral** de voluntad del ente contralor, producto de un procedimiento administrativo especial que tenía la obligación de adelantar (examen de las cuentas) y que, en principio, se iniciaba con la presentación de la cuenta por parte del obligado legalmente a ello.

2) Era una declaración de voluntad expresamente **autorizada** por la Ley especial, como manifestación del amplio poder de control del que se dotó a la Contraloría cuando procedía al examen de las cuentas, permitiéndole establecer ab-initio obligaciones resarcitorias a los cuentadantes en determinados supuestos, de una manera fundamentada.

3) Esa declaración unilateral de voluntad del ente contralor no ponía fin al procedimiento administrativo en cuestión. Téngase presente que los resultados que derivaban del examen de la cuenta se concretaban o en el finiquito, que suponía la conformidad con la cuenta rendida y, por ende, la liberación del administrador, o en el reparo por disconformidad y, por ende, en la presencia de una pretensión de contenido patrimonial indemnizatoria a favor del Fisco, que en sede administrativa sólo cesaba si el sujeto afectado por el reparo lo desvirtuaba o lo satisfacía, acotándose que la Ley Orgánica en cuestión dejó un vacío para el supuesto de que la Contraloría no recibiera respuesta alguna por parte del interesado, es decir, que el interesado no pagara ni tampoco se presentara a rechazar el reparo.

4) El procedimiento de reparo, en sí era un procedimiento administrativo **restablecedor o resarcitorio y no sancionatorio**, que concretamente perseguía la llamada responsabilidad contable de los que manejan fondos o bienes públicos imponiéndoles una prestación de dar (entrega de sumas de dinero). Era la propia Ley la que facultaba al ente contralor para perseguir esa responsabilidad e imponer unilateralmente obligaciones de restablecimiento o

resarcimiento en los casos que ella determinaba, siendo que si el sujeto pasivo del reparo las rechazaba, el asunto pasaba a ser resuelto por una autoridad distinta y especial en sede jurisdiccional, a instancia del ente contralor y previo el procedimiento judicial respectivo.

Obsérvese que en el ordenamiento comentado, el efecto restablecedor o resarcitorio en el orden patrimonial perseguido por el reparo lo asemeja a la responsabilidad civil extracontractual, amén de que no puede obviarse que la responsabilidad contable en general no es necesariamente administrativa (por ejemplo: la responsabilidad contable de administradores de sociedades mercantiles, la de tutores en materia civil, etc.). No obstante, no menos cierto es que en estos casos de cuentas relacionadas con el Patrimonio Público, la responsabilidad del cuentadante deriva de la vulneración de un deber administrativo relacionado con el manejo de dicho patrimonio, siendo que la Ley especial de la materia le quiso dar un tratamiento excepcional y expedito, que difiere de principios generales que regulan la responsabilidad civil, al punto de que se habilita al ente contralor para hacer objeciones en determinados supuestos (no conformidad de las cuentas con sus comprobantes, falta de sinceridad de unas y otros y la ilegalidad de las operaciones) y para perseguir directamente el pago o reintegro correspondiente (acción de regreso), quedando la carga de justificar las objeciones en cabeza del cuentadante. ( Aunque bajo otra orientación, sobre este aspecto puede consultarse a Carretero Pérez, Adolfo y Adolfo Carretero Sánchez. “Derecho Administrativo Sancionador”. Editoriales de Derecho Reunidas. 2° Edición. Madrid. 1995. p.182).

5) Era un procedimiento administrativo que no impedía la exigencia de los otros tipos de responsabilidad, es decir, de la penal, de la administrativa (sanciones administrativas), de la disciplinaria e incluso de la civil por daños patrimoniales distintos a los derivados del propio examen de la cuenta.

**B.– Período bajo la vigencia de la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de sus dos reformas (1975 hasta 31-01-96)**

Las características de la institución de reparo precedentemente delineadas prácticamente se mantienen con la entrada en vigencia de la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (G.O. N° 1.712 Ext. del 06-01-75) y de sus dos reformas (G. O. N° 1.756 Ext. del 30-06-75 y G.O. N° 3.482 Ext. del 14-12-84), aunque dichos textos tampoco se detienen en formular con propiedad un concepto de reparo, y también a pesar de que introducen modificaciones en lo concerniente a la tramitación del procedimiento del examen de las cuentas en sede contralora y, en lo atinente al procedimiento en sede judicial, donde hubo un cambio contrastante con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, al eliminar el Juicio de Cuentas del que hablamos y establecer el recurso de plena jurisdicción contra los reparos dictados por el Organismo Contralor por ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

---

En efecto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente hasta el 31 de enero de 1996, además de que no define la institución del reparo, la regula de una manera bastante dispersa, sobretodo dentro del contexto de la rendición de cuentas, siendo que a su tenor la procedencia de los reparos a las cuentas de gastos se deduce de su artículo 31, que es el que indica el objeto del examen de las cuentas.

Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 50 de la citada Ley, **el reparo se mantiene como una declaración unilateral de voluntad del Organismo Contralor, en uso de su potestad de control, pero se introducen modificaciones una vez que es formulado**, pues se consagra expresamente en su numeral 5, **el derecho del sujeto pasivo del reparo a contradecirlo**, previa su notificación, y **se otorga competencia a la propia Contraloría para resolver sobre el rechazo del interesado**, la cual por decisión razonada, puede confirmarlo, reformarlo o revocarlo. Contra la decisión confirmatoria o reformatoria procede el recurso de plena jurisdicción por ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y la falta de contradicción por el interesado acarrea la firmeza del reparo en sede administrativa, llenando de esta forma un vacío que existía en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Fíjese que el tratamiento en comento difiere del plasmado en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en la que el reparo se hacía de conocimiento del afectado junto con el saldo, a fin de que efectuara el reintegro o justificara la cuenta reparada, y en caso de ser contradicho, el asunto salía de la esfera del ente Contralor para instaurarse el Juicio de Cuentas.

Igualmente, resulta oportuno resaltar que en la Ley que anteriormente regía al Organismo Contralor se preveía muy concretamente la responsabilidad por el valor de los reparos a las cuentas después de declaradas conformes y fenecidas a los mismos funcionarios de la Contraloría (artículo 17, numeral 7), y que en las **“Normas para el Ejercicio del Control Posterior del Gasto Público y para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos”** (G. O. N° 33.354 del 20-11-85), dictadas con fundamento en la última reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República acontecida en 1984, **expresamente se preceptuaba que la omisión de comprobantes o insuficiente comprobación de inversión presupuestaria, cuando por su naturaleza eran esenciales para la verificación de la exactitud de la cuenta**” (n. 51, ap. 3°, subrayado nuestro) **se consideraba una causal de reparo** (obsérvese que no era cualquier caso de “omisión de comprobantes”).

Por lo demás, la formulación del reparo tampoco impedía que se hiciera valer otro tipo de responsabilidad: penal, administrativa o disciplinaria, tal como se deduce del artículo 32 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el cual proclama expresamente la independencia entre esas responsabilidades.

Sobre el tema del reparo visto desde la óptica de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que antecede a la vigente, resulta conveniente traer a colación un trabajo singularmente didáctico de Enrique Silva Cimma, titulado “El Reparó”, en el cual a pesar de que ya se empieza a hablar del reparo como “una modalidad especial de persecución de responsabilidades civiles en vía administrativa”, no ceñida a los procedimientos comunes u ordinarios de responsabilidades civiles y que requiere la detección de un daño en el patrimonio público, el autor expresa:

“Fácil es comprender que el procedimiento del reparo es más favorable al interés público, no sólo por la mayor agilidad y especificidad propia de un sistema concebido y creado para la Administración, sino **porque el peso de la prueba va a estar a cargo de la persona –funcionario o tercero– que resulte sujeto pasivo del reparo de la Administración**” (resaltado nuestro, véase en Revista de Control Fiscal N° 125. C.G.R. Caracas. 1988-1989. p.216).

Con la expresión resaltada en la anterior transcripción se pone de relieve que el autor citado no tiene dudas acerca de la carga probatoria en esta materia y, por ende, debemos entender que en el caso de los reparos por omisión de comprobantes esenciales se eximió al ente contralor de la necesidad de demostrar el daño, alterándose así uno de los principios generales que regulan la reparación en materia de responsabilidad civil, cual es, que en principio a la víctima le corresponde hacer la respectiva demostración. Obviamente que esto no es más que una manifestación del amplio poder de control que el legislador otorgó a la Contraloría General de la República en un área muy específica, en resguardo de los intereses patrimoniales del Estado, consecuente con su derecho a exigir rendición de cuentas.

Por otra parte, es menester observar que también el procedimiento administrativo para formular el reparo se aparta del procedimiento administrativo ordinario contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos vigente desde el año 1981, y ello obedece a que de acuerdo con este último instrumento legal, la Contraloría General de la República ajusta su actividad al mismo **en cuanto le sea aplicable** (artículo 1) y el procedimiento en materia de reparos contenido en la Ley especial (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) se aplica con preferencia (artículo 47).

Con base en las consideraciones expuestas llegamos a **una segunda conclusión, cual es, que de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente hasta el 31-01-96, igualmente era viable la formulación de reparos por omisión de comprobantes esenciales relativos a la inversión presupuestaria y la carga probatoria para desvirtuarlos correspondía al sujeto afectado por el reparo.**

De allí que en el dictamen N° DGSJ-1-009 del 27-11-95 acertadamente se afirmara que el reparo es una modalidad de responsabilidad civil en el ámbito público y, por consiguiente, a él le son aplicables los principios que regulan la responsabilidad civil en general,

**en cuanto no contradigan las previsiones de nuestra Ley Orgánica y la normativa reglamentaria e interna de la institución”** (resaltado nuestro, véase en Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 1992-1995. T.XI. Vol. II. p.28).

Aún más, se aprecia que las sentencias del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de fecha **12-08-94** y del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de fecha **13-12-94**, transcritas parcialmente en la consulta, en razón del tiempo se encuentran en total sintonía con lo expuesto.

### **C.– Período bajo la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente desde el 01-02-96 hasta el presente**

La situación anteriormente reseñada sufre cambios en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente a partir del 01-02-96 (G.O.Nº 5.017 Ext. del 13-12-95), como de inmediato veremos.

El supracitado instrumento legal, al igual que sus predecesores, lamentablemente no incorporó una definición precisa del “reparo” y vuelve a tratarlo con mucha dispersión, aunque haciendo gran énfasis en que no sólo deriva del examen de las cuentas sino del ejercicio de las amplias facultades de inspección y fiscalización de la Contraloría General de la República (artículo 85). Por primera vez menciona al reparo en los artículos 31 y 33, esto es, dentro del contexto del examen de cuentas de gastos, como consecuencia del control posterior de esos gastos. Posteriormente, alude al reparo en los artículos 39 y 40, ubicados en el ámbito del examen de las cuentas de ingresos, y luego en el artículo 43, relacionado con el control de los bienes nacionales. A continuación, dedica todo un Título a los reparos (Título VII, artículos 85 al 111), centrado en el establecimiento de la parte procedimental especial en la materia, tanto en vía administrativa como en la vía judicial, dejando a salvo los reparos en materia tributaria, para cuya regulación remite (parcialmente) al Código Orgánico Tributario, y acotándose que en relación con el recurso para acudir a la vía jurisdiccional sustituye el recurso de plena jurisdicción de la Ley de 1984 por el recurso contencioso-administrativo de anulación. Finalmente, estatuye en el artículo 114 que en los casos de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o reglamentaria, distintos a los expresamente tipificados como generadores de responsabilidad administrativa, se pueden formular reparos **siempre y cuando existan perjuicios pecuniarios**.

**Ahora bien, aunque la Ley que hoy día rige a este Organismo Contralor no dice lo que ella entiende por reparo, lo cierto es que igualmente es posible deducirlo del análisis integral de la preceptiva, observando que se introducen nuevos elementos en el orden conceptual que alteran la visión primitiva de dicha institución, entendida en sus inicios como una manifestación unilateral de disconformidad de la Contraloría, autorizada por el legislador, con fines restablecedores o resarcitorios.**

En este orden de ideas, en lo que particularmente atañe al control de las cuentas de gastos al cual se circunscribe nuestro análisis, tenemos que **el reparo se nos presenta como una manifestación de disconformidad del Organismo Contralor con el cuenta-dante, que a diferencia de la regulación anterior, no es producto directo del examen de la cuenta, sino que constituye la expresión última con la que culmina un procedimiento administrativo en el que interviene el interesado, procedimiento éste que se adelanta en caso de encontrarse objeciones a la cuenta por irregularidades en la administración y manejo de la misma.**

Es decir, que **ahora el ente contralor no está autorizado por la Ley para formular el reparo unilateralmente y de manera directa a partir de la revisión de la cuenta, pues esa formulación está supeditada a los resultados de un procedimiento administrativo especial previo**, caracterizado por otorgar al afectado un lapso para su defensa (artículos 86 y 88, según el reparo resulte de auditorías y exámenes de cuentas o de inspecciones o fiscalizaciones, respectivamente) y un lapso para aportar pruebas, con indicación expresa de que durante este último lapso, la Contraloría puede practicar las actuaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 89), de donde se infiere que **también hubo un cambio en la distribución de la carga probatoria, la cual antes soportaba el cuenta-dante a fin de desvirtuar el reparo formulado.**

**Ciertamente, en la actualidad el legislador no exime al ente contralor de probar todos los hechos que hacen prosperar la formulación del reparo (irregularidad, daño y relación de causalidad entre ambos). Por el contrario, éste es quien soporta dicha carga**, máxime si se tiene en consideración que por mandato del artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en todo lo no previsto en el procedimiento administrativo de reparos rigen las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual en sus artículos 53 y 54 establece que la autoridad administrativa tiene la responsabilidad de impulsar el procedimiento y, por tanto, cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, incluyendo la solicitud de información y documentación a otras autoridades u organismos.

Por lo demás, en el presente debe también tenerse en cuenta que la nueva Constitución Nacional aprobada en diciembre de 1999 se encarga de garantizar el derecho al debido proceso en la esfera de las actuaciones administrativas y, por consiguiente, en esa esfera igualmente toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario (artículo 49).

Respecto a la carga de la prueba, el principio general de Derecho Común está consagrado en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990), conforme al cual, “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (...)”. Ahora bien, se observa que el “reparo” se emite dentro de un procedimiento administrativo especial de carácter inquisitivo, y como ya vimos, entre los principios que rigen este tipo de procedimiento está el de la “búsqueda

de la verdad material”, consagrado en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por oposición al principio de verdad procesal propio del Derecho Común, previsto en los artículos 12 y 243, numeral 5° del Código de Procedimiento Civil, y conforme al cual, el juez debe decidir de acuerdo a lo alegado y probado en autos y su decisión se hará conforme a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas. En consecuencia, la sola circunstancia de que el cuentadante no logre probar que está exento de responsabilidad, no acarrea **per se** la formulación del reparo.

Todavía más, siendo que el “reparo” se emite en el marco de un procedimiento administrativo constitutivo de carácter ablatorio, iniciado de oficio y que puede culminar eventualmente en la condena al pago de una suma de dinero, corresponde a la Contraloría probar el daño causado.

Sobre este aspecto, existen muchos fallos que interpretan el asunto, siendo que a título ilustrativo nos permitimos transcribir un fragmento de una reciente sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la que se expresa lo siguiente:

**“Dentro de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, y más aún en aquellos de naturaleza sancionatoria, corresponde a la Administración demostrar los hechos que dieron lugar a la iniciación de dichos procedimientos.** Esto es así, ya que para poder proceder a la aplicación de la sanción al particular encausado, deben existir en el expediente administrativo suficientes hechos comprobados que verifiquen la ocurrencia del ilícito administrativo y, en consecuencia, la procedencia de la sanción correspondiente” (resaltado nuestro, fallo del 01-06-2000, Exp. 98-20827).

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sólo faculta a este Organismo a formular reparos u objeciones de fondo –por oposición a las objeciones por defectos de forma prevista en el artículo 34– **en el supuesto de que se detecten irregularidades que causen perjuicio pecuniario** (artículo 31), **o en el supuesto de que se determinen pagos indebidos y resulten infructuosas las diligencias para obtener el reintegro del funcionario o particular que haya recibido esos pagos** (artículo 33).

De las normas mencionadas en el párrafo anterior se infiere, que **en el primero de los supuestos señalados para la formulación de reparos, el legislador no presume que la “irregularidad” conlleva un daño.** Por el contrario, exige la ocurrencia real y cierta de un daño como consecuencia directa de la “irregularidad” imputable al cuentadante, haciendo la salvedad del supuesto de responsabilidad solidaria estatuido en el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el que también se requiere la existencia de un daño, pero el mismo puede ser consecuencia de una irregularidad imputable a otros funcionarios distintos al cuentadante en las circunstancias que allí se detallan.

En comparación con la legislación anterior, lo dicho indudablemente genera una desventaja para el Organismo Contralor a la hora de formular reparos, **ya que además de comprobar el hecho o conducta irregular distinta al pago de lo indebido, el ente contralor debe demostrar la existencia del perjuicio o daño. En otras palabras, si la irregularidad no implica un daño -demostrable- al patrimonio público no procede el reparo.**

Como se puede apreciar, en cierta forma la Ley de Contraloría vigente **restringió el ejercicio de una de las facultades de control que hasta entonces había tenido este Organismo** en atención al interés jurídico protegido, en tanto que **la amplía para el caso de que la irregularidad detectada específicamente consista en pagos indebidos**, supuesto en el que se le habilita de manera expresa para que unilateralmente, e incluso sin previo procedimiento en sede administrativa, sin intervención del afectado y **sin llegar a formular el reparo**, solicite la expedición de la planilla de liquidación del reintegro y la gestión de cobro correspondiente, siendo que todo parece indicar que la “restricción” en comento se hizo en aras de sujetarse más a lo pautado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en garantía del derecho de defensa del administrado.

En razón de lo expresado, mucho menos nos parece posible admitir que la Contraloría a partir de la mera omisión de comprobantes pueda presumir un daño y que ello le baste para entablar el procedimiento administrativo de formulación del reparo, sobre todo si se tiene en cuenta: a) que estamos ante un procedimiento muy especial y excepcional, en el que el legislador ha permitido a un organismo administrativo determinar un tipo de responsabilidad que tradicionalmente compete a los órganos jurisdiccionales, a través del procedimiento judicial ordinario, en el que rige como principio general que quien demande el resarcimiento de un daño debe probarlo; b) que por mandato del artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicable al procedimiento de reparo por remisión de la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Administración tiene la obligación de cumplir todas las actuaciones necesarias para esclarecer el asunto que debe decidir; c) que el comprobante como prueba escrita que es sólo hace fe, salvo prueba en contrario, de que se realizó un gasto, pero no necesariamente de su sinceridad, tal como se deduce de los artículos 1360 y 1363 del Código Civil, aplicable al procedimiento del reparo por remisión del artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y d) que la propia Constitución de la República consagra el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia en el ámbito de los procedimientos administrativos.

Además, recuérdese que en materia de presunciones el artículo 1394 del Código Civil prevé que son las consecuencias que la Ley o el Juez –en nuestro caso, sería **mutatis mutandis** la Contraloría, si se admitiese esta institución del Derecho Probatorio en el procedimiento administrativo de reparo– sacan de un hecho conocido para establecer un hecho desconocido, de donde se habla de “presunciones legales” y “presunciones **hominis**”, respectivamente, y como hemos visto **no hay presunción legal alguna en materia de “repa-**



**ros”** que exima a la Contraloría de probar el daño; y en lo que concierne a las presunciones **hominis**, de conformidad con el artículo 1399 del Código Civil, ellas quedan a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean **graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial**.

En todo caso, debe advertirse que no puede pasar por alto que el tema relativo a la naturaleza jurídica de las presunciones y, dentro de él, al de si las presunciones son o no medios de prueba, resulta muy debatido en la doctrina, siendo que la mayor parte de los autores modernos niegan que sean pruebas. Por ejemplo, para el autor Hernando Devis Echandía –casualmente referido por esa Dirección– ni las presunciones legales ni las presunciones **hominis** constituyen un medio de prueba, negándole incidencia sobre el problema de la carga probatoria a las denominadas **presunciones simples, de hombre o judiciales**. Al respecto, el mencionado autor expresa:

“La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquéllos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo. Esto explica que los indicios sean un medio de prueba y las presunciones judiciales no; éstas, como hemos dicho, tampoco son presunciones, en sentido estricto (cfr., núm.373).

También puede el juez obtener presunciones judiciales de otra clase de pruebas, cuando éstas aisladamente no demuestran el hecho, pero lo hacen verosímil y probable, de tal modo que en conjunto permiten inferirlo con certeza. Por tanto, estas presunciones son el resultado de los razonamientos probatorios del juez y no son un medio de prueba. En otros casos el juez las utiliza simplemente como principios basados en las máximas de experiencia, para la valoración de las pruebas, y entonces es más claro todavía que no son pruebas sino una manera de razonar del juez para calificar su mérito o eficacia. En ambas hipótesis estas presunciones son ajenas al problema de la carga de la prueba, porque no determinan quién estaba sujeto a ella o quién debía probar, sino que le sirven al juez para concluir si existe o no la prueba, siendo indiferente quién la haya suministrado.

Las presunciones legales son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen en éste, donde además influyen en la carga de la prueba. Así, cuando la ley presume que el hijo de la mujer casada es también

del marido y, por lo tanto, legítimo, los efectos sustanciales de tal presunción se producen desde el momento del nacimiento; cuando presume que el poseedor material de un inmueble es su dueño, éste disfruta de los derechos de tal aun fuera del proceso. Pero una vez que el hecho presumido (legitimidad o propiedad) se discute en un proceso, tales presunciones producen el efecto procesal de limitar el presupuesto fáctico que la norma sustancial contempla para que se surtan sus efectos jurídicos, sacando del mismo el hecho presumido, por lo cual el favorecido por ella no necesita demostrarlo, bastándole con probar los otros hechos que sirven de base a tal presunción (el matrimonio y el nacimiento dentro de éste o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, en el primer ejemplo; los actos materiales de posesión en el segundo). Como consecuencia de lo anterior, la parte que niegue el hecho presumido, está sujeta a la carga de probar el hecho contrario (que esa persona es hijo de otro hombre o que ese terreno es de su propiedad). Ese doble efecto (sustancial y procesal) de la presunción de origen legal, sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, es claro e indudable y pone de manifiesto que no constituye un medio de prueba”. (Véase Devis Echandía, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Edit. Víctor P. de Zavalía, T. II. 5° Edic. Buenos Aires. 1981. p.p. 696-697).

Particularmente, en lo que respecta a la doctrina patria tampoco hay unanimidad sobre el tema de las presunciones. Aun cuando nuestro Código Civil inspirado en el Código italiano de 1865, las trata en el Capítulo correspondiente a la prueba de las obligaciones y su extinción, por ejemplo, el Dr. Aristides Rengel Romberg destaca de la definición contenida en el artículo 1394 *ejusdem*, que “**por su estructura, la presunción es un juicio, esto es, un razonamiento deductivo que tiene la naturaleza del silogismo...**” y que “**por su función, la presunción así concebida es un instrumento procesal cuyo fin es la búsqueda de la verdad, vinculado a la disciplina de la prueba legal**” (Véase del autor citado “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987”. Edit. Arte. Vol. IV. Caracas. 1997.p.455).

Por su parte, el Dr. Ricardo Henríquez La Roche al comentar el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente, que es el que fija las pautas que debe seguir el Juez a los fines de apreciar los indicios, considera que las presunciones constituyen un medio de prueba, pero en los siguientes términos:

“La presunción, el indicio y el *adminículo* vienen a significar lo mismo sustancialmente: la determinación de un hecho desconocido a partir de otro hecho distinto y cierto acreditado en los autos. La presunción presupone, como su nombre lo indica, pero esa suposición no es gratuita sino

fundada; a partir de un indicio objetivamente considerado. El indicio es el indicador de otro hecho, insuficiente por sí mismo para acreditarlo plenamente, pero que coadyuva a hacerlo cierto en la medida en que reúna las tres condiciones que exige el artículo 510...

(omissis)

El juicio conjetural que hace el juez debe estar basado en la determinación de los indicios y de los caracteres propios y relativos a otros elementos de convicción. **Las presunciones constituyen un medio de prueba peligroso, porque no procuran casi nunca certeza completa: el juez puede equivocarse en sus deducciones, y de allí que sea importante esclarecer, como un contrapeso garantizador de la objetividad, que las presunciones reúnan las cualidades legales**” (resaltado nuestro, véase del aludido autor “Código de Procedimiento Civil”. T.III. Edit. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Caracas. 1996. pp. 607-608).

Ahora bien, es el caso que en consonancia con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, las propias “Normas para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos” (G.O. N° 36.493 del 10-07-98), dictadas con fundamento en su artículo 28 y en sustitución de las de noviembre de 1985, **dejaron de hacer alusión expresa a la omisión de comprobantes como causal de reparo y pasaron a hacer hincapié en la necesaria existencia del perjuicio pecuniario para formularlo**. Estas normas disponen:

a) Artículo 9:

“La calificación de las cuentas consiste en determinar:

a) Si las cuentas están conformes, porque se ha verificado la legalidad, exactitud numérica, sinceridad y corrección de la inversión de los fondos públicos.

b) Si las cuentas deben ser objeto de reparos, porque las operaciones realizadas han causado perjuicio al patrimonio público”.

(omissis)

b) Artículo 10:

“Cuando se detecten fallas de carácter formal y siempre que no se hayan causado perjuicios al patrimonio público, las cuentas serán calificadas como conformes. Toda cuenta calificada como conforme será declarada fenecida por el respectivo Director Sectorial de Control”.

c) Artículo 12:

“Las cuentas de gastos serán calificadas con reparos, cuando las deficiencias, errores u omisiones detectados hayan causado perjuicios cuantificables en términos financieros al patrimonio público”.

d) Artículo 13:

“Los reparos que se formulen a las cuentas, no impiden la apertura de los procedimientos de averiguación administrativa o de multa, si hubiere fundamento para ello.”

Por otra parte, aunque curiosamente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República así como las “Normas para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos”, al referirse al reparo en ningún momento mencionan en forma expresa su finalidad resarcitoria o restablecedora, es el caso que de los términos en que están redactados los artículos concernientes al mismo, pareciera que el resarcimiento que se puede perseguir con esta institución es más extenso que en el pasado, en el sentido de que además del daño emergente parece abarcar el lucro cesante (daño futuro). En efecto, se advierte que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de modo expreso indicaba que con el reparo se pretendía exclusivamente el reintegro correspondiente, en tanto que la Ley y normativa que hoy rige a este Organismo no lo dice, sino que habla genéricamente de perjuicios pecuniarios o perjuicios cuantificables en términos financieros para su procedencia.

**El marco histórico explanado y las consideraciones precedentes nos conducen a concluir en que de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente desde el 01-02-96 y la normativa dictada por este Organismo, la formulación de reparos por la sola omisión de comprobantes esenciales relativos a la inversión presupuestaria no es viable, en virtud de que esa conducta omisiva no implica por sí misma un daño o perjuicio al patrimonio público, uno de los elementos de indispensable demostración –y cuantificación– por parte del organismo contralor a tales efectos.**

La tesis que postulamos se encuentra en plena armonía con el criterio sustentado en fecha más reciente por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, en un fallo dictado el 18-02-99, con el que evidentemente se dio un viraje al que ese mismo Tribunal sostuvo en otros tiempos en torno a la omisión de comprobantes como causal de reparo.

En dicho fallo se asienta lo siguiente:

**“... que constituye un error establecer en un examen de la cuenta de gastos, una relación causa efecto entre la omisión de comprobantes de inversión presupuestaria y el establecimiento de la responsabilidad civil del cuentadante, en virtud de que esa conducta omisiva no constituye 'per se' un daño al patrimonio público, tal vez pueda llegar a erigirse en aquellos casos en que no aparece justificada (destrucción por incendio, destrucción voluntaria, etc.) en un mero indicio, por lo que el órgano contralor en ejercicio de la potestad inquisitiva**

**que le confiere el Ordenamiento Jurídico está constreñido a realizar otras actuaciones en la búsqueda de la verdad, a través de pruebas directas o indirectas (existencia de reclamaciones extrajudiciales o judiciales, por ejemplo). En consecuencia, si realiza dichas actuaciones y no comprueba el daño, o se abstiene de realizarlas, conformándose únicamente con la detección de la omisión de los comprobantes, estará impedido legalmente de formular el reparo. Podrá sí, ante la omisión de comprobantes iniciar el procedimiento de multa contra el funcionario, en virtud de que dicha conducta entraba o impide el ejercicio de las funciones de la Contraloría, causal ésta contemplada en el artículo 127, numeral 1, de la LOCGR”. (Exp. 02106).**

Cabe mencionar que, incluso en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 01-06-2000, citada con anterioridad en el presente trabajo y la cual fue dictada con ocasión de reparos formulados por este Organismo, si bien en nuestra opinión el Juzgador incurre en una imprecisión al tratar el procedimiento de reparo como sancionatorio en vez de resarcitorio, en todo caso ratifica que en los procedimientos constitutivos de actos administrativos iniciados de oficio la carga probatoria corresponde íntegramente a la Administración, lo que no significa que el particular interesado esté exento de promover y evacuar pruebas a su favor para el efectivo ejercicio de su derecho a la defensa y para complementar la actividad probatoria de aquélla, con la finalidad de esclarecer los hechos y precisar con exactitud las consecuencias jurídicas de los mismos.

Con base en lo expuesto mal puede insinuarse –como se hace en la consulta– que con el criterio que sustenta esta Dirección se está permitiendo a un administrador de fondos públicos que no rinda los comprobantes que justifican la inversión de los recursos del Estado, con lo que a su vez se le estaría permitiendo que se sustraiga de la obligación de rendir cuentas. En relación con esto último, debe tenerse en cuenta la clara distinción entre la obligación de rendir cuentas a la Contraloría, de conformidad con lo previsto en el artículo 7° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y la problemática de la prueba del daño en el caso de la omisión de comprobantes, que por lo demás deriva de la misma Ley que rige a este Organismo.

Por lo tanto, no se trata simplemente de una “teoría interna” contraria a la posición aceptada por la doctrina y los tribunales, pues ello equivaldría a negar la dinámica de la ciencia jurídica y la evolución conceptual que opera en la misma. Como se ha visto, la doctrina sobre la materia es bastante escasa y, la existente, parte del estudio de la institución del reparo a la luz de unas legislaciones que se configuraron bajo parámetros conceptuales muy distintos a los vigentes en cuanto a los poderes y el rol de los órganos del Estado y sus relaciones con el administrado, siendo que ya empezamos a observar como, en consecuencia, también la opinión de los organismos jurisdiccionales empieza a cambiar en ese sentido.

**Es a partir del Derecho Administrativo positivo, de los principios generales que rigen en esta rama, de la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y de las características del procedimiento dentro del cual se emite el reparo, que se puede afirmar que la carga de la prueba del daño patrimonial corresponde íntegramente a la Contraloría General de la República. Ello, pese a que estamos conscientes de que sin los respectivos soportes fundamentales prácticamente se imposibilita la labor de revisión de la sinceridad y veracidad del gasto y que también surgen limitaciones para probar el perjuicio al Patrimonio Público.**

A mayor abundamiento, resulta oportuno comentar que en la recién promulgada Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (G.O. N° 37.029 del 05-09-2000) se ratifica la necesidad de la existencia real de daños y perjuicios para que el Estado pueda hacer efectiva la obligación de indemnizar impuesta a los funcionarios encargados de la administración financiera del sector público (responsabilidad civil) que los hayan causado por infracción a esa Ley y por abuso, falta, dolo, negligencia, impericia o imprudencia en el desempeño de sus funciones (artículo 159).

En tal sentido, nos permitimos recomendar una revisión pormenorizada de la institución del reparo en el proyecto de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que debe ser presentado a la Asamblea Nacional, como mecanismo para canalizar la inquietud de la Dirección consultante en pro de la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, así como para corregir tantas otras deficiencias que presenta la regulación actual de dicha figura, comenzando por su falta de definición y la falta de uniformidad en la terminología para referirse a los hechos que dan lugar a los reparos (por ejemplo: “objeciones”, “irregularidades”, “presuntas irregularidades”). Incluso, si partimos del fin perseguido por el reparo, cual es, determinar la responsabilidad por daños y perjuicios y no el castigo, quizás pudiera estudiarse la alternativa de establecer presunciones legales en la materia, que admitan prueba en contrario (presunciones *juris tantum*).

Finalmente, debe tenerse presente que, en general, ante las situaciones de detección de irregularidades que no necesariamente causan perjuicio pecuniario al Fisco, la Contraloría no está impedida de emprender en su ámbito de competencia otras acciones fiscales, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puede incurrir el cuentadante.

En efecto, cuando surjan indicios de responsabilidad administrativa la Dirección General de Averiguaciones Administrativas y Procedimientos Especiales, encargada de formular el reparo, de conformidad con el artículo 1°, numeral 10 de la Resolución Organizativa N° 5 - “Organización y Funcionamiento de la Dirección General de Averiguaciones y Procedimientos Especiales” (Gaceta Oficial N° 5.447 Extraordinario del 15 de marzo de 2000), deberá iniciar a través de su Dirección de Averiguaciones Administrativas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3°, numeral 1 **ejusdem**, la correspondiente averiguación administrativa.

## CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Asimismo, según el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en caso de que no se pudiese demostrar la existencia de perjuicios pecuniarios, se prevé la posibilidad de imponer multa por inobservancia de normas legales y reglamentarias referidas a la administración, el manejo y la custodia de fondos y bienes públicos, distintos de las conductas a que se refiere el artículo 113 **ejusdem**.

A título ilustrativo, en materia de fondos en avance y fondos sujetos a reintegro, el Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario sobre Avances o Adelantos de Fondos a Funcionarios (Gaceta Oficial N° 36.451 del 12 de mayo de 1998) consagra una serie de normas cuyo incumplimiento podría dar lugar a multa, si no se demostrase que hubo un perjuicio pecuniario (lo subrayado es nuestro):

a) Artículo 6°:

“El Administrador de la Unidad básica o Jefe de la Unidad Operativa que cese en el ejercicio de sus funciones deberá suscribir con el funcionario que lo sustituya un Acta que contenga, por lo menos, los siguientes datos:

1. Monto de los fondos existentes en efectivo.
2. Estados bancarios actualizados.
3. Listado de comprobantes de egreso de fondos.
4. Cheques emitidos pendientes de cobro”.

b) Artículo 29:

“Los remanentes de fondos correspondientes a cargos vacantes deben ser reintegrados dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento del respectivo lapso. Asimismo, los remanentes de las órdenes especiales en avance, para atender el pago de remuneraciones de personal, deben ser reintegrados dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su cobro por parte del funcionario responsable de efectuar los pagos. Tales reintegros deben ser restablecidos a las partidas con cargo a las cuales se giraron los fondos respectivos”

c) Artículo 30:

“Los reintegros que durante el ejercicio presupuestario efectúen los Jefes de Unidades Operativas, provenientes de fondos destinados a atender gastos distintos a remuneraciones de personal, deben ser restablecidos a las partidas correspondientes”.

d) Artículo 31:

“Los reintegros que realicen los Administradores de Unidades Básicas durante el ejercicio presupuestario, provenientes de fondos destinados a satisfacer gastos distintos de remuneraciones de personal, deben restituirse a la correspondiente provisión para girar avances”.

e) Artículo 32:

“Al 31 de diciembre de cada ejercicio presupuestario, los funcionarios responsables del manejo de fondos en avance deben (...) reintegrar al Tesoro Nacional los remanentes de fondos en avance no requeridos para atender compromisos válidamente adquiridos (...).

La relación e información mencionadas y copia de las planillas de reintegro debidamente canceladas, deben ser remitidas a la Dirección de Administración u otra de igual competencia dentro de los quince días siguientes al término del respectivo ejercicio presupuestario”.

Igualmente, en el supuesto particular de omisión de comprobantes, la Contraloría puede iniciar el procedimiento de multa contra el funcionario dado que tal proceder entraba o impide el ejercicio de las funciones del Organismo, causal contemplada en el numeral 1 del artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

**Conclusión**

A partir de las consideraciones precedentes podemos concluir lo siguiente:

- 1) A diferencia de la regulación de la figura del reparo en la legislaciones que precedieron a la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de conformidad con ésta última el reparo no se presenta como una manifestación unilateral de disconformidad del ente contralor con el cuentadante, como consecuencia directa del examen de la cuenta, sino que su formulación está supeditada a los resultados de un procedimiento administrativo especial y previo (procedimiento de reparo), en el que interviene el interesado y en el que, como procedimiento constitutivo iniciado de oficio, tienen aplicación los principios generales que rigen todos los procedimientos administrativos de este tipo, tales como el de la búsqueda de la verdad material -por oposición a la verdad procesal- y el de impulso procedimental por parte de la Contraloría, correspondiéndole consiguientemente a ella la carga probatoria, sobre todo si se tiene en consideración el fin restablecedor o resarcitorio perseguido y que, por ende, puede culminar en la condena al pago de una suma de dinero.

Esto lo confirma la propia Ley que regula la actuación de la Contraloría, cuando en su artículo 101 dispone que en todo lo no previsto en relación con el procedimiento de reparo en sede administrativa, rigen las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por lo demás, hoy la Constitución de la República, en su artículo 49, numeral 2, consagra la presunción de inocencia en la esfera de los procedimientos administrativos.

- 2) La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sólo faculta a este Organismo a formular reparos u objeciones de fondo -por oposición a las objeciones por meros



defectos de forma- en el supuesto de que se detecten irregularidades que causen perjuicio pecuniario, razón por la cual resulta claro que en dicho instrumento legal no se presume que la irregularidad implica en sí misma un daño al Patrimonio Público, sino que se exige la ocurrencia real y cierta del mismo.

- 3) Como corolario de lo anterior, el legislador no exime al ente contralor de probar todos los hechos que hacen prosperar la formulación del reparo, es decir, la irregularidad, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Si la irregularidad no conlleva un daño al Patrimonio Público demostrable y cuantificable no prospera el reparo, lo cual no significa que la Contraloría esté impedida de emprender en su ámbito de competencia otras acciones fiscales, como son las averiguaciones administrativas o el procedimiento de multa, si es que hay fundamento para ello.
- 4) La formulación de reparos con motivo de la sola omisión de comprobantes esenciales relativos a la inversión presupuestaria no es viable, toda vez que dicha conducta omisiva no implica por sí misma un daño o perjuicio al patrimonio público, uno de los elementos de indispensable demostración y cuantificación por parte del Organismo Contralor a tales efectos.

Como refuerzo a lo señalado, cabe mencionar que las propias Normas para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos dictadas por este Organismo en 1998 y hoy en rigor, en sintonía con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dictada en diciembre de 1995, eliminaron la omisión de comprobantes esenciales como causal expresa de reparo y entraron a hacer énfasis en la necesaria existencia del perjuicio pecuniario para formularlo.

- 5) Con base en las consideraciones que anteceden, mucho menos nos parece posible admitir que a partir de la omisión de comprobantes puede la Contraloría establecer una presunción de daño como soporte del reparo, siendo que en todo caso esa conducta omisiva puede ser apreciada como un indicio.

Téngase presente que el procedimiento del reparo es especial y **excepcional**, en el sentido de que a través del mismo el legislador ha concedido a un organismo administrativo la posibilidad de determinar un tipo de responsabilidad que en principio correspondería determinar a los órganos jurisdiccionales mediante el proceso civil ordinario, y en la que rige como principio general que quien demande el resarcimiento de un daño debe probarlo.

De manera que, en nuestro criterio, las normas relativas al reparo -como normas de excepción que son en materia de indemnización de daños - deben ser interpretadas en forma restrictiva. Si el legislador especial, en atención al interés jurídico protegido, no tomó la previsión de establecer una presunción de daño que eximiera al Organismo Contralor de su prueba en los casos excepcionales en que puede determinar obligaciones de resarcimiento, no puede el Organismo establecerla.

## **DICTÁMENES AÑO 2000 – N° XVI**

---

Recuérdese que dictámenes de esta dependencia se refieren al reparo como una modalidad especial de persecución de responsabilidades civiles en vía administrativa, como bien lo admite esa dependencia consultante.

- 6) La sola circunstancia de que el cuentadante no logre probar que está exento de responsabilidad, no acarrea la formulación del reparo, pues insistimos que la carga de la prueba del daño la soporta totalmente la Contraloría.
- 7) En el supuesto concreto de omisión de comprobantes por parte del cuentadante, la Contraloría puede iniciar el procedimiento de multa por la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- 8) Como alternativa para canalizar la inquietud de la Dirección consultante en pro de la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, nos permitimos sugerir una revisión exhaustiva de la institución del reparo en el proyecto de la Ley Orgánica de la Contraloría en elaboración, siendo que quizás para resolver la situación problemática que se presenta con la omisión de comprobantes a partir de la propia Ley de Contraloría vigente, pudiera pensarse en introducir al proyecto una presunción de daño *juris tantum* para ese supuesto.

Memorándum N° 04-02-272 del 15 de noviembre de 2000.

# **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**



*Procedimiento para la aplicación, por parte de una Fundación del Estado, de las multas previstas en el artículo 119 de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”.*

**Las “multas” previstas en el artículo 119 de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” son actos resultantes de la ejecución de un contrato, por lo que no requieren de procedimiento alguno.**

Memorandum N° 04-00-01-07 del 14 de enero de 2000.

De conformidad con el encabezamiento del artículo 1° de las “Condiciones”, éstas “(...) regirán para aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central” (subrayado nuestro). Por lo que respecta a la Administración Descentralizada, el aparte primero de la misma norma señala que “Se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, para que elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas” (subrayado nuestro). No se hace mención de las Fundaciones del Estado –como es el caso de FEDE– por lo que a éstas se les aplicarán dichas “Condiciones” en la medida en que ellas mismas se adhieran voluntariamente a su contenido, parcial o totalmente.

Por otra parte, cabe señalar que estas “Condiciones”, tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia (**vid.** Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 15-7-92, consultada en original), no son normas obligatorias para los contratistas sino en la medida en que éstos las hayan aceptado voluntariamente. Más aún, el propio artículo 1° de las “Condiciones” señala que “Por acuerdo entre el Ente Contratante y el Contratista, en atención a la entidad o características de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto”. En consecuencia, la recepción de las regulaciones y principios contenidos en dicho instrumento, sólo serían aplicables a la Fundación y a los contratistas de ésta, siempre que ambas partes las hayan hecho formar parte de la convención de que se trate.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que las referidas “Condiciones” han sido incorporadas por la mencionada Fundación y sus contratistas en las convenciones celebradas por éstos, tenemos entonces que, de conformidad con su artículo 119, “En casos de multas o reintegros que hayan quedado firmes, una vez agotada la vía administrativa, y que no hayan sido enterados al Fisco en el plazo de treinta (30) días calendario al Contratista pagará intereses al Fisco Nacional calculados de conformidad con el artículo 58 de este Decreto” (subrayado nuestro). Por su parte, este artículo 58 prevé que “Los intereses se calcularán utilizando una tasa igual al promedio ponderado, establecido por el Banco

Central de Venezuela, de las tasas pasivas que paguen los seis (6) bancos comerciales del país con mayor volumen de depósitos por operaciones de crédito a plazo, no mayores de noventa (90) días calendario (...).

Dentro del citado artículo 119, debemos analizar los conceptos de “multas” y “reintegros” allí previstos:

a) El término “multa” en materia contractual no puede entenderse en la acepción de “sanción administrativa pecuniaria” propio del Derecho Administrativo Sancionatorio, sino en la de “cláusula penal”. Al respecto, Guillermo Cabanellas (“Diccionario de Derecho Usual”, T. II, E-M, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba, 1968, p. 755) define la multa así:

“Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o policial o por incumplimiento contractual. En esta última hipótesis se habla con más frecuencia de cláusula penal (...). Hay pues, multas penales, administrativas y civiles” (subrayado nuestro).

La “cláusula penal” es definida por Eloy Maduro Luyando (“Curso de Obligaciones. Derecho Civil III”, Caracas, Fondo Editorial Luis Sanojo, 1983, p. 565) como “(...) una estipulación mediante la cual las partes disponen que en caso de inejecución culposa de la obligación, o de retardo en la ejecución, el deudor se compromete a cumplir una determinada prestación de dar o hacer”. Por su parte, los artículos 1257 y 1258, encabezamiento, del Código Civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982) señalan lo siguiente:

– Artículo 1.257:

“Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento”.

– Artículo 1.258:

“La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución o retardo en el cumplimiento”.

(omissis)

La “cláusula penal” puede consistir en el pago de una suma de dinero, o en una prestación de dar o hacer. Normalmente, consisten en una suma de dinero (MADURO, **loc. cit.**), y de hecho, las “Condiciones” prevén tres supuestos:

– Cuando el contratista no comience los trabajos dentro del plazo estipulado en el documento principal o durante la prórroga, si la hubiere ; en este supuesto, el monto a pagar se establecerá en el Documento Principal a razón de cada día de atraso (artículo 18).

- Cuando el contratista paralice la ejecución de la obra alegando de manera infundada, atraso por parte del Ente Contratante, en los pagos de valuaciones por más de sesenta (60) días calendario, por cantidades superiores al diez por ciento (10 %) del monto total del contrato más el porcentaje que represente el monto no autorizado del anticipo; adicionalmente, se requerirá que dicho contratista no dé cumplimiento cabal a las obligaciones del contrato y de las “Condiciones”; en este caso, el monto a pagar se establecerá en el Documento Principal por cada día de retraso hasta la fecha cierta en que debe ocurrir la continuación de la ejecución de la obra (artículo 60).
- Cuando el contratista no termine los trabajos en el plazo estipulado o en el de prórroga o prórrogas si las hubiere (artículo 90); en esta hipótesis, se determinará un monto a pagar en el Documento Principal a razón de cada día de retraso, pero en todo caso, el monto total por concepto de cláusula penal no podrá exceder el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato.

b) Por su parte, el término “reintegro” significa “restitución” o “devolución” (CABANELLAS, o.c., T. III, N-R, p. 526), que en el caso que nos ocupa, recae sobre sumas de dinero originalmente pagadas al contratista por el ente contratante. Las “Condiciones” no prevén ningún supuesto específico de “reintegro”; sin embargo, nada obsta para que se prevean supuestos de reintegro en condiciones especiales de contratación.

El artículo 119 de las “Condiciones” –que por cierto, fue incorporado en la última reforma de este instrumento, en 1996– introduce un elemento extraño a la materia contractual, al hablar de multas y reintegros “firmes, una vez agotada la vía administrativa”, pues se trata de conceptos propios del Derecho Procesal Administrativo, capítulo distinto de la Teoría de los Contratos Administrativos y la actividad contractual de la Administración. En efecto, la “firmeza” es un atributo del acto administrativo; en tal sentido, se dice que un acto administrativo es “firme” cuando no es impugnabile por vía de recurso, porque se han vencido los lapsos para impugnarlo (BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, Caracas, EJV, 1985, p. 351); otro de esos atributos es que agote la vía administrativa o “cause estado” (*id.*; “Instituciones Políticas y Constitucionales”, T. VII- “Contencioso-Administrativo”, Caracas-San Cristóbal, EJV-Universidad Católica del Táchira, 1997, p. 412). Ahora bien, estas “multas” (“cláusulas penales”) o “reintegros” no son “actos administrativos” o una consecuencia de tales actos, sino actos resultantes o derivados de la ejecución de un contrato. Si se aplicara a los contratos de la Administración Pública el régimen del acto y del procedimiento administrativo, no tendría sentido la distinción que hace la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976) entre el “contencioso-administrativo de nulidad” y el “contencioso contractual” el primero, tiene por objeto

el “acto administrativo”, y el segundo, el “contrato administrativo”. Al no ser “actos administrativos”, su emisión no es el resultado de un “procedimiento administrativo” y su exigencia al contratista no está sujeto a los requisitos de “eficacia” previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1° de julio de 1981). Más aún, si se trata de obligaciones contractuales “a término”, se aplicará el principio de que el solo vencimiento del plazo hace exigible la obligación (**dies interpellat pro homine**), previsto en el artículo 1.269, encabezamiento, del Código Civil, conforme al cual, “Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención” (subrayado nuestro). Esta regla es contemplada incluso, en las propias “Condiciones”, en dos de las hipótesis de “multa” o “cláusula penal”, por retraso en el inicio de la obra (artículo 18), o bien en su terminación (artículo 90), en las cuales se prevé expresamente que tales “cláusulas penales” se pagarán “sin necesidad de requerimiento alguno”. A falta de plazo, el mismo artículo 1269 prevé **in fine** en estos casos, que “(...) el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente” (subrayado nuestro).

Por lo tanto, la imposición de las “multas” y “reintegros” a que se refiere el artículo 119 de las “Condiciones” no requiere de procedimiento alguno. Si éstas se imponen como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual “a término”, la sola expiración del plazo es suficiente para hacer exigible la “multa” o el “reintegro”, y si no tiene término, basta con un acto de “interpelación” o “requerimiento” al contratista para que la obligación sea exigible. Una vez exigible la “multa” o el “reintegro”, comenzará a computarse el plazo de treinta (30) días previsto en el mismo artículo 119, vencido el cual, se generan “de pleno derecho” –igualmente, sin requerimiento por parte del ente contratante– los intereses que se calcularán en la forma prevista en el artículo 58 **ejusdem, supra** citado (**omissis**).

En virtud de lo anteriormente expuesto, puede señalarse que esta Dirección de Asesoría Jurídica, aparte de lo acotado **supra**, comparte la afirmación contenida en la conclusión de la opinión de la Dirección (...), adscrita a la Dirección consultante, en el sentido de que no existe un “procedimiento” para la imposición de las “multas” o “reintegros” a que se refiere el artículo 119 de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, si por “procedimiento” entendemos un “procedimiento administrativo” que desemboca en la emisión de un “acto administrativo” recurrible en “sede administrativa”, que puede “agotar la vía administrativa” (“causar estado”), y devenir en “firme”.

Memorándum N°04-00-01-07 del 14 de enero de 2000.



*Remisión de expedientes a la Procuraduría General de la República para hacer efectiva la responsabilidad civil por falta de recuperación de anticipos contractuales. Revisión de Memorándum N° 04-00-01-43 del 10-2-2000.*

**Si bien existe un deber de colaboración entre los distintos órganos del Poder Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 de la Constitución, lo normal es dirigirse al propio Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de que se trate, y que sea éste el que imparta las instrucciones a la Procuraduría General de la República, para que esta última ejerza las acciones tendientes a hacer efectiva la responsabilidad civil por falta de recuperación de anticipos contractuales.**

Memorándum N° 04-02-220 del 5 de septiembre de 2000.

En principio, no existe ninguna prohibición legal expresa para que la Contraloría General de la República envíe directamente a la Procuraduría General de la República aquellos casos en los que se cause un perjuicio pecuniario por falta de devolución de anticipos contractuales, siempre que (...) el último organismo señalado, requiera las instrucciones del Ejecutivo Nacional. Ahora bien, dado que cada órgano del Ejecutivo Nacional tiene la administración y hace el seguimiento de cada contrato, que en este caso, se trata (...) de contratos de obras, esta Dirección de Asesoría Jurídica entiende que lo normal en todo caso, es que la Contraloría General de la República se dirija al respectivo organismo de la Administración Central, a fin de que sea éste el que imparta las instrucciones pertinentes, de conformidad con lo previsto en los mencionados artículos 37, numeral 15 de la Ley Orgánica de la Administración Central (Gaceta Oficial N° 36.850 del 14 de diciembre de 1999), y 1°, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Gaceta Oficial N° 27.921 del 22 de diciembre de 1965), cuyo texto es el siguiente (las negrillas son nuestras):

a) Artículo 37, numeral 15 de la Ley Orgánica de la Administración Central:

“Son competencias comunes de los Ministros con Despacho:

**15. Comunicar al Procurador General de la República** las instrucciones concernientes a los asuntos en que éste deba intervenir relacionados con las materias de la competencia del Ministerio”.

b) Artículo 1°, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República:

“Corresponde a la Procuraduría General de la República:

1.- Representar y defender judicial y extrajudicialmente, **conforme a las instrucciones del Ejecutivo Nacional**, los intereses de la República relacionados con los bienes y derechos nacionales”.

Asimismo, corresponderá a la Contraloría General de la República hacer el respectivo seguimiento, a fin de constatar que, efectivamente, el Ejecutivo Nacional ha impartido las correspondientes instrucciones a la Procuraduría General de la República, y que, esta última ha ejercido las acciones patrimoniales pertinentes. En tal sentido, vale la pena señalar que la falta de diligencia en la salvaguarda de los derechos del Fisco, está sancionada por el artículo 41, numeral 8 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (Gaceta Oficial N°3.077 Extraordinario del 23 de diciembre de 1982), cuyo texto es el siguiente:

“Serán sancionados con multas de diez mil a quinientos mil bolívares los funcionarios públicos que:

8) Dejen prescribir o permitan que desmejoren acciones o derechos de los organismos públicos, por no hacerlos valer o hacerlo negligente-mente”.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera procedente la solicitud de revisión de criterio del Memorándum N° 04-00-01-43 del 10-2-2000, en el sentido de que, si bien existe un deber de colaboración entre los distintos órganos del Poder Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 de la Constitución, lo normal es dirigirse al propio Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de que se trate, y que sea éste el que imparta las instrucciones a que haya lugar. Por otra parte, tampoco puede hablarse de un “imperativo”, en el sentido de que la Contraloría deba remitir a la Procuraduría General de la República los recaudos necesarios para lograr el restablecimiento del patrimonio público (...).

Memorándum N° 04-02-220 del 5 de septiembre de 2000.

*Procedencia de cancelación de obras no convenidas mediante contrato escrito.*

**La circunstancia de que una empresa que actuó como contratista no pueda exigir el cumplimiento de un contrato jurídicamente inexistente, no obsta para que la misma pueda hacer valer la responsabilidad extracontractual por “enriquecimiento sin causa”, si logra demostrar que el ente público que actuó como co-contratante obtuvo un beneficio o provecho indebido a costa del empobrecimiento de aquélla.**

Memorándum N° 04-02-238 del 3 de octubre de 2000.

(...) existe un pronunciamiento previo, mediante Dictamen N° 04-00-01-385 del 17-12-98 (“Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República”, T. XIV, Caracas, CGR, 1998, pp. 195-202), el cual nos permitimos transcribir parcialmente (negrillas nuestras):

“a) Condiciones de validez y formalidades propias de los contratos celebrados por la Administración.

Siguiendo al profesor Eloy Lares Martínez, los contratos celebrados por la Administración, sean contratos administrativos o contratos de derecho privado, **tienen reglas comunes relativas a la competencia, el libre consentimiento, el objeto, los motivos determinantes y las formalidades que deben ser cumplidas**, y como lo que los diferencia, en todo caso, es la preponderancia del régimen de Derecho Público o de Derecho Privado aplicable a cada uno de ellos, de acuerdo al interés público que involucren.

Dentro de este contexto también el Profesor Allan Brewer Carías afirma que en materia de contratos de la Administración hay contratos con un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho civil. **Pero lo que definitivamente es común a todos ellos, entre otros requisitos, es la sujeción a las condiciones de validez del contrato –capacidad y competencia, consentimiento de los contratantes, objeto y causa–**. Igualmente los contratos administrativos están sometidos, generalmente, a una serie de formalidades que coadyuvan en el proceso de formación de la voluntad administrativa, lo cual determina que se configuren como el que se conoce en la doctrina administrativa con la expresión de actos complejos.

Dentro de este proceso de formación de la voluntad administrativa coexisten una serie de formalidades que pueden ser de tres tipos: en primer lugar las previas a la conclusión del contrato, dentro de las cuales se incluyen la intervención, en el proceso formativo del contrato, de órganos pertenecientes a la Administración Central, consultiva o contralora o de órganos del Poder Legislativo, distintos del órgano administrativo a quien corresponda la conclusión del contrato. En segundo lugar las formalidades intrínsecas a la conclusión misma del contrato, las cuales están referidas al acuerdo de voluntades entre la Administración y su contratante. En tercer lugar las formalidades posteriores a la conclusión del contrato tienen que ver con la aprobación de ciertos contratos por los órganos legislativos.

b) Aplicabilidad de algunos de estos elementos al caso bajo estudio.

Particularmente en el caso bajo estudio interesa hacer referencia, a los siguientes aspectos: en primer lugar a la competencia del ente contratante como condición de validez del contrato y como elemento determinante en el momento de la conclusión del contrato (...).

1) La competencia es el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que le han sido legalmente asignadas a la Administración para actuar en sus relaciones con los otros órganos del Estado y con los particulares. Como se señaló precedentemente, la competencia atribuida al funcionario que celebre un contrato en representación de la Administración Pública constituye uno de los elementos de validez del mismo y a la vez es determinante en el momento de la conclusión del contrato. En efecto, una vez que se ha formado debidamente el contrato administrativo, vale decir se ha cumplido su etapa preliminar, el siguiente paso viene dado por la conclusión misma del contrato, para cuyo perfeccionamiento debe concurrir el consentimiento válidamente manifestado de ambas partes, del particular contratante y de la Administración a través del funcionario debidamente competente, en torno al objeto y al precio del contrato. De ocurrir esto así, es decir, si además de todos los otros elementos precisos para el perfeccionamiento del contrato, el funcionario que otorga el consentimiento, en nombre de la Administración es el competente, el contrato estará concluido debidamente. Caso contrario si el funcionario que da el consentimiento es incompetente el contrato no llega a perfeccionarse, y por lo tanto es inexistente (...).

En este mismo orden de ideas el Profesor Allan Brewer Carías deja sentado que:

‘(...) mientras la Administración no haya manifestado su voluntad y consentimiento en el acto de conclusión del contrato puede decirse que no existe vinculación alguna entre ella y el particular interesado. En consecuencia, las relaciones previas a la conclusión del contrato entre la Administración y los particulares, no obligarán a aquélla, y **hasta que la Administración no haya manifestado su voluntad a través del acto de conclusión del contrato, no han nacido obligaciones ni derechos para las partes contratantes**’.

(omissis)

c) Posible alternativa de indemnización en este caso : el enriquecimiento sin causa.

Si bien en el presente caso no se celebró el contrato entre (...) y la Empresa (...), dichas obras (...), según lo afirmado por la consulta, fueron realizadas y recibidas a satisfacción de la Administración (...), quien se aprovechó de ellas y las gozó temporalmente, **por lo que se produjo un enriquecimiento sin causa**. Ante esta situación, el particular ejecutante para

obtener una indemnización puede acudir a la vía del enriquecimiento sin causa, mas no pretender que se le cancele todo aquello que ha debido pagársele si el contrato original hubiera sido válido.

Ciertamente, tanto en el caso de obra ejecutada sin contrato como en la ejecución de una obra que no ha contado con la aprobación del órgano de control se produce igual consecuencia : el particular que ejecutó la prestación no puede reclamar ante la Administración por vía contractual el pago de las obras o servicios realizados, siendo que en ambos supuestos el particular, a fin de obtener una indemnización puede acudir a otras fuentes de las obligaciones como son el hecho ilícito y el enriquecimiento sin causa (...).

(omissis)

(...) el artículo 1184 del Código Civil señala textualmente, ‘Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona **está obligado a indemnizarla dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido**’.

Una conclusión similar sostuvo esta Contraloría, en el Dictamen N° 0053 de fecha 15 de marzo de 1985 de su Dirección de Asesoría Jurídica, donde ratificando el N° DGSJ-1-121 de fecha 22 de diciembre de 1982, sostuvo lo siguiente:

‘Sin embargo, ante el supuesto de ejecución sin la sustentación de un contrato válido, compartimos la posición esgrimida en este asunto por la antigua Consultoría Jurídica en el dictamen anteriormente citado, de acuerdo al cual, ante el hecho cierto de la existencia de una prestación ejecutada a favor de (...) que enriquece su patrimonio con el correspondiente empobrecimiento en el patrimonio del ejecutor de la prestación, estimamos que la fórmula de pago debe hacerse a través de la vía de enriquecimiento sin causa conforme a lo establecido en el artículo 1.184 del Código Civil’.

Procede acotar en este punto, **que para determinar el monto de la indemnización a pagar por la vía del enriquecimiento sin causa, es necesario previa y separadamente, fijar el monto del enriquecimiento de la Administración por una parte y el monto del empobrecimiento del particular por la otra.**

(...)

En tal virtud, dicho crédito para poder ser cancelado debe ser reconocido administrativamente (...).’.

Como puede observarse, es necesario que la Administración manifieste su voluntad y consentimiento a través del acto de conclusión del contrato, a fin de que nazcan derechos y obligaciones, a cargo del ente contratante y el contratista. Al no haberse manifestado la voluntad de la Administración a través de la autoridad competente, no se ha perfeccionado el contrato, y por lo tanto es inexistente. En este caso, si se realizan los pagos sin que exista contrato ni reconocimiento de la deuda, sería procedente la causal de “responsabilidad administrativa” relativa al pago de obras no contratadas, prevista en el artículo 113, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (...).

Ahora bien, la circunstancia de que la empresa que actuó como contratista no pueda exigir el cumplimiento de un contrato que jurídicamente no ha existido nunca, no obsta para que dicha empresa pueda hacer valer la responsabilidad extracontractual del ente público por “enriquecimiento sin causa”, si logra demostrar que el ente contratante obtuvo un beneficio o provecho indebido a costa del empobrecimiento de aquella. Por lo que respecta a la modalidad de pago, se trata de un asunto que deberán convenir el ente público y la empresa ; y en cuanto al monto, es lo que la empresa demuestre y el ente acepte, salvo, desde luego, que ante la ausencia de reconocimiento extrajudicial de la deuda, la empresa obtenga, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. En este caso, la modalidad de pago y el monto dependerá de lo que establezca el fallo judicial.

Es importante señalar en todo caso, que si el ente público llegare a reconocer la existencia de una obligación extracontractual para con la referida empresa, deberá comprometerse a través de su autoridad competente, y siempre que exista disponibilidad presupuestaria, pues de lo contrario, podría haber lugar a responsabilidad administrativa, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Por último, en lo que respecta al hecho de que la obra realizada no tenga supuestamente relación con el objeto social de la empresa pública, podemos señalar que constituye una materia que esta Contraloría puede evaluar a través del “control de gestión”, de acuerdo con lo previsto en los artículos 66 al 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

**Conclusiones:**

A partir de las consideraciones precedentes, podemos deducir las siguientes conclusiones:

- 1) Mientras no se manifieste en forma expresa la voluntad del ente contratante, no pueden generarse obligaciones contractuales a cargo de éste.

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

- 2) Si un particular ha realizado, a costa de su empobrecimiento, una obra en beneficio de un ente público, sin que exista un vínculo contractual previo, podrá hacer valer la responsabilidad extracontractual de dicho ente, el cual podrá asimismo reconocer la existencia de la obligación, y adquirir –a través de la autoridad competente– un compromiso de pago con ese particular, siempre que el ente público cuente con disponibilidad presupuestaria.

Memorándum N° 04-02-238 del 3 de octubre de 2000.





# **CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS**



### *Duración de los contratos de obras. Su renovación o prórrogas.*

**Lo que determina la duración de los contratos de obras es el tiempo durante el cual, por voluntad de las partes o de la Ley, surten efectos jurídicos, es decir, su agotamiento o fin se produce en el momento en que quedan satisfechas las pretensiones de ambas partes, por haberse ejecutado la obra y pagado el precio convenido, o en general, las prestaciones que se hayan acordado.**

Oficio N° 04-02-128 del 30 de octubre de 2000.

(...) es conveniente señalar que en materia de celebración de contratos en general, inclusive en los casos de contrataciones realizadas por un ente público, debe partirse de las normas y principios generales que el derecho común ha consagrado, particularmente en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones.

Nuestro Código Civil (G.O. N° 2.990 Ext. del 26/7/1982), en el Título III “De las Obligaciones”, Capítulo II, Sección Segunda, artículos 1211 y siguientes, regula las obligaciones a término, específicamente, en el artículo 1214, prescribe que “Siempre que en los contratos se estipula un término o plazo, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias, resultare haberse puesto en favor del acreedor, o de las dos partes”. De tal manera que las convenciones pueden estar sometidas a plazo, elemento accidental del contrato, el cual si bien se presume establecido a favor del deudor, puede haber sido previsto en beneficio del acreedor o de ambas partes contratantes.

En los contratos de obras la situación no resulta diferente, ya que generalmente en ellos se prevé el plazo en beneficio del contratista, obligado a la realización o ejecución de la obra; pero nada obsta, particularmente en los casos de contratos de obras **con entes públicos**, que el plazo se establezca en beneficio de ambas partes.

Ahora bien, el tiempo de duración del contrato no es necesariamente coincidente con el plazo estipulado por las partes para el cumplimiento de la obligación (Ver: **Francesco Messineo**. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires. 1952. Págs. 212-213)<sup>1</sup>, y

---

<sup>1</sup> En este sentido **Messineo** sostiene que “Mientras el Código Civil mantiene silencio con respecto al término en el contrato, tiene, en cambio, disposiciones en materia de término para el cumplimiento de la obligación: arts. 1183 a 1187. Al respecto, es necesario precisar en seguida en qué difieren conceptualmente el término (inicial) en el contrato y el término en la obligación. Este segundo no pone en cuestión la *eficacia* del contrato, sino el *tiempo* del cumplimiento de la obligación; supone, por consiguiente, ya como eficaz el contrato, o porque es tal *ab origine*, en cuanto no está sometido a término inicial, o porque el término inicial ha sobrevenido. La diferencia es neta, si bien se debe reconocer que, en la práctica, puede no ser siempre fácil distinguir un tipo de término del otro. Precisamente porque los dos tipos de término son distintos en la noción y en la función, el término para la eficacia y el término para la ejecución no coinciden...”

esta afirmación se aplica de forma más clara en los contratos de obras. En efecto, obsérvese que el contrato de obras se perfecciona y comienza a surtir sus efectos jurídicos desde el momento en que las partes emiten su consentimiento, más, sin embargo, la obra no necesariamente se inicia en ese momento, ya que puede requerirse la realización, por parte del contratista, de una serie de trabajos previos a su elaboración que a pesar de no constituir la prestación fundamental a la que se obliga el contratista (obra), son indispensables para poder ejecutarla, por lo cual los propios contratantes acuerdan el plazo para que se inicie la obra y el plazo durante el cual se ha de ejecutar.

En este sentido, **Aguilar Gorrondona** (Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. 4ta Edición. UCAB. Caracas. 1980. Pág. 396) comenta: “Las obligaciones esenciales del contratista son dos: ejecutar la obra y entregarla. Al lado de ellas pueden existir otras accesorias o secundarias en el sentido de que tienden a hacer posible la actuación de las esenciales en mayor o menor grado. Entre estas últimas pueden mencionarse la obligación de suministrar los materiales de la obra o de ejecutar trabajos previos, como las llamadas 'obras provisionales' en los contratos de construcción” (subrayado nuestro).

Del mismo modo, el contrato de obras no necesariamente se agota con la llegada del vencimiento del plazo acordado por las partes para que el contratista entregue la obra, puesto que como afirma **Messineo**, al comentar lo relativo al agotamiento natural del contrato (obra citada, página 449): “En realidad, el fin depende de la ejecución o del término final de duración del contrato (si es de ejecución continuada o periódica) o de la prescripción del derecho nacido del contrato o el hecho de haberse verificado la ejecución forzada (en forma específica o genérica) con éxito enteramente satisfactorio para el acreedor, o de la muerte del deudor (si se trata de un contrato estipulado *intuitu personae*) o del perecimiento del objeto...”.

La anterior cita doctrinal nos permite establecer que el tiempo de duración del contrato persiste en tanto en cuanto produzca sus efectos jurídicos, los cuales, salvo la existencia de alguna norma aplicable en contrario, pueden ser limitadas en el tiempo por voluntad de las partes. Dichos efectos, en principio, pueden extenderse más allá del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación (o de su prórroga), por ejemplo, en razón de verificarse el cumplimiento tardío de la prestación prometida por parte del contratista, o el incumplimiento definitivo que conduciría a la ejecución forzosa.

Es preciso tener en cuenta que no debe confundirse el tiempo de duración del contrato, que viene determinado por el tiempo durante el cual sigue produciendo efectos jurídicos, con el plazo establecido en el contrato para la ejecución de la obra, plazo que a su vez puede comprender distintas etapas que permiten las entregas parciales de la obra en determinados lapsos, así como los pagos parciales en la medida en que se vaya ejecutando la misma. Esta particularidad que presentan estos contratos no debe, pues, confundirse con el tiempo de duración del contrato que se inicia cuando las partes expresan su consentimiento

de forma legítima, y termina cuando cesa definitivamente, por voluntad de las partes o de la Ley, de producir efectos jurídicos.

La aplicación de estos principios básicos no sufren alteración en los casos de contratos de obras celebrados por organismos y demás entes públicos; no obstante, se debe tener en cuenta que el Estado ha querido intervenir en esta materia y, por ello, ha sometido este tipo de contrataciones a una regulación especial que, sin eliminar las anteriores premisas, tiene por objeto permitir el desarrollo y la ejecución de obras públicas dentro de un margen de tiempo favorable a los intereses del Estado, para evitar que los costos derivados de esas contrataciones se incrementen. Igualmente, con dicha regulación se persigue satisfacer las necesidades derivadas del interés público de manera oportuna, mediante la abreviación de los trámites administrativos con vista al inicio y culminación de la obra contratada (Ver Considerandos de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”).

En razón de ello, el Ejecutivo Nacional dictó las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, en lo adelante “**LAS CONDICIONES**”, aplicables con carácter de obligatoriedad para todos aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central, según lo dispuesto en el art. 1º, quedando excluidos de su ámbito de aplicación los entes descentralizados, como es el caso del Instituto Nacional del Menor. Cabe destacar que en esta disposición se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, a elaborar sus propias normas de contratación en concordancia con las normas que en “**LAS CONDICIONES**” se establecen, no obstante, de su comunicación no se advierte si tales normas han sido dictadas, aunque por los términos en ella expresados pareciera que han venido sometiendo de hecho sus contratos de obras al cumplimiento de “**LAS CONDICIONES**”.

En razón de todos los señalamientos expuestos, en criterio de esta Dirección, lo que determina la duración de los contratos de obras es el tiempo durante el cual, por voluntad de las partes o de la Ley, surten efectos jurídicos, es decir, su agotamiento o fin se produce en el momento en que quedan satisfechas las pretensiones de ambas partes, por haberse ejecutado la obra y pagado el precio convenido, o en general, las prestaciones que se hayan acordado.

En segundo lugar, se lee en su comunicación que los artículos 90, 116 y 86 de “**LAS CONDICIONES**” le merecen dudas en cuanto a su interpretación. Señala textualmente que “**De la interpretación de los artículos mencionados anteriormente, se podría deducir que las multas interpuestas en el artículo 90 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras cobran vida obviamente en el retardo en la ejecución haciendo mención expresa de factibilidad de optar a la rescisión del contrato. Dichas multas son consecuencia del incumplimiento del plazo de ejecución ¿Tendría entonces validez jurídica rescindir un contrato cuyo lapso ya venció? O simplemente ¿Este sigue teniendo validez por cuando no ha cumplido el objeto para el cual fue constituido el compromiso?**”.

Precisamente, en consonancia con lo expuesto en el punto anterior, tenemos que las multas por atraso en el tiempo de ejecución, previstas en el artículo 90 de “**LAS CONDICIONES**”, se aplican al vencimiento del plazo fijado para la ejecución de la obra. Este plazo no resulta coincidente con el fin de la vigencia del contrato, ya que, como lo señaláramos, no se produce el agotamiento de la convención hasta que no cesan sus efectos jurídicos, de allí que el contratista pague al ente contratante, sin necesidad de requerimiento alguno, como cláusula penal por el retardo.

Esto también explica que el ente contratante, en cualquier momento, pueda rescindir el contrato por la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 116 de “**LAS CONDICIONES**”. En efecto, nótese que algunas de las circunstancias que menciona el señalado artículo tienen que ver con la ejecución de la obra de manera distinta a lo previsto en el contrato, o de haber cometido errores u omisiones de carácter grave en la ejecución (vbg. literales. a) y f); de manera que estamos ante situaciones en las que pudo haberse entregado la obra en el plazo previsto, no obstante, hay desacuerdo sobre lo entregado, por lo que habrá la posibilidad de rescindir el contrato en ese momento y someter al contratista al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 118 de “**LAS CONDICIONES**”. No pudiera afirmarse entonces que el contrato pierde validez al momento de vencerse el plazo para la ejecución de la obra, ya que con posterioridad a la expiración de ese plazo puede seguir produciendo efectos jurídicos por no haber sido satisfecha la pretensión de las partes en los términos acordados en el contrato.

Como tercer y último aspecto señala en su comunicación que “**...tenemos que tomar en cuenta que dentro de los elementos de un contrato se encuentra el tiempo que establece la vigencia del mismo y que para ser efectiva su continuidad en el tiempo se hace a través de las figuras de renovación o prórrogas del mismo, que en el caso en cuestión podríamos decir entonces que ¿estaría estipulado en el plazo señalado en el contrato para la ejecución de una obra?**”

A este respecto, se puede afirmar que el plazo no es un elemento esencial sino accidental en los contratos, de manera que los contratos pueden celebrarse válidamente, sin que exista cláusula expresa sobre el plazo en el cual debe cumplirse la obligación. Sin embargo, las partes suelen estipular ese plazo, así como acordar prórrogas del mismo, con el fin de extender el lapso acordado para el cumplimiento de la obligación. La prórroga debe estar prevista en el propio contrato, no se presume, ha de ser expresa.

Oficio N° 04-02-128 del 30 de octubre de 2000.

# **CONTROL FISCAL**





*Interpretación del término “Orden de Pago” al que hace referencia el artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal.*

**La expresión “órdenes de pago emitidas a favor de contratistas”, contemplada en el artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal, debe ser entendida en sentido amplio y no en el sentido estricto de lo que la orden de pago se entiende a los fines presupuestarios.**

Memorándum N° 04-00-01-24 del 25 de enero de 2000.

(...) en cuanto a la procedencia de incluir dentro del concepto ‘Orden de Pago’ al que hace referencia el artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal, todos los pagos efectuados mediante cheques a favor de contratistas por la ejecución de obras y servicios prestados al sector público, a partir de ciento cincuenta unidades tributarias (150 UT). Toda vez que el referido concepto pudiera entenderse como mandato de pago, en cuyo caso comprendería cualquier instrumento creado para materializarlo o como instrumento de pago propiamente dicho, con características particulares que lo hacen único, como es el caso del formato Orden de Pago empleado para girar contra fondos en la Tesorería Nacional.

Al respecto, se observa:

El artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal (Gaceta Oficial N° 5.416 Ext. del 22/12/99) establece:

**“Se gravará** con un impuesto del uno por mil (1X1000) **todo pagaré bancario** al suscribirse el respectivo instrumento. Igualmente, **se gravarán** con esta tarifa del uno por mil (1X1000), **las letras de cambio** libradas por bancos y otras instituciones financieras domiciliadas en Venezuela o descontadas por ellas, salvo que en este último caso, las letras sean emitidas o libradas para la cancelación de obligaciones derivadas de la adquisición de artículos para el hogar, de vehículos automotores, de viviendas y de maquinarias y equipos agrícolas.

Los institutos de crédito a que se refiere la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o cualesquiera otras reguladas por las leyes especiales que emitan o acepten los pagarés o letras de cambio a que se refiere esta Ley, abonarán en una cuenta especial a nombre de la República de Venezuela, el importe de la contribución que corresponda a la operación efectuada. Los bancos y demás instituciones financieras a que se refiere esta disposición, serán solidariamente responsables de aplicar y recaudar el monto que corresponda.

Asimismo pagarán, en el momento de su emisión, el uno por mil (1X1000) y a partir de un monto de Ciento Cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.), las órdenes de pago emitidas a favor de contratistas por ejecución de obras y servicios prestados al sector público.

Quedarán también afectados al pago del gravamen aquí previsto, los efectos de comercio librados en el exterior y pagaderos en Venezuela.

Las contribuciones a las que se refiere este artículo, deberán cancelarse en una oficina receptora de fondos nacionales, mediante planilla que para tal efecto elabore o autorice la Administración Tributaria.”

La disposición anterior establece un impuesto del uno por mil (1X1000), cuyo hecho generador o hecho imponible es la emisión de efectos de comercio, o de títulos valores como los califican algunos. (Ver: Hugo Marmol Marquís. “*Fundamentos de Derecho Mercantil - Títulos Valores*”. UCAB. Estudios Jurídicos. Caracas. 1982. Páginas. 206-207).

Al emitirse un efecto de comercio o un título valor, trátese de una letra de cambio, de un cheque o de un pagaré (los más utilizados), se genera la obligación de pagar el tributo que establece el artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal.

Nótese que la intención del legislador, en el comentado artículo 28, pareciera evidenciarse claramente de los siguientes extractos de la norma:

“Se gravará con un impuesto del uno por mil (1X1000) **TODO PAGARÉ BANCARIO...**”

“...se gravarán con esta tarifa del uno por mil (1X1000), **LAS LETRAS DE CAMBIO** libradas por bancos y otras instituciones financieras...”

“Quedarán también afectados al pago del gravamen aquí previsto, **LOS EFECTOS DE COMERCIO** librados en el exterior, y pagaderos en Venezuela” (mayúsculas nuestras).

Ahora bien, en lo que respecta al segundo aparte del artículo 28, párrafo que nos interesa a los fines de lo solicitado, considera esta Dirección que la expresión “órdenes de pago emitidas a favor de contratistas”, debe ser entendida en sentido amplio y no en el sentido estricto de lo que la orden de pago se entiende a los fines presupuestarios, instrumento que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (Gaceta Oficial N° 5.128 Ext. del 30-12-96).

En efecto, creemos que dicha expresión se encuentra referida a cualquier efecto de comercio que pudiera ser emitido por entes y organismos públicos para realizar pagos a contratistas, toda vez que la norma al establecer que el tributo en cuestión debe pagarse

cada vez que se realicen contratos al Sector Público, se está refiriendo tanto a los órganos de la Administración Central, como a los entes que conforman la Administración Descentralizada, los que como bien lo sabemos no emiten órdenes de pago. No podríamos llegar al absurdo de pensar que la norma ha querido incluir en la expresión “Sector Público”, sólo a los órganos de la Administración Central, haciendo discriminatorio el tributo, sino que ella comprende todos los organismos y entes públicos, como es el caso de la Contraloría General de la República.

Siendo así, en criterio de esta Dirección, los pagos efectuados por este Organismo Contralor, mediante la emisión de cheques, a favor de contratistas, por la ejecución de obras y servicios prestados, caen en el supuesto del segundo aparte del artículo 28 de la Ley de Timbre Fiscal y, consecuentemente, si exceden las Ciento Cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.), se encuentran gravados con el impuesto que la norma establece.

Memorándum N° 04-00-01-24 del 25 de enero de 2000.

*Competencia de este Organismo para formular reparos en materia de ingresos nacionales a cargo de los contribuyentes.*

**El artículo 287 constitucional y las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, permiten afirmar que a este Organismo le corresponden facultades de fiscalización y de formulación de reparos en materia de ingresos nacionales, que pueden recaer sobre los contribuyentes, y que no significan una usurpación de las atribuciones conferidas a la Administración Activa. Considerar que es la Administración Activa la que debe formular los reparos en materia de tributos nacionales, sería desconocer normas de rango constitucional y legal que le reconocen a esta Contraloría esa potestad, y además, significaría no tener en cuenta principios que rigen el ejercicio de las competencias previstas legalmente, como aquellas que postulan su irrenunciabilidad y la obligatoriedad de su ejercicio.**

Memorándum N° 04-00-01-29 del 28 de enero de 2000.

(...) Solicitud de pronunciamiento con respecto al proceso de formulación de reparos en materia de ingresos tributarios efectuados por esta Contraloría General de la República, los cuales se generan del examen de cuentas practicado por este Organismo Contralor, en el ejercicio de la potestad de control atribuida sobre los Ingresos Nacionales consagrada en el Capítulo II, artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica que rige su funcionamiento.

(...) la presente solicitud se realiza con motivo de que la Dirección de Control del Sector Económico y Financiero de esta Dirección General, considera que esa atribución le corresponde ejercerla como Administración

Activa, al Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), en razón de su potestad fiscalizadora, ‘Inspeccionar, fiscalizar y ejercer el resguardo de los tributos internos y aduaneros, así como determinar, prevenir e investigar los ilícitos, contravenciones, defraudaciones e infracciones previstas en las Leyes y Reglamentos e imponer las sanciones correspondientes’, de conformidad con la Resolución N° 32 de “La Organización, Atribuciones y Funciones de ese Servicio”, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.881 de fecha 29-03-95 y la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en su artículo 104, y demás Leyes y Reglamentos especiales, que le sean aplicables.

En atención a lo precedentemente expuesto, la Dirección de Control antes señalada considera conveniente, que si del examen de cuentas surgieren objeciones que pudieran dar lugar a la formulación de reparos por deficiencias en las declaraciones de los contribuyentes, falta de liquidación de ingresos causados, errores en las liquidaciones de ingresos, omisión de sanciones pecuniarias y otros incumplimientos de las leyes fiscales, las mismas serán comunicadas en los informes de resultados, a los fines de que ese Servicio inicie los procedimientos pertinentes, para subsanar las situaciones detectadas, así como recuperar los derechos a favor del Fisco Nacional, con el consecuente seguimiento por parte de este Organismo Contralor en forma oportuna.

Por otra parte, en las actuaciones practicadas por este máximo Órgano de Control se ha evidenciado que la mayoría de los reparos se generan por omisión, errores y la falta de diligencia de los funcionarios que intervienen en los procesos de verificación, reconocimiento, según sea el caso, situación que daría lugar a la imposición de multas, a la formulación de reparos o a la apertura de la correspondiente averiguación por parte de la Dirección competente, con miras a determinar las responsabilidades en las que estén incurso los mismos, por tal motivo se considera conveniente el estudio jurídico que servirá de apoyo para cambiar el sujeto susceptible de reparo, es decir, que los reparos u otras acciones fiscales se orienten a los referidos funcionarios como se hace en materia de gastos, en lugar de los contribuyentes o particulares.

Los planteamientos expuestos en el citado Memorándum se pueden concretar así:

a) Si la Contraloría General de la República puede abstenerse de continuar formulando reparos, en materia de ingresos tributarios, y remitir al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) todas aquellas deficiencias u omisio-

nes que detectare, en el ejercicio de sus funciones de control, con el fin de que sea dicho Servicio el que inicie los procedimientos pertinentes.

b) Si resulta factible cambiar el sujeto susceptible de reparo, en materia de ingresos, “es decir que los reparos u otras acciones fiscales se orienten a los referidos funcionarios como se hace en materia de gastos, en lugar de los contribuyentes o particulares”.

### **De las potestades para fiscalizar y formular reparos en materia de ingresos tributarios**

La determinación del tributo, sin perjuicio de lo que establezcan disposiciones especiales, corresponde en primer término al propio deudor de la obligación tributaria. Es él, en principio, quien debe declarar la existencia y determinar la cuantía de la obligación. Sin embargo, ante la posibilidad de que el sujeto pasivo del tributo no lo determine, en la forma prevista por la Ley, la Administración Tributaria ha sido dotada, por el legislador, de un conjunto de facultades que le permiten establecer la existencia de la deuda tributaria y su cuantía.

El Código Orgánico Tributario<sup>1</sup> en su artículo 116 señala que la determinación o liquidación “...es el acto o conjunto de actos que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia”.<sup>2</sup>

Seguidamente, el artículo 117 dispone:

“Ocurridos los hechos previstos en la ley como generadores de una obligación tributaria, los contribuyentes y demás responsables deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación, o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo que dispongan las leyes especiales”.

Se desprende de esta disposición que ante la ausencia de declaración del hecho imponible por el obligado tributario, o en el supuesto de declaración insuficiente, entra la

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial N. 4727 Extraordinario del 27 de mayo de 1994. Este Código mantiene su vigencia en lo que no contradiga la Constitución recientemente aprobada el 15 de diciembre de 1999 (G.O N° 36.860 del 30-12-99). La disposición transitoria Quinta prevé la reforma del Código en un término no mayor de un año, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución.

<sup>2</sup> Al respecto, Villegas expresa que “Llamamos determinación tributaria *al acto o conjunto de actos dirigidos a precisar, en cada caso particular, si existe una deuda tributaria ('an debeatur');* en su caso, *quien es el obligado a pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda ('quantum debeatur')*”. (Cursivas del autor) (Véase: “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. 3era Edic. De Palma. Buenos Aires. 1980. Pág. 279).

Administración Activa, *prima facie*, a determinar el *quantum* del tributo debido. A renglón seguido, los artículos 118, 119, 120 y 121 del comentado Código, regulan la determinación de oficio que puede realizar la Administración y las modalidades o procedimientos a emplear en tal caso, para establecer el monto del tributo.

Esas atribuciones que se han asignado a la Administración Activa indiscutiblemente la califican como el órgano al que “*prima facie*”, es decir, en primer orden, le corresponde determinar los tributos. Paralelamente a ello, tenemos que a la Contraloría General de la República le ha sido otorgada constitucionalmente la atribución de vigilar, controlar y fiscalizar los ingresos, tal es el caso de los tributos.

La Constitución de 1961,<sup>3</sup> bajo cuya vigencia fue dictado el Código Orgánico Tributario, disponía:

“Artículo 234.- Corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y **FISCALIZACIÓN** de los **INGRESOS**, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos” (mayúsculas nuestras).

La recientemente aprobada Constitución de 1999 con semejante redacción prevé:

“Artículo 287. La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y **FISCALIZACIÓN** de los **INGRESOS**, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos” (mayúsculas nuestras).

Tenemos entonces que el precepto contenido en el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>4</sup> recoge la premisa consagrada tanto en el artículo 234 de la derogada Constitución, como en el artículo 287 de la actualmente vigente, y algunas disposiciones de la Ley también desarrollan tal premisa, por lo que al no colidir estas disposiciones con la norma constitucional del artículo 287 permanecen vigentes, tal como lo dispone la Disposición Transitoria Novena Constitucional.

Pues bien, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, no sólo prevé expresamente en su artículo 79 la potestad de la Contraloría para practicar fiscalizaciones que pueden recaer sobre los “contribuyentes”, sino que en el Título VII “De los Reparos”, específicamente en los artículos 90 y 91, hace mención al supuesto de reparos a los contribuyentes en materia de ingresos. El artículo 90, en su parte pertinente, expresa:

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial N° 3.251 Extraordinario del 12 de septiembre de 1983.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial N° 5017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995.

“Los reparos que formule la Contraloría como consecuencia de las auditorías, del examen de cuentas, así como de las inspecciones y fiscalizaciones en las cuales se determinen irregularidades que causen perjuicios pecuniarios, deberán contener:

1. *La identificación del cuentadante, la del contribuyente o la del responsable, según el caso, y la de la cuenta que es objeto del reparo o de la actuación de la Contraloría, en la cual se determinó la irregularidad que lo motiva.*

(...)

4. *La fijación del monto del reparo; y si éste es de naturaleza tributaria, la discriminación de los montos exigibles por tributos, la actualización monetaria, los recargos, los intereses y las sanciones, que correspondan”* (cursivas y subrayado de esta Dirección).

Luego, el artículo 91, en su primera parte, prevé:

*“El reparo, con las especificaciones previstas en el artículo anterior, se notificará al cuentadante y al garante, así como al contribuyente o responsable, si fuere el caso...”* (cursivas y subrayado de esta Dirección).

El texto del artículo 287 constitucional, así como el de cada una de las demás normas legales citadas, contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, permiten afirmar que a este Organismo, sin discusión alguna, también le corresponden facultades de fiscalización y de formulación de reparos en materia de ingresos tributarios, que pueden recaer sobre los contribuyentes, y que no significan una usurpación de las atribuciones conferidas a la Administración Activa, pues no se trata de una determinación como resultado del ejercicio de las mismas funciones que corresponden a dicha Administración, sino de una determinación que realiza como consecuencia del ejercicio de las potestades de control y para la formulación de reparos sobre los ingresos, que le han sido encomendadas.

Considerar que podría válidamente esta Contraloría abstenerse de imponer reparos tributarios a los contribuyentes y, en lugar de ello, instar al SENIAT para que los formule, sería desconocer y transgredir normas de rango constitucional y legal que le reconocen, a este Máximo Órgano de Control, la potestad para formular reparos tributarios esto es, no tener en cuenta principios que rigen el ejercicio de las competencias previstas legalmente, como los que postulan su irrenunciabilidad y la obligatoriedad de su ejercicio.

A mayor abundamiento, pudiéramos señalar que la competencia es definida como la potestad atribuida a un órgano, y supone la habilitación previa y necesaria para que el órgano pueda actuar válidamente, de allí su carácter irrenunciable y su ejercicio obligatorio. (Ver: Luis Cosculluela Montaner. *“Manual de Derecho Administrativo”*. 8va Edic. Edit. Civitas S.A. Madrid. 1997. Pág. 78).

En razón de todos los planteamientos expuestos, esta Dirección considera que la conveniencia o no de que sea el SENIAT, el órgano que formule los reparos en materia de ingresos tributarios, con base en los elementos detectados por la Contraloría en el ejercicio de sus funciones de control, constituye un aspecto que no puede ser analizado en una opinión jurídica, la que tiene que emitirse, necesariamente, a la luz del Derecho Positivo vigente y conforme al cual la Contraloría General de la República debe ejercer su competencia de formular los referidos reparos.

**Del sujeto pasivo de los reparos tributarios formulados  
por la Contraloría General de la República**

El segundo aspecto sometido a la consideración de esta Dirección, tiene que ver con la posibilidad de modificar el sujeto pasivo de los reparos que formula este Organismo en materia tributaria.

En tal sentido, es importante precisar la diferencia que existe entre el sujeto destinatario de los reparos en materia de gastos y de bienes públicos, y el sujeto destinatario de los reparos en materia de ingresos, específicamente de tributos nacionales.

Tal diferencia resulta fundamental para resolver el asunto consultado, toda vez que de llegar a establecer que se trata de una situación similar la que se produce en ambos casos, sería posible aceptar la modificación propuesta por el órgano consultante.

Al respecto, se observa que los reparos que formula la Contraloría General de la República cuando detecta, a través de inspecciones o de exámenes de cuentas, una indebida administración de fondos públicos o un incorrecto manejo de bienes públicos que ha ocasionado daños al patrimonio público, tiene, en principio, como responsable, al sujeto que haya administrado los fondos o bienes públicos de que se trate, siempre que le sean imputables dichas conductas y salvo disposición expresa en contrario.

Debe tenerse presente, además, que en materia de gastos y bienes públicos, el reparo, como acto administrativo, constituye una declaratoria de responsabilidad civil por una autoridad administrativa, lo que permite afirmar que se trata de una responsabilidad civil con características particulares en la que convergen los principios tanto del derecho común como del derecho público.

En términos generales, podemos decir que la declaratoria de responsabilidad civil tiene necesariamente que indicar como sujeto destinatario al agente del daño, es decir, al sujeto que con su conducta negligente o imprudente ocasionó el daño cuyo resarcimiento se pretende. A esta regla general no escapan los reparos de la Contraloría General de la República, en materia de gastos y de bienes públicos, toda vez que será responsable el funcionario o el particular que al administrar o manejar fondos o bienes públicos, haya mostrado una conducta negligente o imprudente que ocasionó un perjuicio cuantificable al patrimonio público.



Por su parte, los reparos tributarios constituyen actos administrativos de determinación tributaria. Como lo señaláramos en el punto anterior la determinación tributaria es el “*acto o conjunto de actos dirigidos a precisar en cada caso particular, si existe una deuda tributaria (an debeats); en su caso, quién es el obligado de pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda (quantum debeatur)*”. (Véase a Héctor Villegas, nota al pie N° 2)

Nótese que con el reparo tributario no se pretende lograr el resarcimiento de un daño, sino el cumplimiento de una obligación tributaria que nace por el acaecimiento del hecho generador del tributo establecido por el legislador. La exigibilidad del tributo pone en evidencia el ejercicio del poder tributario del Estado para lograr que todos cumplan el deber constitucional de contribuir con los gastos públicos (art. 133 de la Constitución), lo que pone de manifiesto que el presupuesto de los reparos tributarios es muy diferente al de los reparos relacionados con gastos y bienes públicos.

Ahora bien, la formulación de estos reparos corresponde, *prima facie*, a la Administración Tributaria, como lo expusieramos anteriormente. Así mismo, a la Contraloría General de la República constitucional y legalmente le han sido otorgadas facultades de control, vigilancia y fiscalización sobre los ingresos públicos, como lo son los tributos nacionales. Puede, entonces, la Contraloría, también proceder a determinar los tributos cuando en ejercicio de sus funciones establezca la existencia de una deuda tributaria.

En este orden de ideas, es de suma importancia tener presente que el establecimiento de la obligación tributaria supone el respeto del principio de legalidad, conforme al cual no puede cobrarse ningún impuesto, tasa o contribución que no estén establecidos expresamente en la Ley, lo que implica que la verificación de los elementos integradores del tributo deberá adecuarse a lo dispuesto en la Ley creadora.

El principio de la legalidad tributaria o de reserva legal aparece consagrado en el artículo 317 de la Constitución<sup>5</sup> en los siguientes términos:

“No podrá cobrarse impuesto, tasa ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes...”

El Código Orgánico Tributario desarrolla el principio de legalidad en el artículo 4°. Dispone:

“Sólo a la ley corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias:

---

<sup>5</sup> Este principio aparecía recogido en el artículo 224 de la Constitución de 1961.

1. *Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo*;
2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto;
3. Autorizar al Ejecutivo nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales; y
4. Las demás materias que les sean remitidas
5. ***PARÁGRAFO PRIMERO: En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo...***”  
(cursivas y subrayado de esta Dirección).

Pues bien, la norma contenida en el artículo 4° del Código Orgánico Tributario, sin duda alguna, expresa que no sólo corresponde a la Ley la creación, modificación o supresión de los tributos, sino además, que sólo por ley pueden definirse y fijarse los elementos integradores de los tributos. Tenemos entonces que el hecho imponible, la base de cálculo, los sujetos pasivos y la tarifa tributaria son elementos cuya fijación está reservada a la Ley.

Si relacionamos esa necesaria definición o delimitación legal de los elementos del tributo, con el carácter de acto de determinación tributaria que tiene el reparo, por declarar la existencia de la deuda tributaria, por indicar el obligado tributario o sujeto pasivo y por determinar el *quantum* del tributo, debemos afirmar que el sujeto pasivo del reparo no puede ser otro que el contribuyente o el responsable, obligado al cumplimiento de la prestación tributaria (Ver: art. 19 C.O.T.).

De modificarse el sujeto pasivo de los reparos tributarios que formula la Contraloría General de la República, se estaría alterando uno de los elementos integradores del tributo, tal es el caso del sujeto obligado al cumplimiento de la obligación tributaria: **EL CONTRIBUYENTE O EL RESPONSABLE** y, por tanto, se atentaría contra el principio de legalidad tributaria, consagrado en el artículo 317 constitucional y desarrollado en el artículo 4° del Código Orgánico Tributario.

En razón de lo anterior, sin perjuicio de la procedencia de otras medidas o incluso de sanciones, debe señalarse que en los casos de reparos tributarios no podemos considerar destinatarios de los mismos a los funcionarios que de alguna manera intervienen en el proceso de liquidación del tributo, quienes pueden ser responsables por las faltas cometidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En consecuencia, no es compartida por esta Dirección la opinión referida por el órgano consultante de modificar el sujeto pasivo del reparo en materia tributaria.

**Conclusiones:**

- 1) El artículo 287 constitucional y las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, citadas en la presente opinión, permiten afirmar que a este Organismo, sin discusión alguna, también le corresponden facultades de fiscalización y de formulación de reparos en materia de ingresos nacionales, que pueden recaer sobre los contribuyentes, y que no significan una usurpación de las atribuciones conferidas a la Administración Activa.
- 2) Considerar que es la Administración Activa la que debe formular los reparos en materia de tributos nacionales, sería desconocer normas de rango constitucional y legal que le reconocen a esta Contraloría esa potestad, y también, significaría no tener en cuenta principios que rigen el ejercicio de las competencias previstas legalmente, como aquellas que postulan su irrenunciabilidad y la obligatoriedad de su ejercicio.
- 3) La conveniencia o no de que sea el SENIAT, el órgano que formule los reparos en materia de ingresos tributarios, con base en los elementos detectados por la Contraloría en el ejercicio de sus funciones de control, constituye un aspecto que no puede ser analizado en una opinión jurídica, la que tiene que emitirse a la luz del Derecho Positivo vigente y conforme al cual la Contraloría General de la República debe ejercer su competencia de formular reparos en materia tributaria.
- 4) La modificación del sujeto pasivo de los reparos tributarios que formula la Contraloría General de la República, alteraría uno de los elementos integradores del tributo, tal es el caso del sujeto obligado al cumplimiento de la obligación tributaria: **EL CONTRIBUYENTE O EL RESPONSABLE** y, por tanto, configuraría una violación del principio de legalidad tributaria, consagrado en el artículo 317 constitucional y desarrollado en el artículo 4° del Código Orgánico Tributario.

Memorándum N° 04-00-01-29 del 28 de enero de 2000.

*Constitucionalidad de disposiciones legales y reglamentarias estatales que regulan Gastos de Seguridad y Defensa.*

**La seguridad y defensa son materias de la competencia del Poder Nacional, por lo que pueden estar viciadas de inconstitucionalidad aquéllas leyes de contralorías estatales que regulen la materia relativa a gastos de seguridad y defensa.**

Memorándum N° 04-02-169 del 28 de junio de 2000.

(...) conviene precisar que el control de la constitucionalidad de los actos normativos de otros órganos del Poder Público es atribución del Tribunal Supremo de Justicia. De conformidad con el artículo 336, numeral 2 de la Constitución (Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 2 de marzo de 2000) corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia declarar la nulidad total o parcial de las leyes estatales por motivo de inconstitucionalidad. Si se trata de inconstitucionalidad de actos administrativos de efectos generales, tales como reglamentos, la competencia corresponderá a la Sala Político-Administrativa del mismo Tribunal, de conformidad con los artículos 42, numeral 11 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976).

Se observa no obstante que el (...) Reglamento Parcial de la Ley de Contraloría del Estado (...) hace una referencia a “asignaciones para la adquisición, funcionamiento, reparación y adquisición (**sic**) de material de guerra” (subrayado nuestro), lo cual resulta clara y notoriamente inconstitucional, por cuanto, conforme se deduce del artículo 324 de la Constitución, la República tiene el monopolio de las armas de guerra, por lo que si otras personas, naturales o jurídicas, y dentro de estas últimas, públicas o privadas, poseen, usan, fabrican o introducen en el país armas de guerra, éstas deben pasar a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. En consecuencia, si a una entidad federal cualquiera le está vedado siquiera poseer, usar, fabricar o introducir en el país armas de guerra, mucho menos puede tener asignaciones presupuestarias para la adquisición, funcionamiento y reparación de material de guerra. En consecuencia, por más que (...) la Ley de Contraloría del Estado (...) confiera al Ejecutivo [del mismo] la facultad para determinar por vía reglamentaria qué gastos deben ser considerados como de seguridad y defensa de la referida entidad federal, hay evidentemente una extralimitación de la potestad reglamentaria. Incluso, por su amplitud, tal extralimitación también pudiera alegarse respecto del citado Reglamento, según el cual se consideran gastos de seguridad y defensa del Estado a “Las asignaciones para estudios, investigaciones y proyectos relacionados con la política de seguridad, incluyéndose las relacionadas con salud pública, alimentación y educación” (subrayado nuestro).

Por lo que respecta a los demás gastos calificados como de seguridad y defensa por el Reglamento de la Ley de Contraloría del Estado (...), se observa que de conformidad con el artículo 156, numeral 7 de la Constitución, la seguridad y la defensa son materias de la competencia del Poder Nacional, por lo que podría igualmente presentarse un problema de inconstitucionalidad, en el sentido de que las leyes de contralorías estatales no pueden prever la existencia de gastos de seguridad y defensa en forma genérica, ni dejar al Ejecutivo Estatal la posibilidad de determinar qué debe entenderse por éstos<sup>1</sup>. En todo caso, corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia pronunciarse sobre el particular.

---

<sup>1</sup> Cabe agregar que incluso en el supuesto de que la materia de seguridad y defensa del Estado se entendiera como una competencia concurrente de la República y de los Estados Federales, también les estaría vedado a éstos legislar sobre dicha materia, sin el previo cumplimiento del artículo 165 de la Constitución, según el cual: “Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el poder nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados...” (subrayado nuestro).

Por último, y sin perjuicio de que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo de ese Estado reformen tanto [su] Ley de Contraloría (...) como su Reglamento, respectivamente, las normas de estos instrumentos podrían haber quedado derogados –dejamos a salvo en todo caso, la posibilidad de que el Tribunal Supremo de Justicia así lo declare– con fundamento en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución, conforme a la cual, “(...) El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución”.

En conclusión, y con fundamento en las consideraciones precedentes puede sostenerse que la Ley de Contraloría del Estado (...) y su Reglamento son inconstitucionales en cuanto regulan la materia de seguridad y defensa del Estado, la cual está reservada al Poder Nacional.

Memorándum N° 04-02-169 del 28 de junio de 2000.

### *Aplicabilidad de multa por supuesto incumplimiento del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*

**Es improcedente la imposición de multa por incumplimiento de las bases de los concursos para la selección de los titulares del órgano de control interno, con fundamento en el artículo 127, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por inobservancia de lo previsto en el artículo 71 ejusdem, y en los artículos 33 de su Reglamento y 19 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional.**

Memorándum N° 04-02-200 del 22 de agosto de 2000.

Con respecto a la posibilidad de imponer la sanción prevista en el artículo 127, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995), conforme al cual, “Serán sancionados con multa (...), de acuerdo a la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados: (...) 10. Quienes obligados a cumplir las normas e instrucciones de control dictadas por la Contraloría, no lo hagan y, en general, quienes contravengan lo dispuesto en esta Ley”, hemos señalado en nuestro Dictamen N° 03-00-00-0441 del 14-5-98 que las normas dictadas por el Contralor en ejecución de lo dispuesto en el artículo 71, aparte único, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y relativas a las bases de los concursos

---

Igualmente corresponderá al Poder Nacional, por órgano del Presidente de la República, la reglamentación de esta ley de base, de conformidad con lo previsto en el artículo 236, numeral 10 de la Constitución. Los Estados, en todo caso, pueden tener a lo sumo gastos secretos relacionados con su policía, cuya organización es una competencia exclusiva de las entidades federales, de conformidad con el artículo 164, numeral 6 **ejusdem**.

para la designación de los titulares de los órganos de control interno, “a pesar de tener el carácter de normas de observancia obligatoria, en puridad no revisten el carácter de normas de control”. Con posterioridad, en Dictamen N° 04-00-01-82 del 7-5-99, se comenta la afirmación hecha en el Dictamen antes mencionado en los siguientes términos:

“(…) cuando el artículo 127, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, señala que serán sancionados con multa a ‘Quienes estando obligados a cumplir las normas e instrucciones de control dictadas por la Contraloría, no lo hagan (...)’ (subrayado nuestro), el término ‘control’ debe entenderse en la acepción de ‘control fiscal’ entendido éste como la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos”. Asimismo –continúa el mismo Dictamen– estas “bases”, “(…) si bien se dictan con ocasión del ejercicio de la función de control fiscal, no constituyen **per se**, normas de control fiscal, sino que se trata de normas que integran el régimen de personal, específicamente referidas al acto de designación de los Contralores Internos. Son por lo tanto, normas conexas a aquéllas que son propiamente de control fiscal”.

Con respecto al hecho de la “reestructuración”, nos permitimos citar lo previsto en el artículo 5° de “Reglamento de Concurso para la Previsión de Contralores Internos de la Administración Pública Nacional” (Gaceta Oficial N° 36.933 del 14 de abril de 2000), en los términos siguientes (negrillas nuestras) :

“El concurso deberá ser convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo o entidad, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de producirse la vacante del cargo de titular del órgano de control interno y creación o **reestructuración de organismos o entidades**”.

En relación con esta disposición, se dijo en Memorándum N° 04-00-069 del 6-6-2000 (el cual revisa el criterio sostenido en Dictamen N° 04-00-01-170 del 8-9-1999...) lo siguiente:

“Como puede observarse, en la norma transcrita no se contempla que la reestructuración como circunstancia que origina la convocatoria de los concursos para la provisión de los cargos de contralor interno en la Administración Pública nacional, deba configurarse mediante una modalidad específica, es decir, que deba ser ‘sustancial’ o tener una ‘naturaleza’ o ‘magnitud especial’ (...) para que produzca el efecto de generar el deber de convocar a concurso, que está a cargo de la máxima autoridad del respectivo organismo o entidad, según lo previsto en la misma disposición copiada”.

Por último, en lo atinente al fundamento jurídico de la “estabilidad”, es conveniente aclarar (...) es el artículo 33 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -y no el artículo 71 de la referida Ley Orgánica- la norma que constituye el fundamento jurídico específico de la estabilidad de los Contralores Internos.

En virtud de las consideraciones precedentes, consideramos improcedente, en los términos planteados en la consulta, la imposición de multa en el presente caso, por incumplimiento de las bases de los concursos para la selección de los titulares del órgano de control interno, con fundamento en el artículo 127, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por inobservancia de lo previsto en el artículo 71 ejusdem, y en los artículos 33 de su Reglamento y 19 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional.

Memorándum N° 04-02-200 del 22 de agosto de 2000.

*Procedencia del ejercicio de las funciones de control fiscal sobre sociedades con capital público minoritario.*

**La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es aplicable a empresas con capital público minoritario.**

Memorándum N° 04-02-216 del 4 de septiembre de 2000.

No solamente en el Dictamen N° 04-00-01-95 del 27-11-96, (...) realizado ya durante la vigencia de la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995), sino también en Dictamen N° DGSJ-1-046 del 29-9-92, realizado durante la vigencia de la Ley anterior (Gaceta Oficial N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de 1984), se ha sostenido que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -tanto la vigente como la anterior- someten a su ámbito de aplicación a personas jurídicas en cuyo capital exista cualquier porcentaje (%) de participación del sector público, sin determinación exacta del monto de dicha participación, y sin que ésta tenga que ser mayoritaria. En esto se diferencia la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de otros instrumentos jurídicos como la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, la Ley Orgánica de Crédito Público y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, conforme a las cuales ciertas empresas deben tener un porcentaje de capital público mayoritario - 50 ó 51 % a fin de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación de estas leyes. Obsérvese que el Dictamen N° DGSJ-1-046 del 29-9-92 está referido a la empresa (...), que para la fecha de consulta tenía un porcentaje (%) aún menor de capital público, un 25,18%. Por otra parte, (...) el concepto de “patrimonio público” previsto en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público no es extensible a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Y siempre que el control fiscal verse sobre la utilización de los fondos de origen público, el ejercicio de las

potestades de control conferidas a este Organismo Contralor de conformidad con su Ley Orgánica no puede interpretarse como una injerencia o intromisión de la Contraloría en la actividad privada o comercial de una empresa con capital público minoritario. Por lo demás tanto la norma contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, como nuestros Dictámenes ya citados y la referida opinión doctrinaria [“Régimen de Control Fiscal”, “Badell & Grau Despacho de Abogados”, Cuadernos Jurídicos Badell & Grau Nº 4, Caracas, 1998, p. 22] -a la cual se puede agregar la opinión de Jesús Caballero Ortiz (“Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano”, Caracas, EJV, 1982, p. 382) son bastante claros en esta materia, que no se requiere mayor abundamiento o explicación al respecto.

Memorándum N° 04-02-216 del 4 de septiembre de 2000.

*Reparos. Procedencia de formularlos con ocasión de los pagos indebidos por concepto de remuneraciones e indemnizaciones, efectuados a los interventores de las instituciones financieras intervenidas.*

**La determinación de si FOGADE adquirió o no la condición de accionista en los bancos intervenidos debe hacerse caso por caso, verificando si se suscribieron o no contratos traslativos de la propiedad de las acciones. De tal precisión, dependerá obviamente, la correlativa a si esas acciones constituían o no patrimonio público para la época en que se realizaron los pagos indebidos y, en definitiva la dilucidación sobre la procedencia o no de los reparos e igualmente (de ser afirmativa la respuesta) la cuantificación de su monto.**

Memorándum N° 04-00-233 del 22 septiembre de 2000.

### **I. Caracterización de los entes intervenidos como entes públicos**

En el Dictamen N° DGSJ-1-24 de fecha 22-03-95, se indicó, acerca de los bancos o instituciones financieras **intervenidos**, que tienen el carácter de tales, aquéllos que **“hayan sido objeto de la medida de intervención”** la cual fue definida a su vez, en el mismo dictamen, como “el acto o providencia administrativa por cuyo intermedio un organismo público, dotado de competencias especiales de supervisión y control sobre un determinado sector de actividad y sobre las entidades privadas o públicas autorizadas para ejercerla, decide asumir total o parcialmente, aunque siempre en forma temporal, la dirección y administración de éstas, por motivos previstos legalmente y en resguardo de un interés público que se le ha encomendado tutelar” (destacado nuestro).

Asimismo, se expresó, que en el “ámbito bancario financiero esa ‘asunción’ de las facultades de dirección y administración de la entidad intervenida por el organismo público supervisor se traduce realmente en la remoción total o parcial de los anteriores directores y



administradores de la misma y en su reemplazo por la persona individual o grupo de personas que designe dicho organismo...” E igualmente se precisó “que la medida de intervención acarrea la sujeción de la entidad objeto de ella, a un régimen jurídico transitorio, particularmente concebido para tratar de remediar los problemas que hayan motivado que se tomase la decisión de intervenirla. Si tal objetivo no puede lograrse dentro de un lapso prudencial o del plazo máximo establecido legalmente, deberá procederse a la liquidación de la entidad intervenida”.

Una vez realizadas esas consideraciones sobre los entes intervenidos y sobre la medida de intervención, en el referido dictamen se hizo la siguiente aclaratoria: “...**la mera intervención de un ente financiero no lo convierte en una sociedad estatal, pues el simple acto de intervención no implica la adquisición, por parte de FOGADE, de la mayoría accionaria, que sería el requisito para que el banco o institución financiera fuese considerado empresa del Estado**”.

El criterio que acabamos de reproducir *supra*, fue ratificado y enfatizado en el Dictamen N° 04-00-01-206 de fecha 14-10-99, en los términos siguientes:

**“...la naturaleza jurídica ‘original’ del ente intervenido en principio se mantiene, salvo que en el curso de la intervención correspondiente se decida cambiar la participación accionaria, a través de la adquisición de un porcentaje mayoritario de acciones por parte de FOGADE o de otro u otros entes estatales, lo que convertiría entonces, al ente intervenido, si era una empresa ‘privada’ en una empresa estatal. Iguales consideraciones son aplicables a los entes objeto de auxilio, que sólo se transforman en empresas estatales, en aquellos casos en que el auxilio consista en aportaciones de capital de tal magnitud, (50% o más del capital social) que conviertan a FOGADE en accionista mayoritario, tal como se indicó en el tantas veces citado Dictamen N° DGSJ-1-24 de fecha 22-03-95”.**

En el pie de página N° 28 del Dictamen N° 04-00-01-206 de fecha 14-10-99, se alude también a la siguiente precisión hecha en el Dictamen N° DGSJ-1-24 del 22-03-95, sobre los bancos auxiliados: “...en los casos de los llamados auxilios por **iliquidez**’ el auxilio consiste en **préstamos con garantía**, que justamente por no tratarse de aportes de capital, **no convierten a FOGADE en participante** (socio) ni siquiera minoritario. **En cambio, en los llamados auxilios “por insolvencia” el numeral 5 del artículo 231 de la Ley General de Bancos exige que FOGADE adquiera “la mayoría accionaria del banco o institución financiera de que se trate**”. Por consiguiente, los bancos auxiliados por insolvencia sí se transforman en empresas estatales, en virtud de la obligatoria adquisición, por FOGADE, de la participación accionaria mayoritaria (puntos suspensivos y destacado nuestros).

Por otra parte, en el pie de página N° 30 del mismo Dictamen N° 04-00-01-206 se expresa que **“Cuando la participación accionaria de FOGADE o de otro ente estatal en el capital social del respectivo banco u otro instituto de crédito fuese menor al 50%, tal instituto de crédito sería calificable como ‘mixto’** y, evidentemente, aquellos en que **no hubiese participación accionaria estatal**, serían simplemente institutos de crédito no estatales, **meramente privados”** (destacado nuestro).

En el presente memorándum se ratifican los criterios transcritos acerca de la caracterización, o mejor dicho, de la “conversión” de los entes intervenidos o auxiliados en estatales; situación que sólo se produce cuando FOGADE u otro ente estatal adquiere, como propietario, un porcentaje accionario igual o mayor al 50% del capital social del banco u otra institución financiera que haya sido previamente objeto de intervención o auxilio. Cuando la propiedad de las acciones por el ente estatal de que se trate (FOGADE u otro) sea menor al cincuenta por ciento, estaríamos frente a una empresa con participación estatal “minoritaria”.

## **II. Momento a partir del cual FOGADE pasa a tener participación accionaria en los entes o bancos intervenidos (en los términos de la consulta)**

*Sobre tal asunto, conviene citar, doctrinariamente, lo expresado en términos generales acerca de la transferencia de la propiedad de las acciones en las sociedades mercantiles, por los autores José Loreto Arismendi y José Loreto Arismendi (hijo)<sup>1</sup> quienes, para responder a la interrogante “¿En qué momento se opera la transmisión de la propiedad de la acción?” realizan las siguientes precisiones:*

**“Una distinción se impone. Entre las partes la transmisión de propiedad se opera según los principios generales del derecho, es decir, por el solo consentimiento; pero respecto de los terceros, la transmisión de la propiedad no tiene lugar sino por la entrega del título, cuando la acción es al portador; o con la declaración en el libro de accionistas firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados, cuando la acción es nominativa...”** (destacado y puntos suspensivos nuestros).

La Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en fecha 14-04-99 (Expediente N° 96-585) de modo coincidente con el criterio doctrinario transcrito *supra*, manifestó:

**“...para que la transmisión de la propiedad de las acciones nominativas produzca efectos frente a la sociedad y los terceros, es necesario**

---

<sup>1</sup> José Loreto Arismendi y José Loreto Arismendi (hijo), Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles, Caracas, 1979, pág. 356.

que conste en el **Libro de Accionistas la declaración firmada** por el cedente y el cesionario” (destacado nuestro).

De modo pues, que la transmisión de la propiedad de las acciones **nominativas** (las que están a nombre de una persona determinada, como es el caso de las acciones en los bancos y demás instituciones financieras<sup>2</sup> tiene efectos *erga omnes* a partir de la fecha en que dicho traslado de la propiedad se hace constar en el libro de accionistas por declaración expresa del anterior propietario de las acciones y del adquirente de las mismas.

Ello significa entonces, que FOGADE pasa a tener, con efectos generales<sup>3</sup> el carácter de accionista, es decir, de **propietario** de aquellas acciones que le sean transferidas justamente, **en propiedad, desde el día en que se haga constar la transferencia** respectiva en el correspondiente **libro de accionistas**, donde se exprese la declaración de la transmisión, firmada por el cedente y el cesionario o por sus apoderados debidamente acreditados.

Sin embargo, como se precisará *infra*, también se requiere que el contrato que sea la causa de la presunta transmisión de propiedad, sea verdaderamente un convenio traslativo de tal derecho sobre las acciones u otros bienes y asimismo, que cumpla con todos los requisitos legales para su existencia y validez.

### III. Caso de la cesión de acciones en garantía

A diferencia de lo que ocurre en los casos de transferencia en propiedad, la llamada cesión en garantía no transfiere la propiedad de las acciones respectivas, pues lo que se transmite es la posesión o tenencia de las mismas. En el Dictamen N° DGSJ-1-24 de fecha 22-03-95, reiteradamente citado, se expuso el contraste entre ambas situaciones, en los siguientes términos:

“...en las sociedades mercantiles con forma de compañía anónima (configuración que, por imperativo del artículo 8 de la Ley General que los rige, deben tener los bancos y demás instituciones financieras) la **participación** aludida en el artículo 2° de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se traduce necesariamente en la **titularidad, entendida como propiedad, de un número cualquiera de acciones** por

---

<sup>2</sup> La propia obtención de la autorización de funcionamiento de los bancos y demás instituciones financieras, tiene, entre los requisitos exigidos por el artículo 8 de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras (G.O. N° 4.649 extraordinario de 19-11-93) el siguiente: “1) Estar constituidos bajo la exclusiva forma de compañía anónima, con **acciones nominativas de una misma clase, las cuales no podrán ser convertibles al portador**” (destacado nuestro).

<sup>3</sup> Es decir, frente a terceros y a la compañía, según se indicó *supra*, pues entre cedente y cesionario (partes del contrato traslativo) la cesión surte efectos desde que existe el acuerdo de voluntades entre ambos.

parte de alguno de los entes señalados en el artículo 4° de dicha ley, pues únicamente esa pertenencia puede conferirles la condición de ‘socios’ y por consiguiente, de ‘participantes’ en el capital social de la compañía. **Quedarían excluidos así de tal calificación**, cuando sean **simples tenedores** de las acciones, aunque éstas les hayan sido cedidas **en garantía prendaria**, de conformidad con el artículo 536 del Código de Comercio”.

(Omissis)

“...únicamente puede exigirse la constitución de garantías a los fines de asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, de la cual la respectiva garantía es subsidiaria; circunstancia que incluye a la cesión en garantía de acciones que, según se deriva del artículo del Código de Comercio que la regula, reviste la forma de garantía prendaria. Por lo tanto, **a través de la constitución de tal garantía, se cede la posesión de las acciones hasta tanto se cumpla la obligación garantizada pero no se transfiere la propiedad de las mismas y por consiguiente, tampoco la cualidad de socio.**

Como se indicó en las consideraciones preliminares de este dictamen, tal cualidad sólo la adquieren quienes sean dueños (titulares de acciones)” (puntos suspensivos y destacado nuestros).

Resulta oportuno destacar que en la sentencia emanada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 22-04-99, aludida en la consulta e incorporada entre los anexos a la misma, a pesar de estar referida a la cesión de la cartera de crédito (no de acciones) de un banco, se corroboran las consideraciones expuestas en los fragmentos transcritos del citado Dictamen sobre la cesión en garantía, al determinarse en dicho fallo que la cesión realizada con la sola finalidad de garantizar un auxilio recibido a título de préstamo, no es traslativa de la propiedad de dicha cartera. Las mismas consideraciones del referido fallo, son aplicables, sin duda, a la cesión de acciones, en garantía.

Tal cuestión nos conduce a **referirnos seguidamente**, con **basamento** en los criterios expuestos en esa y en otra sentencia, ambas emanadas de la anterior **Corte Suprema de Justicia** (actual Tribunal Supremo), a la necesidad de que se cumplan dos condiciones previas y adicionales a la inscripción de la cesión en el libro de accionistas, para que efectivamente se produzca la adquisición del derecho de propiedad, por parte del ente estatal correspondiente (FOGADE u otro) sobre las acciones u otros bienes del banco o ente financiero de que se trate. Esas condiciones son: a) que el contrato por el cual se realice la cesión o transferencia respectiva, se trate en verdad de un convenio traslativo de la propiedad (no de una simple cesión en garantía); y b) que dicho contrato cumpla con todos los requisitos relativos a su validez.

#### IV. Necesidad de que se esté ante un contrato traslativo de la propiedad y de que el mismo cumpla con los requisitos de validez correspondientes

Cabe señalar que la Sala Político Administrativa en el mencionado fallo de fecha 22-04-99, partiendo principalmente<sup>4</sup> del análisis del texto del contrato de auxilio financiero celebrado entre FOGADE y un banco, determinó, acerca de la cesión de la cartera de créditos hecha por éste a aquél, contenida en ese convenio, lo siguiente: **“la falta de fijación de un precio** a dicha cesión, revela la **ausencia** de acuerdo entre las partes respecto a un **elemento esencial** para que pudiera hablarse de **transferencia en propiedad**, y no simplemente en garantía, de dicha cartera de créditos” (destacado nuestro).

Ello, a pesar de que en el referido contrato se había estipulado que la cesión de esa cartera se hacía en propiedad y de que aparentemente se trataba de una cesión en pago, lo que implica entonces, que la Sala Político Administrativa realizó una interpretación sobre la verdadera naturaleza del contrato y sobre la realidad de su contenido y efectos.

La Sala de Casación Civil de la misma Corte, en sentencia precedente, dictada el 24-04-98 (Expediente N° 96-946) emitió el siguiente criterio general sobre el traspaso de acciones de las compañías anónimas:

“...si bien el traspaso de acciones de una compañía anónima **para que surta efectos legales debe inscribirse en el Libro de Accionistas**, no es menos cierto que **el contrato que sea la causa de esa transmisión** esté exento de cumplir con **todos** los requisitos legales para su **existencia y validez**, como sería, entre ellos, **el precio** por el cual se realizó la operación de compraventa”.

Con base en ese razonamiento, declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por un Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito (actuando como tribunal de reenvío) en la cual se había declarado la nulidad de la venta de las acciones de una compañía, por carecer de precio; requisito esencial para la validez y existencia del contrato de compraventa.

El traslado de los criterios emitidos en los citados fallos al caso objeto de consulta, implica que para la adquisición –**derivada de la transferencia o cesión de acciones**,<sup>5</sup> por

---

<sup>4</sup> En el fallo en referencia, también se tomó en consideración para determinar que se trataba de una cesión en garantía “el contenido de las distintas cartas producidas por las partes en juicio” (Giacomo Di Mase, accionista y ex presidente del Banco Construcción vs. FOGADE) las cuales fueron apreciadas “concordantemente en calidad de indicios”.

<sup>5</sup> Otra modalidad de adquisición, por FOGADE u otro ente estatal, de la condición de accionista en un banco u otra institución financiera, sería la suscripción y pago de nuevas acciones por ese ente, tal como se precisó en el Dictamen N° DGSJ-1-24 de fecha 22-03-95.

parte de FOGADE o de otra entidad estatal, de la condición de accionista (mayoritario o minoritario) en un banco u otro ente financiero, se requiere que en el libro de accionistas respectivo se deje constancia expresa de dicha transferencia en propiedad; **pero previa y adicionalmente**, tal adquisición debe derivarse de un contrato que **realmente** sea traslativo de propiedad, (por ejemplo: venta, permuta, dación en pago; no de una cesión en garantía) y ese convenio debe cumplir, además, con todos los requisitos legales atinentes a su existencia y validez. (como lo es la determinación o fijación de un precio, en la compraventa).

### **V. Procedencia de los reparos**

Lo expuesto *supra* significa a su vez, que la determinación de si FOGADE adquirió o no la condición de accionista en los bancos mencionados en la consulta, debe hacerse **caso por caso**, verificando si se suscribieron contratos que cumplieran las condiciones indicadas *supra*. De tal precisión, dependerá obviamente, la correlativa a si esas acciones constituían o no patrimonio público para la época en que se realizaron los pagos indebidos<sup>6</sup> y, en definitiva la dilucidación sobre la procedencia o no de los reparos e igualmente (de ser afirmativa la respuesta) la cuantificación de su monto, en proporción al porcentaje accionario que hubiese pasado a ser propiedad de FOGADE.

Ya en el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99, esta Dirección había precisado lo siguiente sobre la procedencia de los reparos derivados de pagos indebidos a los interventores de los bancos intervenidos que se mencionan en la consulta:

“...no puede obviarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, constituye tal patrimonio “aquél que corresponda por cualquier título” a alguno de los entes estatales encuadrables, por su naturaleza, en la enumeración que hace la referida norma. Resulta evidente entonces, que las acciones que detenten, “a título de accionistas” cualquiera de ellos, constituyen “una porción de patrimonio público”, que puede ser perjudicada por la conducta irregular de los administradores (condición que en el caso planteado tenían los interventores) de las respectivas sociedades en donde exista o hubiese existido esa participación como accionistas.

Ello implica, entonces, que la acción restitutoria del reparo únicamente procederá si en esos entes hubiese existido participación accionaria de FOGADE o de otro u otros entes estatales. Y que los reparos a ser for-

---

<sup>6</sup> En los que se incurrió por haberse pagado a los interventores, beneficios derivados de la contratación colectiva de los trabajadores de los bancos, que no les correspondían por tratarse de funcionarios públicos, según se ha precisado ampliamente en los dictámenes N° DGSJ-1-24 de fecha 22-03-95; N° 04-00-01-206 del 14-10-99 y N° 04-02-124 del 02-06-00.

mulados tendrían que tomar en cuenta, para la fijación de su monto, la proporción de participación accionaria correspondiente pues en tal proporción se habría producido el daño.<sup>7</sup> De no haber existido tal participación, solamente procedería el ejercicio de la acción restitutoria respectiva por parte de los accionistas particulares”.

## VI. Consideraciones relacionadas con la liquidación administrativa de los bancos intervenidos

Como complemento a lo expuesto en ese dictamen y en referencia aún más específica a bancos cuya liquidación administrativa haya sido acordada, cabe aclarar que **hasta tanto el proceso de liquidación no haya terminado, esas instituciones subsisten y dentro de dicho proceso, le corresponde a los liquidadores realizar el cobro de las acreencias y el pago de las deudas correspondientes**. Al respecto, conviene citar lo expuesto en la sentencia de fecha 12-02-98 (Expediente N° 7901) emanada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia:

“...la revocatoria de la autorización de funcionamiento de un Banco y la orden de su liquidación por parte de la Superintendencia de Bancos, en ejercicio de las facultades legales contenidas en los artículos 16 y 190 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, vigente para la fecha de dicha Resolución, comporta el inicio de su proceso de liquidación, y no quiere decir que dicha institución haya quedado ‘liquidada definitivamente’, como lo afirma la parte actora...

En efecto, **la declaratoria de liquidación de cualquier sociedad representa el inicio de un proceso durante el cual la sociedad en liquidación mantiene su personalidad jurídica y no se convierte en un ente inexistente**. Tal como lo señala nuestra doctrina sobre la materia, ‘la liquidación comprende **todas las operaciones subsiguientes** a la disolución y necesarias para terminar los asuntos pendientes, **cobrar los créditos, pagar las deudas sociales**, transformar con tal fin, si fuese necesario, los bienes en dinero por medio de su venta total o parcial, hasta llegar a determinar el activo neto’. (ARISMENDI, José-Loreto. “Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles” 53 Edición, Caracas, 1979, pág. 481) (puntos suspensivos y destacado nuestros).

---

<sup>7</sup> En el entendido, además, por lo expuesto en otra parte del presente dictamen, que la acción resarcitoria comprendería los pagos efectuados indebidamente en razón de la improcedente aplicación de beneficios contemplados en los convenios colectivos celebrados entre los respectivos bancos y sus trabajadores; convenios de los cuales no podían formar parte, ni por ende aprovecharse, los interventores.

En aplicación de tales criterios, tendríamos que de no resultar procedente la formulación de reparos debido a la no participación accionaria de FOGADE u otro ente estatal, le correspondería realizar los cobros y pagos correspondientes a quien ejerza la función de liquidador (a FOGADE o a las personas en quienes hubiese delegado tal función, según lo previsto en el artículo 262 de la Ley General de Bancos) si todavía no ha finalizado el proceso de liquidación de los bancos a los cuales alude la consulta.

Le correspondería entonces, al respectivo liquidador, cobrar a los interventores las deudas derivadas de los pagos indebidos que recibieron, pues no debe olvidarse que el pago de lo indebido constituye fuente de obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.178 del Código Civil. Y deberá asimismo, en la medida de lo posible, pagarle a los acreedores del banco, entre los cuales se encontraría el propio FOGADE, las deudas contraídas con ellos, lo que incluiría el pago de los auxilios financieros que no fueron cancelados en su oportunidad. Tales pagos, evidentemente, tendrían que hacerse en el orden de prelación previsto en el artículo 261 de la Ley General de Bancos. Debe tenerse presente que el numeral 1 de dicho artículo incluye a los créditos “privilegiados” dentro de los cuales encuadran los que hayan sido objeto de garantías.

Memorándum N° 04-00-233 del 22 septiembre de 2000.

*Control que puede ejercer la Contraloría General del Estado (...) sobre un consorcio privado que administra y mantiene un puerto regional.*

**Toda la actividad realizada por el Consorcio (...) como resultado de la ejecución del contrato de concesión suscrito con la Gobernación del Estado (...) para la administración y mantenimiento del Puerto Internacional (...), se encuentra sujeta al control de la Contraloría General del Estado (...), mediante la aplicación de las normas que en el Título IV de la Ley de Contraloría del Estado (...) han sido previstas para el control de las entidades descentralizadas.**

Oficio N° 04-02-245 del 11 de octubre de 2000.

Siguiendo instrucciones del Director General de los Servicios Jurídicos, me dirijo a usted con el fin de dar respuesta a su Memorándum N° 07-01-367 del 10 de julio del presente año, en el cual solicita opinión sobre los planteamientos expuestos por el (...) Presidente del Consorcio (...), en la comunicación que enviara a este Organismo el 13 de marzo de 2000. En dicha comunicación, el mencionado ciudadano solicita a esta Contraloría una aclaratoria sobre el trato de ente descentralizado que la Contraloría General del Estado (...) le confiere a dicho Consorcio, así como sobre el carácter de empleados públicos que le atribuye a su personal.



Esta Dirección, al revisar los recaudos enviados por la Dirección consultante, advierte que no constan documentos que demuestren las afirmaciones del ciudadano (...) en cuanto al carácter privado del mencionado Consorcio, ni en lo que respecta al contrato de concesión que presuntamente suscribió con el Estado (...), por lo que sólo se pronunciará sobre la base de los soportes enviados, a saber, la comunicación identificada en el párrafo anterior y la opinión emitida por la Dirección consultante, contenida en el proyecto de oficio a ser dirigido al ciudadano (...).

En lo que se refiere al trato de ente descentralizado que la Contraloría General del Estado (...) le atribuye al Consorcio (...), según lo expresado por su Presidente, creemos conveniente que se realice una reformulación de la respuesta, que puntualice lo siguiente:

La Contraloría General del Estado (...) mal puede calificar al señalado Consorcio como un “**Ente Descentralizado**”, toda vez que en él no existe una participación mayoritariamente pública que permita considerarlo como tal ente descentralizado; por ello deberá explicarse al solicitante de la aclaratoria que en caso de que dicho órgano de control externo haya realizado tal calificación ello constituye un error, toda vez que la descentralización “... es una fórmula organizativa que consiste en transferir competencias **de un ente público a otro ente público**, los cuales pueden ser ambos territoriales, o bien uno territorial y otro institucional.” (Ver: José Peña Solís. “Lineamientos de Derecho Administrativo. Vol I. “La Organización Administrativa Venezolana”. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas. Pág. 183.). De manera que no siendo el señalado Consorcio un ente público, en razón de su composición accionaria totalmente privada –según lo que menciona el ciudadano (...) en su comunicación– no puede considerarse un ente descentralizado.

Sin embargo, debe aclarársele también al ciudadano (...) que lo anterior no impide que las actividades que realiza en ejecución del contrato de concesión, para la administración y mantenimiento del Puerto Internacional (...), puedan ser susceptibles de control por parte de la Contraloría del Estado (...).

En efecto, debe señalársele que existen disposiciones contenidas en la Ley de Contraloría del Estado (...) (Gaceta Oficial del Estado (...) Número Extraordinario del 5/6/1992), citadas en el proyecto de oficio, como es el caso de los artículos 5°, numeral 5, y 53°, de cuyo texto se desprende que las personas naturales o jurídicas (particulares) que de cualquier forma contraten con el ejecutivo estatal, como ocurre en el presente caso, se encuentran sujetas al control que la Contraloría Estadal ejerce sobre las entidades descentralizadas, haciendo la salvedad de que dicho control sólo podrá extenderse a aquellas actividades desplegadas por los particulares en cumplimiento o ejecución de los contratos celebrados con los organismos o entidades a que se refiere el citado artículo 5°, o de operaciones vinculadas al patrimonio de ese Estado y que estén sometidas al control de la Contraloría Estadal, mas no a las estrictamente privadas que obviamente quedan fuera del radio de acción de esa Contraloría.

En consecuencia, toda la actividad realizada por el Consorcio (...), como resultado de la ejecución del contrato de concesión suscrito con la Gobernación del Estado (...) para la administración y mantenimiento del Puerto Internacional (...), se encuentra sujeta al control de la Contraloría General del Estado (...), mediante la aplicación de las normas que en el Título IV de la Ley de Contraloría del Estado (...) han sido previstas para el control de las entidades descentralizadas. Esto no significa que se trate de un ente descentralizado sino que es susceptible de control, por lo que al referido contrato respecta.

La solución de este punto nos conduce a la respuesta del segundo planteamiento expuesto en la comunicación del 13 de marzo de 2000, en cuanto al carácter de empleados públicos que tendría el personal del Consorcio (...). En efecto, por no constituir el Consorcio una persona jurídica pública, en razón de no tener una composición accionaria mayoritariamente pública, las personas que allí laboran no pueden considerarse empleados públicos, pero sí se encuentran obligados a atender oportunamente las citaciones que les formule la Contraloría del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3° de la Ley de Contraloría del Estado, que dispone que “Los servidores públicos y los particulares están en el deber de colaborar con los funcionarios de la Contraloría, para el mejor cumplimiento de las funciones señaladas en el Artículo anterior, y deberán atender oportunamente las citaciones, convocatorias y solicitudes que este Organismo les formule” (subrayado nuestro).

Oficio N° 04-02-245 del 11 de octubre de 2000.

*Excepciones al control previo. Causa extraña no imputable.*

**Para que proceda la causa extraña no imputable como excepción al cumplimiento del requisito de control previo, y como eximente de responsabilidad, se requiere, entre otros requisitos precisados por la doctrina, que la imposibilidad producida por la causa extraña no imputable sea inevitable y que exista ausencia total de culpa o dolo por parte del deudor. Si en la cadena de hechos determinantes del incumplimiento aparece un hecho imputable al deudor, sea por dolo, negligencia o imprudencia, aquél no puede ser liberado y cesa la causa extraña no imputable.**

Memorándum N° 04-02-254 del 25 de octubre de 2000.

El artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en la Gaceta Oficial N° 3.482 Extraordinario de fecha 14-12-84, **bajo cuya vigencia se suscribió el contrato** al cual alude la consulta, establecía:

“Los Despachos del Ejecutivo **antes** de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la celebración de otros contratos que impliquen **compromisos financieros para la República**, **deberán** someter éstos a la **aprobación** de la Contraloría.

Según la naturaleza y modalidades del compromiso, la Contraloría verificará:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados;
2. Que exista disponibilidad presupuestaria;
3. Que los precios sean justos y razonables;
4. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que ha de asumir el contratista.

**No se podrá iniciar la ejecución** de los contratos a que se refiere el encabezamiento de este artículo, **mientras** las estipulaciones que contengan los respectivos **compromisos** financieros **no hayan sido previamente aprobados**” (destacado nuestro).

En la referida Ley, se establecían expresamente, como excepciones al ejercicio del control previo por parte de este Organismo Contralor, las situaciones previstas en los artículos 19 a 22 ejusdem.

Entre esas excepciones se encontraban las denominadas “**situaciones de emergencia**”, previstas en el artículo 21 de la citada Ley. Este supuesto de excepción es el que interesa destacar por su **equivalencia** con la causa extraña no imputable, que es la circunstancia alegada por la Superintendente de Seguros para fundamentar el no haber sometido a control previo el contrato de asesoramiento suscrito con la empresa (...).

El artículo 21 de la citada Ley Orgánica disponía:

“En **situaciones de emergencia**, como en caso de calamidades públicas o de conflicto interior o exterior, y en **otros análogos**, cuando sea de **urgente necesidad** la ejecución de determinadas obras o la adquisición de bienes y **previa consulta** al Contralor, **no se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 18**, pero los Despachos Ejecutivos quedan obligados **a participar de inmediato** a la Contraloría las circunstancias que hayan dado lugar al gasto, con el fin de que ésta proceda a tomar las medidas de control que considere conveniente, dentro de los límites de esta Ley”.

La situación expuesta por la Superintendente, relativa a la suscripción de un contrato de servicios que no fue sometido a control previo por lo perentorio del plazo establecido para la reestructuración de la Superintendencia y debido a que, según esa funcionaria lo **suponía**, tales servicios iban a ser pagados por el Banco Central de Venezuela, **con base en un convenio que para la fecha de suscripción de dicho contrato de servicios aún no se había celebrado, evidentemente no encuadra dentro de las situaciones de emergencia previstas en el transcrito artículo 21** de la ley derogada, **como supuesto de excepción al**

**control previo.** Esta norma de excepción además de estar referida a graves situaciones de emergencia, también **exigía** que previamente se consultase al Contralor y después se le **participase**, a la Contraloría **de inmediato** (no varios años después) sobre las circunstancias que hubiesen dado lugar al gasto.

Ninguno de los mencionados requisitos, previstos en el reproducido artículo 21 para que procediera la referida excepción al control previo, se cumplió en el caso consultado.

Debe tenerse en cuenta que las normas de excepción, como la citada supra, son de interpretación **estricta** y por tanto, **no admiten la interpretación extensiva ni la aplicación de normas análogas.**

No obstante, cabe señalar que incluso partiendo de la consideración de las situaciones de emergencia como una especie del género “causa extraña no imputable” invocada por la Superintendente como causa justificativa del incumplimiento de la obligación legal que estaba prevista en el artículo 18 ejusdem, tendríamos que en el caso objeto de consulta tampoco se cumplieron en su totalidad los requisitos o condiciones que deben **concurrir** para que proceda ese supuesto de excepción al cumplimiento de obligaciones legales y contractuales.

Tales requisitos, según lo precisa el autor Eloy Maduro Luyando<sup>1</sup> (citado en el Dictamen N° 04-00-01-289 del 09-07-98,<sup>2</sup> que es el invocado por la Superintendente de Seguros) son los siguientes:

- 1° La causa extraña no imputable debe producir la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación, la imposibilidad absoluta de ejecución de la prestación.
- 2° La imposibilidad absoluta de ejecución debe ser sobrevenida, debe ocurrir después que las partes han asumido la obligación, después que la obligación se ha contraído.
- 3° El hecho que configure la causa extraña no imputable debe ser imprevisible.
- 4° La imposibilidad producida por la causa extraña no imputable debe ser inevitable.
- 5° Debe existir la **ausencia total de culpa** o dolo por parte del deudor. A este requisito, el deudor lo califica como la “**característica fundamental y supuesto necesario** de la causa extraña no imputable. **Si en la cadena de hechos** determinantes del incumplimiento aparece un hecho imputable al deudor, sea por dolo, negligencia o imprudencia, aquél no puede ser liberado y cesa la causa extraña no imputable”.

---

<sup>1</sup> Ver, del mencionado autor, su obra *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Caracas, 1983, págs. 186 a la 188.

<sup>2</sup> Publicado en “dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 1998” págs. 172 a la 175.

Sobre la falta de concurrencia de los mencionados requisitos, en relación con el caso consultado, bastaría con señalar que se observa **que el incumplimiento** del deber de someter el contrato al requisito de control previo por la Contraloría General de la República **no se debió** en realidad a la ocurrencia de **causas extrañas no imputables que impidiesen** cumplir con esa obligación legal, sino a la propia **conducta** de la Superintendente, como se deriva de las siguientes circunstancias:

a) En el artículo 2° de la Resolución N° 2798 del entonces Ministerio de Hacienda, publicada en fecha 17 de marzo de 1995,<sup>3</sup> se otorgó a la Superintendente de Seguros, un término de noventa días a partir de la publicación de dicha Resolución, para presentar un proyecto de reestructuración de la Superintendencia; plazo que en virtud de no haberse establecido expresamente que se contaría por días continuos, debía contarse por días **hábiles**, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.<sup>4</sup>

Ello implica que el referido lapso se cumplía a finales del mes de julio de 1995, con lo cual **se contaba con más de cuatro meses para elaborar y presentar el programa de reestructuración**. Pese a tal circunstancia, el contrato de asesoramiento para elaborar dicho plan vino a ser suscrito por la Superintendente el día dos de julio del mismo año; es decir, **más de tres meses** después de conferido el plazo y **a menos de un mes** de que el mismo se cumpliera. Por lo demás, no resulta en modo alguno influyente en el incumplimiento del requisito legal de control previo, el Decreto N° 846 del 20-09-95, citado por la Superintendente, por medio del cual se le impuso al Ministerio de Hacienda un lapso perentorio para la culminación del proceso de reestructuración, pues fue dictado meses después de haberse suscrito el contrato de asesoramiento con la empresa (...).

b) La suscripción de contratos de asesoramiento técnico era **meramente facultativa**, pues en el artículo 4° de la mencionada resolución simplemente se estableció que “Para la elaboración del programa de reestructuración, el Superintendente **podrá** disponer del concurso de los asesores técnicos que a estos fines requiera” (destacado nuestro).

c) El acuerdo de fecha **17-07-97**, con base en el cual la Superintendente “esperaba” que el Banco Central de Venezuela cancelase los servicios derivados del contrato de fecha **02-07-95** que no sometió a control previo, aún **no se había firmado**, sino que fue suscrito **dos años después** de celebrarse el referido contrato de asesoramiento. Por consiguiente, la propia suscripción de ese convenio y sobre todo, el pretendido pago de tales servicios a la empresa contratista por el mencionado ente financiero, **sólo** constituían, **a lo sumo**,

---

<sup>3</sup> G.O. N° 35.674 de esa fecha.

<sup>4</sup> G.O. N° 2.818 Extraordinario de 01-07-81.

**expectativas de la Superintendente**, en las cuales no podía ni debía fundamentarse jurídicamente ni en modo alguno, el no sometimiento a control previo, del contrato de asesoría en cuestión.

Justamente, por tratarse ese convenio y dicho pago, de meras expectativas, **no resultaba imprevisible la negativa** del Banco Central de Venezuela, para hacer ese pago; razón por la cual no procede invocar tal negativa como una causa extraña no imputable justificativa del no sometimiento del referido contrato de prestación de servicios, al requisito de control previo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984, vigente para la época en que se suscribió dicho contrato.

De las situaciones descritas se observa que hubo: imprevisión; demoras en la selección y contratación; incumplimiento del requisito de control previo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para el año 1995 con base en meras expectativas; errónea interpretación del mencionado artículo e igualmente, de una cláusula contractual contenida en un convenio posterior en fecha al contrato suscrito con la mencionada empresa.<sup>5</sup>

Esa serie de circunstancias son evidentemente imputables a la Superintendente, en virtud de lo cual no procede su alegato relativo a que causas extrañas no imputables a ella le impidieron someter a control previo el contrato de prestación de servicios que suscribió el 02-07-95.

La **consecuencia jurídica** de no someter el contrato correspondiente a control previo, según lo ha precisado esta Dirección de Asesoría jurídica, es su **ineficacia**,<sup>6</sup> lo que en principio, impide su pago.

Sin embargo, como también lo ha interpretado esta Dirección, los casos en que la respectiva prestación del contratista ha sido realizada a favor de la Administración, constituyen supuestos de enriquecimiento sin causa<sup>7</sup> de ésta, en perjuicio de quien realizó la prestación; en cuyo supuesto, sería tal enriquecimiento la fuente de la obligación<sup>8</sup> a cargo de la Administración, en lugar del contrato ineficaz. Para la obtención del pago corres-

---

<sup>5</sup> Ver nota al pie N° 1.

<sup>6</sup> Ver Dictamen N° DGSI-1-121 DEL 22-12-82, publicado en “dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República 1981-1984” págs. 188 a la 193.

<sup>7</sup> Ver Dictamen N° 04-00-01-649 del 17-11-97, publicado en “dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 1997” págs. 9 a la 16.

<sup>8</sup> Según el artículo 1.184 del Código Civil vigente (G.O. N° 2.990 Extraordinario del 26-07-82). “Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido”. Cabe destacar que la norma transcrita forma parte del Capítulo I del Título III de dicho código, relativo a las **fuentes de las obligaciones**.

pondiente, resulta aplicable el procedimiento previsto en el Capítulo I del Título III (artículos 30 a 37) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.<sup>9</sup>

Trasladando esas consideraciones al caso objeto de consulta, se observa que el contrato suscrito con la empresa varias veces mencionada, es ineficaz, pero si efectivamente esa contratista cumplió los servicios de asesoría que le fueron requeridos, tendría entonces derecho, con base en un enriquecimiento sin causa obtenido en perjuicio suyo por la Administración, a que se le pague la prestación realizada, para lo cual resulta aplicable el procedimiento aludido *supra*.

Memorándum N° 04-02-254 del 25 de octubre de 2000.

*Procedencia del control previo sobre la adquisición de buques por parte de PDV Marina, S.A. Modificación del criterio sostenido en Dictámenes Nos. DGSJ-1-016 del 9-7-80 y DGSJ-1-79 del 12-8-82.*

**La Contraloría General de la República no puede realizar control previo sobre la adquisición de buques por parte de PDV Marina, S.A. con fundamento en el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante, originalmente promulgada en 1973 y parcialmente reformada en 1988, pues esa norma fue derogada expresamente por los artículos 64 y 118 de la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, promulgada en 1975.**

Dictamen N° 04-02-183 del 20 de diciembre de 2000.

(...) En el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante (Gaceta Oficial N° 5.263 Extraordinario del 17 de septiembre de 1998) se señala lo siguiente:

“Toda adquisición de buques o accesorios por organismos públicos o empresas en las cuales el Estado tenga participación, o que haya de realizarse mediante el concurso de préstamos o avales de entidades oficiales, estará sometida a la aprobación previa de la Contraloría General de la República y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. El Reglamento fijará las condiciones tales como: edad de la nave, tipo de seguro marítimo, clasificación, que habrán de cumplirse en esas operaciones”.

Cabría plantearse si esta “autorización previa de la Contraloría General de la República” a que se refiere el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional equivale a “control previo del compromiso”. En tal sentido, el artículo

<sup>9</sup> G.O. N° 27.921 del 22-12-65.

11 del Reglamento de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional (Gaceta Oficial N° 30.301 del 11 de enero de 1974) establece:

“Antes de proceder a la adquisición de buques o accesorios de navegación, los organismos públicos o empresas en las cuales el Estado tenga participación remitirán el proyecto respectivo a la Contraloría General de la República, a los fines de la aprobación a que se refiere el artículo 5° de la Ley. La Contraloría General de la República examinará la justeza y la razonabilidad de los precios y la suficiencia e idoneidad de las garantías”.

**En consecuencia, esa “autorización previa” prevista en el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional sí equivale a “control previo del compromiso”. Ahora bien, esta norma se remonta a la Ley originalmente promulgada en 1973 (Gaceta Oficial N° 30.161 del 25 de julio de 1973), fecha para la cual el “control previo” era la regla general, de conformidad con lo previsto en el artículo 172, numeral 11 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Gaceta Oficial N° 1660 Extraordinario del 21 de junio de 1974)<sup>1</sup> vigente para entonces, y cuyo texto era el siguiente :**

“Son atribuciones de la Sala de Control:  
(omissis)

11) Velar porque en los suministros de toda clase de bienes, en los servicios personales prestados a las Administraciones Públicas, Entidades Administrativas e Institutos Autónomos, y en los contratos en general, se estipulen precios justos y razonables y se presten, según el caso, las garantías que se consideren necesarias; y verificar si tales suministros, servicios y contratos han sido efectivamente realizados y cumplidos, de acuerdo con las disposiciones de la Contraloría de la Nación. A los fines de esta atribución, la Sala llevará el control de los precios corrientes y actualizados de los efectos, materiales y demás bienes y servicios regularmente suministrados a las administraciones y entidades antes dichas. Los diversos departamentos del Ejecutivo Nacional y demás oficinas nacionales deberán, antes de proceder a la celebración de contratos y a la adquisición de bienes, someter los proyectos respectivos a la aprobación de la Sala de Control, sin la cual aquéllos no tendrán ningún efecto, salvo lo dispuesto en el párrafo primero de este ordinal.

(omissis)

---

<sup>1</sup> Aun cuando la última reforma de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional ocurrió en 1974, la norma **in commento** se remonta a la reforma de dicha Ley en 1960, como bien advierte Pastor DELGADO LÓPEZ (“El Control Previo en la Nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”, Revista de Control Fiscal, en lo sucesivo RCF N° 125, pp. 168-169).



**PARÁGRAFO PRIMERO.-** No obstante lo dispuesto anteriormente, la Contraloría de la Nación queda facultada para permitir a los Despachos Ejecutivos e Institutos Autónomos hacer adquisiciones, otorgar contratos y aceptar presupuestos, sin someterlos previamente a su aprobación, pero sin perjuicio del control a posteriori respecto a la sinceridad y legalidad del gasto. En estos casos la Contraloría de la Nación, mediante resolución publicada en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, establecerá los requisitos que deberán cumplirse, así como el límite del monto de tales adquisiciones, contratos o presupuestos, el cual no podrá exceder de cinco mil bolívares (Bs. 5.000,00). El control a posteriori deberá efectuarlo la Contraloría, en su sede o en el respectivo Despacho o Instituto, con una periodicidad no mayor de tres meses entre las revisiones que realice en cada organismo, y a tal efecto, pondrá especial atención en investigar los casos en que encuentre evidencia de que las adquisiciones o contratos o aceptación de presupuestos han podido agruparse y el funcionario responsable los ha fraccionado sin razón de urgencia u otra plausible y con la intención de que la operación pueda verificarse sin estar sujeta al control a priori de la Contraloría”.

Se observa en todo caso que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional no hacía referencia explícita a las empresas públicas con forma societaria –como es el caso de PDV Marina, S.A.– debido a la circunstancia de que durante mucho tiempo, se creyó que el único “establecimiento público” existente en el “Sector Público” venezolano era el Instituto Autónomo; se consideraba que el Instituto Autónomo era la única forma que podían tener las personas estatales no territoriales<sup>2</sup> por lo que el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional vino a ser la primera norma que somete al control de esta Contraloría a las empresas con participación estatal. La circunstancia de que éstas fueran sometidas a control previo –aunque estuviese circunscrito a la adquisición de buques– era coherente con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que preveía como regla general, el control previo sobre toda la Administración Pública.

**a) Artículo 64:**

“En las **empresas** en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos tengan participación, la Contraloría **sólo** podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecuaba a las decisiones adoptadas

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique: “La Distinción entre Personas Jurídicas de Derecho Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado” (Verdades y Confusiones de una Problemática), Revista de Derecho Público N° 15, jul.-sep. 1983, p. 82.

y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados; similares facultades de control podrá ejercer sobre las personas jurídicas en que las empresas del Estado tengan participación y en las demás instituciones promovidas por entes públicos”.

**b) Artículo 118:**

“Se derogan los artículos 145, 149 al 156, 158, 159, 160, 162 a 175, 177, 178, 278 al 271, 398 al 406 y 419 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y **cualesquiera otras disposiciones que colidan con la presente Ley**”.

Es evidente que el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional colidía con el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, entonces vigente, pues ésta preveía que la Contraloría “sólo” podía practicar “auditorías” y “control de gestión”, lo cual contradice la posibilidad de ejercer control previo sobre las empresas públicas de carácter societario. Más aún, el artículo 18 de esta última Ley circunscribió el control previo del compromiso a los “Despachos del Ejecutivo”, mientras que el artículo 58 previó un control preventivo potestativo en el caso de los Institutos Autónomos cuando la Contraloría comprobara que sus observaciones y recomendaciones no fueron debidamente atendidas. En cambio, como bien observa Jesús Caballero Ortiz,<sup>3</sup> “Contrariamente a la situación que se presenta con los Institutos Autónomos, **la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no ha previsto el control previo para las sociedades**” (negritas nuestras). En términos similares se expresó en su oportunidad, Enrique Silva Cimma:<sup>4</sup>

“(…) *No hay control previo sobre las Empresas*. Esto quiere decir por lo tanto, en el orden limitativo, que la **Contraloría no puede ejercer control previo sobre las empresas**. Así se deduce implícitamente de los términos de la Ley que habla de auditorías, como además de la circunstancia que respecto de los institutos autónomos tal modalidad de control no ha sido contemplada, salvo situaciones que la ley prevé y regula.

**El legislador ha estimado sin duda que el control previo puede entorpecer la marcha de las empresas y la necesaria agilidad de que debe estar revestida toda su gestión, y de allí el empleo de las expresiones sólo podrá practicar auditorías que utiliza la Ley.**

---

<sup>3</sup> “El Control Ejercido por la Contraloría General (sic) sobre las Empresas Públicas”, RCF, N° 125, cit., p. 246.

<sup>4</sup> “La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y las Empresas del Estado”, RCF N° 125, p. 27.

En otras palabras, se trata a este respecto de oponer la idea del control posterior a la del control previo, y nada más. Confirma esta circunstancia la idea de que el control de gestión, que también menciona, debe ser por esencia a posteriori” (negritas nuestras).

Puede decirse entonces que el artículo 5° de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional fue objeto de una “derogatoria expresa” por parte de los artículos 64 y 118 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975. De conformidad con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno -cf. sentencias de fecha 1-2-82;<sup>5</sup> 16-2-82<sup>6</sup> y 23-4-91<sup>7</sup> hay “derogatoria expresa”, no sólo cuando la ley determina de modo concreto la ley o disposición que queda sin efecto, sino también cuando se utiliza la fórmula de dejar sin eficacia las normas que a la ley se oponen, sin nombrarlas. Esta “derogación indeterminada” –aunque expresa– genera una colisión de leyes que debe resolverse, de acuerdo con esta jurisprudencia, atendiendo a los siguientes principios:<sup>8</sup>

- El **principio de la identidad de la materia**: si dos leyes generales regulan una misma materia, la ley posterior deroga a la anterior.
- El **principio de especialidad**: si coliden una ley general anterior y una ley especial posterior, se aplicará esta última en las partes inconciliables, manteniéndose la primera en las partes en que pueda armonizarse con la nueva legislación.
- El **principio cronológico**: la ley posterior deroga a la anterior en todo aquello que en forma absoluta la excluya.

Estando referidos los artículos 5° de la Ley de Protección de la Marina Mercante Nacional y 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República al control fiscal de las empresas (aunque el primero se refiera a una operación en particular); siendo la segunda de las normas, especial y posterior respecto de la primera, y siendo estas normas incompatibles entre sí (la segunda señala que las “empresas” sólo estarán sometidas a determinadas modalidades de control), debe considerarse que el artículo 5° de la Ley de Protección de la Marina Mercante Nacional fue expresamente derogado por el artículo 118 de

---

<sup>5</sup> PIERRE TAPIA, Oscar R.: “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia” (en lo sucesivo: JCSJ), Feb. 1982, N° 2, p. 21 ss.

<sup>6</sup> JCSJ, Feb. 1982, *cit.*, p. 145 ss.

<sup>7</sup> Revista de Derecho Público N° 46, p. 72 ss.

<sup>8</sup> Esta jurisprudencia hacía referencia igualmente al **principio de supremacía de las leyes orgánicas**, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución de 1961. No hay mención expresa en la Constitución actual, por lo que, como bien señala José PEÑA SOLÍS (“La Nueva Concepción de las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1999”, Revista de Derecho (Tribunal Supremo de Justicia N° 1, p. 160), “queda entonces por determinar si las leyes orgánicas tienen un rango superior, o distinto al de las leyes ordinarias”, cuestión sobre la cual deberá pronunciarse la jurisprudencia.



nuestras); c) “*en una ley parcialmente reformada, los preceptos no reformados rigen desde la fecha inicial de vigencia de la ley y los preceptos reformados desde la fecha de vigencia de la reforma*” (cursivas del autor). Distinto hubiera sido que en lugar de reformar unos pocos artículos, se hubiese dictado una nueva Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional, en sustitución de la anterior; allí sí se hubiese evidenciado una voluntad clara e inequívoca -aunque quizás incongruente con el resto del ordenamiento jurídico- del legislador de mantener el control previo de las operaciones de adquisición de buques por parte de empresas públicas, pero dado que el artículo 5° fue derogado por los artículos 64 y 118 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en 1975, el hecho de la reforma parcial de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional no contribuye a devolverle la vigencia a la disposición **in commento**.

El presente criterio modifica el que fuera sustentado en su oportunidad en los Dictámenes Ns. DGSJ-1-016 del 9-7-80 y DGSJ-1-79 del 12-8-82, los cuales no obstante ser posteriores a la Ley Orgánica de la Orgánica General de la República de 1975, partieron de la premisa de que el artículo 5° de la Ley de Protección de la Marina Mercante Nacional se mantenía vigente. Sin embargo, dichos Dictámenes no analizaron la incidencia que tenían los artículos 64 y 118 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975 sobre la primera norma mencionada.

Dictamen N° 04-02-183 del 20 de diciembre de 2000.



# **CONTROL INTERNO**





*Inclusión de los contralores internos entre los funcionarios sujetos a la aplicación del “Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios”.*

**La Ley Orgánica Sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales (G.O. N° 36.106 del 12-12-1996) quedó derogada expresamente por el artículo 9° del “Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios”. Ahora bien, entre los más altos funcionarios a los que se refiere ese “Régimen Transitorio”, no se menciona a los Contralores Internos de las Comisiones Legislativas de los Estados, por lo cual no les resulta aplicable este régimen especial.**

Oficio N° 04-02-87 del 20 de junio de 2000.

(...) la Ley Orgánica Sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales (G.O. N° 36.106 del 12-12-1996) quedó derogada expresamente por el artículo 9° del “Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios”, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto s/n de fecha 27 de enero del presente año (G.O.R.B.V. N° 36.880 del 28-01-2000), por lo que ya no resulta aplicable el instrumento normativo al que usted hace mención.

Ahora bien, el referido Régimen Transitorio ya ha sido objeto de estudio por parte de esta Dirección, estudio que aparece recogido en el Dictamen N° 04-02-122 del 17 de mayo de este año, en el que, además de efectuarse un análisis general de cada una de sus disposiciones, se examinó lo relativo al universo de funcionarios que se encuentran sometidos al ámbito de aplicación de ese nuevo instrumento normativo.

En la parte que nos interesa, a los fines de dar respuesta a su comunicación, el referido Dictamen expresó:

### III

#### **Ámbito subjetivo de aplicación de “El Régimen Transitorio”**

##### **a) En cuanto a las remuneraciones**

En lo concerniente a las remuneraciones, “El Régimen Transitorio”, afecta a los siguientes funcionarios:

1. Gobernadores de Estado (artículo 1°)
2. Alcaldes (artículo 2°)
3. Concejales (artículos 3°)
4. Miembros de las Comisiones Legislativas Estadales (artículo 4°)

Del análisis de los artículos que conforman “El Régimen Transitorio”, se observa que su aplicación sólo debe recaer sobre estos funcionarios, toda vez que un análisis literal de las normas permite establecer que el personal directivo o gerencial de las entidades regionales, de los institutos autónomos, empresas, fundaciones y demás instituciones que dependen de ellas, así como los órganos externos de control, vale decir las contralorías estatales y municipales, no están contempladas en “El Régimen Transitorio”, aun cuando sea considerado de alto nivel y, por ende ese personal está sujeto a las normas que sobre remuneración se hayan establecido o se establezcan en los respectivos estados y municipios.

**b) En cuanto al Beneficio de Jubilación o Pensión**

El texto del artículo 7°, es el siguiente:

‘Los Gobernadores, los Alcaldes, los miembros de las Comisiones o Consejos Legislativos de los Estados, los Concejales y los miembros de las Juntas Parroquiales se jubilarán o pensionarán, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios o el que se establezca en el marco de la seguridad social. Los Legisladores y Concejales para optar la jubilación como tales, deben cumplir como mínimos tres (3) períodos en el ejercicio de sus cargos a los fines de completar veinticinco (25) años de servicio o más’.

Se advierte de la transcripción que antecede que, solamente en cuanto a los requisitos para la jubilación o pensión, “El Régimen Transitorio” indica quienes son los sujetos pasibles de su aplicación. En ese sentido afecta a los siguientes funcionarios y a ningún otro:

1. Gobernadores de Estado.
2. Alcaldes.
3. Miembros de las Comisiones o Consejos Legislativos.
4. Concejales y
5. Miembros de las Juntas Parroquiales.

Del artículo analizado también se desprende que dichos funcionarios deberán cumplir con los requisitos de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, o los que se establezcan en el marco de la seguridad social. Es menester acotar que tanto a los legisladores estatales como a los concejales se les exige,

adicionalmente, cumplir con un mínimo de tres períodos para así completar los 25 años de servicio público.”

(...) del estudio realizado se desprende que, entre los más altos funcionarios a los que se refiere el “Régimen Transitorio”, no se menciona a los Contralores Internos de Comisiones Legislativas de los Estados, por lo cual no les resulta aplicable este régimen especial.

Oficio N° 04-02-87 del 20 de junio de 2000.



# **CRÉDITO PÚBLICO**



### *Fundaciones Municipales, competencia para realizar operaciones de Crédito Público.*

#### **Las Fundaciones Municipales no pueden legalmente realizar operaciones de crédito público.**

Memorándum N° 04-02-62 del 29 de marzo de 2000.

(...) en [los] artículos 2°, numerales 1 y 4, 34, 35 y 38 [de la Ley Orgánica de Crédito Público (Gaceta Oficial N° 35.077 del 26 de octubre de 1992)] se señala lo siguiente (lo subrayado es nuestro):

a) Artículo 2°:

“Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley:

1) La República, los Estados, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y demás personas de derecho público.

(omissis)

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

b) Artículo 34:

“Los Estados y Municipalidades y los entes por ellos creados no podrán realizar operaciones de crédito externas”.

c) Artículo 35:

“Los Estados, las Municipalidades y los entes por ellos creados, no podrán realizar operaciones de crédito público interno sin la autorización del Congreso de la República mediante ley especial (...)”.

d) Artículo 38:

“Los institutos autónomos y todas las personas jurídicas que no revistan el carácter de sociedades mercantiles, así como las fundaciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas referidas en el artículo 2° de la presente Ley, no podrán realizar operaciones de crédito público”.

(omissis)

De la lectura de estas disposiciones se observa:

a) En primer término, que ni las Municipalidades ni los entes creados por éstas pueden realizar operaciones de crédito público externas.

b) En segundo lugar, en cuanto a las operaciones de crédito público internas, se observa que si bien el artículo 35 de la Ley Orgánica de Crédito Público establece una condición para que los entes creados por los Municipios, cualquiera que sea su tipología,

puedan realizar operaciones de crédito público internas (una ley especial de la Asamblea Nacional, institución que la nueva Constitución crea en sustitución de Congreso), se desprende del artículo 38 **ejusdem** que la expresión “entes por ellos creados”, prevista en el mencionado artículo 35, debe interpretarse restrictivamente, es decir, que está referida únicamente a las sociedades mercantiles creadas por la República, los Estados y Municipios.

En virtud de lo expuesto, debe concluirse que las Fundaciones Municipales no pueden legalmente realizar operaciones de crédito público, entre éstas, la apertura de créditos de cualquier naturaleza y la constitución de garantías en favor de terceros conforme se hace referencia en la consulta, y que la contravención de esta prohibición, contenida en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Crédito Público, es causal de responsabilidad administrativa de conformidad con el artículo 113, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995).

Memorándum N° 04-02-62 del 29 de marzo de 2000.

*Alcance de los literales b) y c) del artículo 4° de la Ley Orgánica de Crédito Público.*

**En el caso de que las fundaciones del Estado accedan a líneas de crédito o préstamos, habrán realizado operaciones que generan deuda pública, tal y como lo dispone el artículo 4°, literal b) de la Ley Orgánica de Crédito Público. De igual manera, si alguna Fundación del Estado celebra un contrato cuyo objeto sea la adquisición de un inmueble bajo la modalidad de pago del precio al contratista en uno o más ejercicios fiscales posteriores al vigente, se genera deuda pública, pero en este caso conforme al literal c) del mismo artículo 4° de la Ley. Ahora bien, en la Ley Orgánica de Crédito Público -artículo 38- existe una prohibición para las fundaciones del Estado de realizar operaciones de crédito público, de haberse incurrido en ello, tal situación constituiría un hecho generador de responsabilidad administrativa conforme al artículo 113, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.**

Memorándum N° 04-02-124 del 29 de mayo de 2000.

Sobre los particulares consultados la Dirección a su cargo emitió opinión sobre la base del caso concreto a que se contrae la consulta, y concluyó que “...los préstamos suscritos entre dicha Fundación (léase: Fundación Fondo Andrés Bello para el Desarrollo Científico de la Universidad Central de Venezuela) y el Banco de Inversiones (...), constituyen presuntamente una operación de crédito público de acuerdo a lo establecido en los literales b) y c) del artículo 4° de la Ley Orgánica de Crédito Público, realizada en contravención a



lo estipulado en el artículo 38, ejusdem, y que de verificarse tal conducta pudiera ser generadora de responsabilidad administrativa conforme al numeral 14 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las sanciones previstas en dicha Ley y la acción penal que pudiera derivarse conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.”

En este orden de ideas, cabe indicar que esta Dirección de Asesoría Jurídica, compare en forma general el análisis que se hace en la consulta respecto al artículo 4° de la Ley Orgánica de Crédito Público, cuyos literales consagran cómo puede originarse la deuda pública en Venezuela, la fuente de ella, es decir, las operaciones que generan deuda pública. Sin embargo, en lo que atañe a los literales b) y c), sobre cuyo alcance se solicitó opinión, cabe precisar lo siguiente:

El literal b) establece “la apertura de crédito de cualquier naturaleza” como una fuente de la deuda pública. Sobre este particular, es necesario advertir que en la doctrina se define “la apertura de crédito” en un sentido estricto, como la operación por la cual una entidad crediticia “... mediante una comisión que percibe del cliente, se obliga a poner a disposición de éste, dentro del límite pactado, a medida de sus requerimientos y por un tiempo determinado o indefinido, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente” (Véase Dr. Manuel Govea Leininger. “Operaciones Bancarias”. Ediciones Fabreton. Caracas 1988. Pág. 117). Cita este autor, que una de las construcciones jurídicas mejor elaboradas con el fin de explicar la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito es la de Messineo, según el cual las partes por el sólo consentimiento perfeccionan el contrato, asumiendo el acreditante “una única y original obligación total en blanco, de la cual el acreditado se reserva determinar el modo de cumplimentarla, el cual aún pudiendo asumir diversos aspectos, no desfigura jamás su índole fundamental” (Obra citada. Pág. 123). El elemento fundamental del contrato es el “acreditamiento”, o sea la posibilidad dada al acreditado de acudir al patrimonio del acreditante, hasta concurrencia de una suma determinada sobre la cual tiene una facultad de disposición, entendida dicha facultad no como posesión o propiedad de la cantidad sino como un derecho subjetivo personal líquido y exigible.

Las nociones a las que nos hemos referido para entender de que trata la apertura de crédito aluden a un sólo tipo de operación crediticia que pueda realizar la banca; pero, la Ley Orgánica de Crédito Público no sólo se refiere a este tipo de operación, toda vez que agrega en el literal b) de su artículo 4° la frase “de cualquier naturaleza”, por lo que entiendo de esta Dirección que se extiende no solo la apertura de crédito propiamente dicha, sino cualquier operación en la que se abra un crédito y por ende vincule a un deudor con un acreedor ya no de la manera explicada sino, por ejemplo a través de un contrato de préstamo como lo señala el profesor Casado Hidalgo en su obra “Temas de Hacienda Pública”. (Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas 1978. Pág. 342 y ss.)

En este sentido, el conocido profesor Casado Hidalgo señala que la apertura de créditos a que alude la Ley Orgánica de Crédito Público, “en nada difiere de la propia actividad bancaria o crediticia privada: el deudor se somete a una serie de condiciones (que pueden nacer de la adhesión o de un acuerdo) que permitan al prestamista o acreedor supervisar el uso de los fondos dados en préstamo, y sujetar dicho uso al hecho de que el deudor compruebe que efectivamente los ha invertido en el objetivo que se tuvo como fuente o razón de ser del otorgamiento del crédito.” Pues bien, cualquier actividad crediticia, sin distingo alguno, que –a través de cualquier modalidad de otorgamiento del crédito– se contrate para la obtención y aplicación de recursos a determinados planes de las entidades públicas a que se contrae el artículo 2° de la Ley Orgánica de Crédito Público, constituye por definición de la misma Ley, una operación de crédito público.

Por su parte, el literal c) señala lo siguiente: “La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de uno o más ejercicios fiscales posteriores al vigente”. Este supuesto, a juicio de esta Dirección, alude a un caso diferente a la “apertura de crédito” que ya hemos explicado, pues para la configuración de este supuesto (literal c) generador de deuda pública no es necesario acceder a una línea de crédito o a un préstamo, sino que lo esencial es que se conjuguen simultáneamente los supuestos de la norma, esto es, la existencia de un contrato celebrado por una entidad sometida a la Ley Orgánica de Crédito Público, que tenga por objeto la construcción de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicio, bajo la modalidad de pago total o parcial del precio en varias anualidades o como dice la norma, abarcando “uno o más ejercicios fiscales posteriores al vigente”. Se trata por tanto, de un supuesto generador de deuda pública para cuya configuración es completamente indiferente la fuente de los recursos para el pago, como por ejemplo los provenientes de líneas de créditos o préstamos.

Ahora bien, como quiera que la consulta se refiere a un caso específico y requiere además que se determine “si la compra de un inmueble por parte de una Fundación de Estado, mediante créditos suscritos con una institución bancaria, constituye una operación de crédito público, realizada en contravención a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Crédito Público”, resulta necesario advertir que la opinión que esta Dirección emita sobre el indicado aspecto de la consulta no prejuzga acerca del caso específico a que la misma se refiere, ya que no sólo la competencia al respecto corresponde precisamente a la Dirección consultante sino que la resolución que se adopte sobre dicho caso específico deberá apoyarse en los elementos de juicio contenidos en el expediente que eventualmente pueda sustanciarse al efecto.

Dicho lo anterior se observa, que la apertura de crédito por parte de una fundación del Estado en los términos amplios a que nos hemos referido ut supra, es decir en el caso de que dichas fundaciones accedan a líneas de crédito o préstamos habrán realizado operaciones que generan deuda pública, tal y como lo dispone el artículo 4°, literal b) de la Ley

Orgánica de Crédito Público. De igual manera, si alguna Fundación del Estado celebra un contrato cuyo objeto sea la adquisición de un inmueble bajo la modalidad de pago del precio al contratista en uno o más ejercicios fiscales posteriores al vigente, se genera deuda pública, pero en este caso conforme al literal c) del mismo artículo 4° de la Ley.

Ahora bien, visto que expresamente, en la Ley Orgánica de Crédito Público –artículo 38– existe una prohibición para las fundaciones del Estado de realizar operaciones de crédito público, de haberse incurrido en ello, tal situación constituiría un hecho generador de responsabilidad administrativa conforme al artículo 113, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Memorándum N° 04-02-124 del 29 de mayo de 2000.



# **DERECHO ADMINISTRATIVO**



*Carácter de “función pública” de la actividad desempeñada por los “interventores” de instituciones financieras. Ratificación del Dictamen N° 04-02-124 del 2-6-2000.*

**La intervención de los bancos reviste el carácter de “función pública” por cuanto: a) Está prevista en un instrumento jurídico de Derecho Público contentivo de normas de Derecho Público, específicamente de “policía financiera”; b) Es una actividad realizada por la Administración condiciones de “supremacía” frente a los particulares; c) Se lleva a cabo a través de formas organizativas de Derecho Público; d) Tiene el carácter de procedimiento administrativo y acto administrativo recurrible por ante la jurisdicción contencioso-administrativa; e) Puede implicar la realización de actos sujetos al Derecho Privado, sin desnaturalizar su carácter público y f) Es excluyente de los procedimientos concursales de quiebra y atraso.**

Dictamen N° 04-02-173 del 25 de octubre de 2000.

Como bien se señala en la “Enciclopedia Jurídica Básica”,<sup>1</sup> “El término Función Pública se define a partir de tres elementos: el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, el régimen jurídico al cual están sometidos y la organización que les encuadra”. Nos corresponde entonces definir cuáles son las notas que definen el carácter de “función pública” de la intervención de los bancos:

**1) La previsión de la “intervención” de los bancos en instrumentos jurídicos de Derecho Público, y además contentivos de normas de Derecho Público:**

La función administrativa de “intervención” de bancos e instituciones financieras está prevista en instrumentos jurídicos de Derecho Público, en Leyes, y concretamente, en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Gaceta Oficial N° 4.649 Extraordinario del 19 de noviembre de 1993) y la Ley de Regulación Financiera (Gaceta Oficial N° 36.868 del 12 de enero de 2000). No se trata de actividades reguladas por instrumentos jurídicos de Derecho Privado, en Estatutos.

Pero además, estas Leyes constituyen normas de Derecho Público, referidas a la actividad de “policía financiera”, consistente en la regulación de los recursos financieros, mediante la autorización para el funcionamiento de los bancos, la fiscalización de la liquidez, solvencia, contabilidad y balances de estas instituciones y la competencia sancionatoria o contravencional.<sup>2</sup> Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa

---

<sup>1</sup> *Voz “Función Pública” (D.º Administrativo)*, definida por L. Ortega Álvarez, V. II, COR-IND, Madrid, Civitas (Enciclopedias Jurídicas Civitas), 1995, p. 3.182.

<sup>2</sup> DROMI, José Roberto: “Manual de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 154-155.

sostuvo en sentencia de fecha 14-8-96,<sup>3</sup> que el procedimiento de intervención de los bancos constituye materia “(...) relativa **al ejercicio de los poderes de disciplina, supervisión y control de un sector de la actividad económica, como lo es el integrado por las instituciones que conforman el sistema financiero y crediticio**, llamados a desplegar una función clave dentro del sistema económico general, mediante la captación de recursos del público y la intermediación en el crédito en las que juega un papel trascendental la confianza y la buena fe de la colectividad, a las que busca el ordenamiento jurídico tutelar y brindar debida protección, mediante el establecimiento de una intervención dirigida a (...) **disciplinar, supervisar y controlar el ejercicio de tales actividades** por parte de las sociedades mercantiles creadas y autorizadas al efecto” (negrillas nuestras).

Aparte de lo señalado, reiteramos lo expuesto en nuestros Dictámenes Nos. 04-00-01-206 del 14-10-99 (pp. 5-7) y 04-02-124 del 2-6-2000 (p. 16).<sup>4</sup>

## **2) La posición de “supremacía” de la Administración para ejercer la función de “policía financiera”:**

Para ejercer esta función de “policía financiera”, la Administración debe tener una posición de “supremacía” frente a los particulares, que en este caso son las instituciones financieras. La profesora Hildegard Rondón de Sansó<sup>5</sup> hace referencia a los principios rectores de la actividad administrativa de Derecho Público, entre los cuales se encuentra el de “supremacía de la Administración”, el cual define en los siguientes términos:

“El principio de supremacía de la Administración, tal como lo indica su nombre, es aquél en virtud del cual **no existe paridad de condiciones entre ambos sujetos**, ya que la primera se presenta dotada de potestades públicas que ejerce al actuar, así como de privilegios que la colocan en un régimen de excepción en relación con el que rige a los particulares tanto en la esfera extrajudicial como dentro de ella. Este principio deriva de un precepto general de Derecho Público en virtud del cual **el interés público prevalece sobre el interés individual, y siendo la Administra-**

---

<sup>3</sup> Tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/). Reiterada en sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha :a) 3-3-97; b) 28-5-97; c) 16-12-97; d) 15-1-98; e) 7-1-99 y f) 24-11-99 (todas ellas tomadas de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/))

<sup>4</sup> Igualmente, rechazamos la opinión (...) [que] califica la actividad del interventor como “función de interés público o social” y “actividad administrativa de derecho privado”. En todo caso, se trata de una “función pública”, y como veremos **infra**, una actividad administrativa que, además, está sometida en parte al Derecho Privado.

<sup>5</sup> RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos Internos”, Caracas, EJV-UCV, 1986, 2ª. Ed., pp. 43-44.



**ción la tutora del primero**, debe estar ubicada en una posición de tal naturaleza que le permita su satisfacción. En efecto, la actividad administrativa sometida al Derecho Público, implica, para los órganos que la actúan, el ejercicio de potestades, esto es, de cargas públicas que los obligan y los facultan para dictar actos capaces de incidir sobre la esfera jurídica subjetiva de los administrados y, asimismo, para ejecutar dichos actos con fuerza autoritaria (**sic**) (...)” (negrillas nuestras).

Sobre este punto de la “supremacía” hay una referencia en el Dictamen N° 04-02-124 del 2-6-2000 (p. 12).

### **3) La estructura organizativa creada para llevar a cabo la función de intervención de bancos:**

Hasta 1993, la Superintendencia de Bancos, así denominada entonces, constituía un órgano “desconcentrado” del Ministerio de Hacienda.

A partir de 1993, la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras convierte a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en “instituto autónomo”.<sup>6</sup>

En 1995, sin embargo, la Ley de Emergencia Financiera (Gaceta Oficial N° 4.931 Extraordinario del 6 de julio de 1995; reformada ese mismo año: Gaceta Oficial N° 35.580 del 1° de diciembre de 1995; nuevamente reformada en 1999: Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999) atribuyó a la Junta de Emergencia Financiera -órgano “desconcentrado” del Ministerio de Hacienda<sup>7</sup> originalmente creado por las “Normas para Regular la Emergencia Financiera y Reorganización del Sistema Financiero” (Gaceta Oficial N° 35.492 del 29 de junio de 1994; reformadas en 1995: Gaceta Oficial N° 35.666 del 7 de marzo de 1995)- la función de intervención de las instituciones financieras.<sup>8</sup> Esto se mantiene en la vigente Ley de Regulación Financiera, pues la función de

---

<sup>6</sup> CABALLERO ORTIZ, Jesús: “Los Institutos Autónomos”, Caracas, EJV- FUNEDA, 1995, 3ª. Ed., pp. 236, 269 y 325. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras no califica expresamente a dicha Superintendencia como “instituto autónomo”, aun cuando ello se deduce por su conversión en tal por ley, y el otorgamiento de personalidad jurídica y patrimonio propio.

<sup>7</sup> En cuanto al carácter de “órgano desconcentrado” de la Junta de Emergencia Financiera, pueden verse sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha: a) 7-8-96 (Revista de Derecho Público, en lo sucesivo RDP N° 67-68, jul.-sep. 1996, pp. 145-146); b) 21-11-96 (PIERRE TAPIA, Oscar R.: “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en lo sucesivo JCSJ, Nov. 1996, N° 11, pp. 16-17); c) 21-5-97 (tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)); y d) 18-2-99 (JCSJ, Feb. 1999, N° 2, p. 9).

<sup>8</sup> La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras conserva la función de intervención de las llamadas “empresas relacionadas” (artículo 17 de la Ley de Regulación Financiera).

intervención está atribuida a la Junta de Regulación Financiera, como ahora se denomina la original Junta de Emergencia Financiera.

Tanto la “desconcentración administrativa” como la “descentralización funcional” mediante la creación de institutos autónomos, constituyen modelos organizativos propios del Derecho Público, de lo cual se presume el carácter de “función pública” de la actividad realizada por los “interventores” de bancos.<sup>9</sup>

**4) La intervención de los bancos como “procedimiento administrativo” y “acto administrativo”, de naturaleza organizativa, recurrible por ante la jurisdicción contencioso-administrativa:**

Gonzalo Pérez Luciani, al tratar el tema de la intervención administrativa de los bancos,<sup>10</sup> habla por una parte, del “proveimiento o acto administrativo que interviene un banco o instituto de crédito”, producto de un procedimiento (administrativo) “ablatorio”,<sup>11</sup> aunque con finalidad de control; y por otra parte, se refiere a “Un **acto de naturaleza organizativa** como es la designación del ‘titular’ o del sujeto del ordenamiento que va a desempeñar el papel de la figura subjetiva que ha sido denominada por la doctrina como **munus**,<sup>12</sup> esto es, la designación del interventor” (negritas nuestras). Más concretamente, el inter-

---

<sup>9</sup> Hay sin embargo, casos en los que se encomienda a estas figuras organizativas la realización de actos de Derecho Privado, vgr. el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, instituto autónomo que realiza actividades de intermediación financiera. Aún así, y con excepción del personal obrero, se considera que el personal al servicio de estos órganos y entes conserva la cualidad de “funcionarios públicos”, y por lo tanto sometidos a la Ley de Carrera Administrativa, sobre lo cual haremos referencia **infra**.

<sup>10</sup> PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: “La Intervención Administrativa de los Bancos o Institutos de Crédito”, RDP N° 18, abr.-jun. 1984, pp. 47-48.

<sup>11</sup> Este carácter “ablatorio” viene dado por el hecho de que la intervención de los bancos y otras instituciones financieras constituye, tal como se señaló en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia del 7-1-99 (tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)), “(...) un acto del Poder Público que comporta una intromisión en actividades privadas, en virtud del cual se priva de la posesión y administración de una sociedad a sus accionistas, en forma temporal”.

<sup>12</sup> El administrativista italiano Massimo Severo GIANNINI (“Derecho Administrativo. Volumen Primero”, trad. del italiano, Madrid, MAP-Colección Estudios, 1991, p. 144) define el munus, vocablo del **Codex Iuris Canonici**, como “un sujeto (en sentido estricto) que, en base a una norma de ordenamiento, recibe la misión de estar al cuidado de algo que interesa a los demás”. Continúa GIANNINI (o.c., p. 145) señalando que “El interés confiado al cuidado del **munus** es ajeno: puede ser de otro sujeto (o de otra figura subjetiva) privado, y entonces tenemos la figura del oficio privado; puede ser de la colectividad, y tenemos un oficio público”. Pérez Luciani (o.c., p. 53) habla de **munus** privado y munus público. Ejemplos de **munera** (nominativo plural neutro de munus) son los representantes legales de un menor (padres o tutores). En cuanto a **munera** públicos, podemos mencionar a los depositarios judiciales y a los síndicos de atraso y quiebra (**ibídem**).

ventor constituye un **munus** u oficio público, por cuanto como bien se señala en dos sentencias, una de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil del 11-7-85 y otra del Juzgado Quinto en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 8-10-85,<sup>13</sup> la intervención del Estado a las instituciones financieras procura la salvaguarda de los depositantes y acreedores, así como también, el prestigio del sistema financiero. Por su parte, Pérez Luciani<sup>14</sup> señala, en relación con el Interventor, que “Su función de **munus** es cuidar del **interés de la sociedad intervenida** y atender, **además, al interés público de depositantes, acreedores y estabilidad del sistema bancario. El interés privado de los accionistas pasados y presentes y sus negocios, inclusive los denominados ‘para-sociales’ quedan fuera de la esfera de actuación del Interventor**” (negrillas nuestras).<sup>15</sup>

Como acto administrativo, de efectos particulares y predominantemente discrecional, tal como lo caracteriza Alberto Blanco-Uribe Quintero,<sup>16</sup> es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En la actualidad, la Junta de Regulación Financiera, antes denominada Junta de Emergencia Financiera, ejerce la función de intervención de las instituciones financieras, originalmente atribuida a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículo 3° de la Ley de Regulación Financiera). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, señaló mediante sentencias de fecha 7-8-96,<sup>17</sup> 21-11-96,<sup>18</sup> 21-5-97<sup>19</sup> y 18-2-99<sup>20</sup> que los actos de la Junta de Emergencia Financiera –ahora Junta de

---

<sup>13</sup> Ambas citadas por BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto: “Naturaleza Jurídica y Revisión del Acto de Intervención de un Ente Financiero”, Revista de Derecho Privado N° 3-2, Abr.-Jun. 1986, p. 10.

<sup>14</sup> PÉREZ LUCIANI, o.c., p. 55.

<sup>15</sup> En tal virtud, debe rechazarse la posición (...) [que sostiene que] “El beneficiario directo de las actividades realizadas por el interventor es el ente intervenido”, pues como bien se deduce de lo señalado por Pérez Luciani, la “intervención” va incluso más allá del interés de la institución intervenida; más aún, puede afirmarse que es más importante el resguardo del interés de los depositantes y acreedores y el de la estabilidad financiera, incluso a costa de la liquidación administrativa de la institución financiera.

<sup>16</sup> BLANCO-URIBE QUINTERO, o.c., pp. 14-17. También Jaime Luis MARTÍNEZ ESTÉVEZ (“Algunos Aspectos Jurídicos de la Intervención de los Institutos de Crédito”, Revista de Derecho Privado N° 2-2, Abr.-Jun. 1985, p. 35) señala, en relación con los actos de intervención de las instituciones financieras, que “partiendo de la tesis del órgano que dicta el acto y considerando la finalidad del mismo **son actos administrativos**” (negrillas nuestras).

<sup>17</sup> RDP N° 67-68, cit., p. 315.

<sup>18</sup> JCSJ, Nov. 1996, cit., pp. 16-17.

<sup>19</sup> Cit., vid. nota 7.

<sup>20</sup> JCSJ, Feb. 1999, cit., pp. 7-9.

Regulación Financiera– eran recurribles por ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que como su propio nombre lo indica, es un tribunal especializado en materia contencioso-administrativa,<sup>21</sup> aparte de estar igualmente especializado en el conocimiento de las acciones de amparo constitucional contra algunos órganos de la Administración Pública cuyo conocimiento no está reservado al Tribunal Supremo de Justicia. También la propia Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha admitido explícitamente su competencia para conocer de dichos actos.<sup>22</sup> Actualmente, la Ley de Regulación Financiera prevé expresamente en su artículo 71 que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para dirimir las controversias que se susciten con motivo de las decisiones de la Junta de Regulación Financiera, mientras que el artículo 72, numeral 1 dispone que las acciones de amparo contra las decisiones de la Junta de Regulación Financiera son de la competencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

**5) El carácter de funcionario público de los interventores de bancos. La existencia de funciones públicas de carácter accidental:**

Como ya se señaló *supra*, la función de intervención de los bancos -que el artículo 161, numeral 5 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras atribuyó originalmente a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras- está encomendada a la Junta de Regulación Financiera, de conformidad con el artículo 3° de la Ley de Regulación Financiera.

De conformidad con el artículo 2° de la mencionada Ley de Regulación Financiera, esta Junta de Regulación Financiera está integrada por cinco miembros: el Ministro de Finanzas, quien la preside; el presidente del Banco Central de Venezuela; el Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras; el Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos (FOGADE) y una persona designada por el Presidente de la República, quien actuará como Director Ejecutivo de la Junta. El propio aparte único de la misma norma, en su literal “c” atribuye a esta Junta la función de designar y remover a los interventores, lo cual es indicativo de la relación de prestación de servicios existente entre la Junta de Regu-

---

<sup>21</sup> La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993, consagró expresamente la competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para conocer de los recursos contenciosos-administrativos de nulidad contra las decisiones de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículo 300). Con anterioridad, la Ley General de Bancos y Otras Institutos de Crédito de 1988 (Gaceta Oficial N° 4.021 del 4 de febrero de 1998) señalaba que los actos administrativos emanados del Superintendente de Bancos causaba estado en una única instancia administrativa (artículo 213).

<sup>22</sup> **Vid.** sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 30-1-97 (PIERRE TAPIA, Oscar R. “Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia”, en lo sucesivo, JTUI, Ene. 1997, N° 1, pp. 14-15).

lación Financiera y el “interventor” de un banco,<sup>23</sup> más aún, si tomamos en cuenta el hecho de que, de conformidad con el artículo 58 de la Ley de Regulación Financiera, corresponde igualmente a la Junta de Regulación Financiera fijar la remuneración o retribución que recibirán los interventores.<sup>24</sup>

Si hemos partido de la premisa de que la intervención constituye una función pública y una actividad administrativa, y si además, el interventor es nombrado y removido por la Junta de Regulación Financiera, órgano desconcentrado del Ministerio de Finanzas, forzosamente debemos llegar a la conclusión de que el “interventor” es un “funcionario público”, y como tal, sujeto a la Ley de Carrera Administrativa, régimen estatutario aplicable a la Administración Pública Central (dentro de la cual se cuenta la Junta de Regulación Financiera) y a los entes descentralizados con forma de Derecho Público, especialmente, los Institutos Autónomos (entre los que se encuentra la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras). Sólo el personal obrero al servicio de la Administración Central y de los entes descentralizados con forma de Derecho Público está regido por la Ley Orgánica del Trabajo; ésta sólo se aplica a los funcionarios públicos en materias específicas. Viene al caso esta disertación, por cuanto la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) (Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinario del 28 de enero de 1978; reforma parcial: Gaceta Oficial N° 5.398 Extraordinario del 26 de noviembre de 1999) prevé en su artículo 34, que antes era el 37, que los trabajadores de este Instituto Autónomo no tenían el carácter de “funcionarios públicos”, y por tanto no están sujetos a la Ley de Carrera Administrativa. Esto llevó inicialmente a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a declarar, mediante sentencias de fecha 31-5-93<sup>25</sup> y 13-8-93<sup>26</sup> y que el Tribunal de la Carrera Administrativa era incompetente para conocer de las controversias que se suscitasen entre IPOSTEL y sus empleados. Sin embargo, el profesor Allan R. Brewer-Carías, en su ponencia “La Interaplicación del Derecho Público a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo”, en el marco de las “II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo” que llevan su nombre,<sup>27</sup> consideró que la exclusión

---

<sup>23</sup> En este sentido, debe rechazarse (...) la afirmación de (...) que los interventores son particulares al servicio de los entes intervenidos.

<sup>24</sup> Existía una norma similar en el artículo 58 (enumeración según la reforma de 1999) de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera. En este sentido, debe rechazarse la opinión (...) de que “Los interventores de bancos (...) perciben honorarios pagados por el banco o institución financiera contra quien se tomó la medida cautelar con cargo a los costos de la Intervención”, pues se trata de una afirmación sin base legal que la sustente.

<sup>25</sup> RDP N° 53-54, ene.-jun. 1993, pp. 287-289.

<sup>26</sup> RDP N° 55-56, jul.-sep. 1993, pp. 392-393.

<sup>27</sup> “II Jornadas de Derecho Administrativo ‘Allan R. Brewer-Carías’ - Las Formas de la Actividad Administrativa”, Caracas, FUNEDA, 1996, pp. 39-40.

del personal de IPOSTEL de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa era inconstitucional, por violar el artículo 122 de la Constitución de 1961 –hoy, 144 de la Constitución vigente– que preveía –y aún hoy se prevé– un régimen estatutario para los funcionarios públicos. A esta opinión se sumaron sendos votos salvados de Gustavo Urdaneta Troconis y Alexis Pinto D’Áscoli<sup>28</sup> (ex-Magistrados de dicho Tribunal) a las mencionadas sentencias. Con posterioridad a estas “Jornadas”, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo revirtió su criterio, desaplicando por inconstitucional, en base a los argumentos antes expuestos, el artículo 37 -hoy 34- de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) en más de veinte<sup>29</sup> sentencias dictadas en 1997: a) 12-2-97 (cuatro sentencias);<sup>30</sup> b) 19-2-97;<sup>31</sup> c) 20-2-97 (dos sentencias);<sup>32</sup> d) 6-3-97 (ocho sentencias);<sup>33</sup> e) 20-3-97;<sup>34</sup> f) 1-4-97 (dos sentencias);<sup>35</sup> g) 2-4-97;<sup>36</sup> h) 16-4-97;<sup>37</sup> i) 29-4-97;<sup>38</sup> j) 6-5-97<sup>39</sup> y k) 4-10-97.<sup>40</sup> Esta desaplicación llevó a dicha Corte a reafirmar la competencia del Tribunal de Carrera Administrativa para conocer de las controversias que se susciten entre IPOSTEL y sus empleados, que entonces sí se consideran funcionarios públicos.

En consecuencia, si la jurisprudencia considera que –salvo el personal obrero– los trabajadores al servicio de un Instituto Autónomo, ente descentralizado, son funcionarios públicos, independientemente de lo que establezca la Ley, con más razón, debemos considerar “funcionario público” a una persona cuyo nombramiento, remoción y remuneración corresponde a un órgano “desconcentrado” de la Administración Central, como es la Junta de Regulación Financiera.

<sup>28</sup> Cit. BREWER-CARÍAS, “La Interaplicación (...)”, o.c., pp. 39-40.

<sup>29</sup> Conforme se desprende del repertorio de “Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia” de Oscar R. Pierre Tapia y la compilación electrónica “Microjuris” ([www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

<sup>30</sup> Casos: a) Gladys Pérez de Ocanto (JTUI; Mar. 1997, N° 3, pp. 142-148); b) Adrián Ramírez; c) Guillermo Albornoz; d) José Alejandro Medina S. (estos tres últimos casos tomados de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

<sup>31</sup> JTUI, Feb. 1997, N° 2, pp. 130-133.

<sup>32</sup> Casos: a) Antonio J. Isea Toyo y b) Plácido A. Rodríguez (tomados de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

<sup>33</sup> Casos: a) María Arellano Mora; b) Carmen Méndez Zambrano; c) Gladys González de Chivico; d) José Vicente Betancourt; e) Epiménides Arellano R.; f) Dylcia del Carmen Ontiveros; g) Luis J. García Marcano; y h) Ciro R. Morillo (tomados de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

<sup>34</sup> Tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/).

<sup>35</sup> Casos: Levis S. Salas y Armando Utrera R. (tomados de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

<sup>36</sup> Tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/).

<sup>37</sup> JTUI, Abr. 1997, N° 4, pp. 125-126.

<sup>38</sup> Tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/).

<sup>39</sup> JTUI, May. 1997, N° 5, pp. 147-152.

<sup>40</sup> Tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/).

La circunstancia de que el interventor dure en sus funciones un tiempo no mayor del que dure la intervención –podría permanecer menos tiempo, si fuese removido por la Junta de Regulación Financiera, antes del cese de la intervención– no le quita su condición de funcionario público; tal vez, no pueda considerársele “funcionario de carrera”, por no gozar de estabilidad y permanencia en el ejercicio de sus funciones, pero al fin y al cabo, es funcionario público.

Generalmente, se tiende a clasificar a los cargos públicos, de acuerdo con su duración, en “permanentes” y “temporales”. Así, se habla de cargos permanentes en referencia a aquéllos que confieren su titularidad a quien ha sido designado para ellos por un lapso indeterminado, mientras que los temporales sólo acuerdan tal titularidad durante el período de tiempo para el cual han sido previstos.<sup>41</sup> Sin embargo, existe una tercera categoría, la de los cargos “accidentales”, es decir, aquéllos que se ejercen única y expresamente para la ejecución y actuación que les ha sido encomendada.<sup>42</sup>

El cargo “accidental” tiene incluso consagración constitucional en el artículo 148 de nuestra Carta Magna (Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000), como una excepción al principio de incompatibilidad de dos destinos públicos remunerados. Este principio es reiterado en el artículo 31 de la Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial N° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975)<sup>43</sup>, norma que prevé además, que “El ejercicio de los cargos (...) accidentales (...) declarado por Ley compatible con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste, en conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley”. En este sentido, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial N° 36.630 del 27 de enero de 1999) prevé que “Quienes presten servicio a la Administración Pública Nacional tendrán derecho a que se les conceda un permiso de hasta seis horas semanales para desempeñar cargos (...) accidentales (...) cuando tales actividades no

---

<sup>41</sup> **Vid.** sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha: a) 27-3-85 (RDP N° 22, abr.-jun. 1985, pp. 198-199); b) 13-2-86 (RDP N° 25, ene.-mar. 1986, pp. 156-158).

<sup>42</sup> **Vid.** sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha 24-2-81, RDP N° 6, abr.-jun 1981, p. 184.

<sup>43</sup> En este sentido, debe rechazarse (...) la afirmación (...) [según la cual,] “de estimarse procedente la tesis según la cual los Interventores designados de conformidad con el artículo 255 (sic) de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras son funcionarios públicos, de carácter temporal (sic), se estaría admitiendo la existencia de una categoría de funcionarios públicos **no regulados en la Ley de Carrera Administrativa** (artículos 2 y 4), ni el Decreto N° 211 de fecha 02 de julio de 1974, contentivo de los cargos de alto nivel o de confianza excluidos de la carrera administrativa (...)” (negrillas nuestras). No se trata de una “tesis”: ya vimos que los cargos “accidentales” tienen consagración en el artículo 148 de la Constitución, 31 de la Ley de Carrera Administrativa y en muchas otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

menoscaben el cumplimiento de sus labores”. No obstante, señala la misma norma que “Si el cargo accidental requiere tiempo completo para su desempeño el permiso será concedido sin remuneración”.

La jurisprudencia<sup>44</sup> y la doctrina<sup>45</sup> han llegado incluso a considerar como “función pública accidental”, la que ejerce, por ejemplo, el “defensor ad litem” a que se refieren los artículos 223 y 224 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990), en virtud de que es nombrado por el Tribunal de la causa, no obstante que: a) dicho Código no los califica expresamente como “funcionarios”;<sup>46</sup> b) de conformidad con el artículo 226 ejusdem, “Los honorarios del defensor y las demás litisexpensas se pagarán de los bienes del defendido, conforme lo determine el Tribunal, consultando la opinión de dos abogados sobre la cuantía”; c) pueden ejercer la profesión, cuando se trata de abogados de libre ejercicio.<sup>47</sup>

Del mismo modo, y en virtud de su nombramiento por parte de una autoridad administrativa -que en la actualidad es la Junta de Regulación Financiera, como señalamos supra- debe considerarse función pública “accidental” la que ejerce el interventor de una institución financiera,<sup>48</sup> quien -como señalamos **supra**- ejercerá dicho cargo, a lo sumo, mientras subsista el régimen de intervención.

Aparte de estas consideraciones previas sobre la condición de “funcionarios públicos” -y más específicamente funcionarios públicos “accidentales”- que ostentan los interventores de bancos, reiteramos lo dispuesto en nuestros Dictámenes Nos. 04-00-01-206 del 14-10-99 (pp. 4-5 y 7-9) y Memorándum N° 04-02-124 del 2-6-2000 (pp. 9-18).

---

<sup>44</sup> Con respecto a la jurisprudencia, nos remitimos a lo expuesto en el Dictamen N° 04-02-124 del 2-6-2000 (pp. 9-10).

<sup>45</sup> RENGEL ROMBERG, Aristides: “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el Nuevo Código de 1987”, V. II - “Teoría General del Proceso”, Caracas, ed. del autor, 1999, 7ª ed., p. 256; CUENCA, Humberto: “Derecho Procesal Civil”, T. II - “La Competencia y Otros Temas”, Caracas, UCV- Eds. de la Biblioteca, 1985, 4ª ed., p. 365.

<sup>46</sup> Sin embargo, la jurisprudencia ha llegado a deducir la condición de “funcionarios” que ostentan determinadas personas, sin necesidad de calificación expresa en la ley. Vid. nuestro Dictamen N° DGSJ-1-04 del 10-2-94, en relación con los “contratados” por la Administración Pública.

<sup>47</sup> El artículo 12 de la Ley de Abogados (Gaceta Oficial N° 1.081 Extraordinario del 23 de enero de 1967) prohíbe a los “funcionarios públicos” el ejercicio de la profesión de abogado, pero establece entre sus excepciones a los “funcionarios judiciales accidentales” (negrillas nuestras).

<sup>48</sup> En el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99 (p. 9), hay referencias doctrinarias sobre el carácter de “funcionario público” del “interventor” de un banco.



### 6) La posibilidad que tiene la Administración Pública de realizar actos sujetos al Derecho Privado o referidos a éste, sin desnaturalizar el carácter público de su actividad:

De conformidad con el artículo 254, encabezamiento de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, al cual remite el artículo 18 de la Ley de Regulación Financiera, al interventor o los interventores “se conferirán las más amplias facultades de administración, disposición, control y vigilancia, **incluyendo todas las atribuciones que la Ley o los estatutos confieren a la asamblea, a la junta administradora, al presidente y a los demás órganos del ente intervenido**” (negritas nuestras). Esto quiere decir que el interventor o los interventores están facultados para ejecutar todos los actos privados de administración que habitualmente realizaba la institución financiera, de conformidad con los Estatutos Sociales de ésta y con las normas del Código de Comercio. Sin embargo, una cosa es la realización de actos de administración sometidos al Derecho Privado, y otra cosa es la injerencia y posterior subrogación de la Administración Pública en actos normalmente desempeñados por particulares. Es precisamente, en esta injerencia y subrogación donde radica el carácter de “función pública” de la actividad del interventor. Ciertamente, el interventor o los interventores pueden realizar todas las atribuciones que la Ley o los estatutos confieren a la asamblea, a la junta administradora, al Presidente y a los demás órganos del ente intervenido, pero ya la circunstancia de concentrar una serie de atribuciones que de conformidad con los Estatutos Sociales de la institución financiera, han sido conferidas a personas y órganos, diferenciados entre sí, constituye en sí una función pública y una actividad administrativa. Igualmente, el artículo 256 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras faculta al interventor para “reducir el capital social para cubrir las pérdidas existentes” y para ordenar las reformas estatutarias que fuesen pertinentes, pero resulta que de conformidad con el artículo 280 del Código de Comercio (Gaceta Oficial N° 472 Extraordinario del 17 de octubre de 1955), “Cuando los estatutos no disponen otra cosa, es necesaria la presencia en la asamblea de un número de socios que representen la mitad por lo menos, de ese capital (...)”, para la reducción del capital y la reforma de los estatutos en las materias expresadas en los ordinales 1° al 7° (ordinal 8°); en consecuencia, si bien la reducción del capital y la reforma de los estatutos son actos de administración privada, la circunstancia de realizarlos con la intervención de la Administración Pública y al margen de los porcentajes y procedimientos previstos en los estatutos sociales del ente financiero intervenido, y en defecto de éstos, en el Código de Comercio, representa una huida del Derecho Privado, en virtud de la mediatización por parte del Estado, en la gestión propia de los particulares.

La cuestión relativa a la posibilidad que tiene la Administración de realizar actos conforme al Derecho Privado, o referidos a éste, ya ha sido analizada por el profesor

Brewer-Carías, en su obra “*Estado de Derecho y Control Judicial*”,<sup>49</sup> en la que trata el tema de la impugnabilidad de los actos de registro y de la revocación de la designación del Presidente del Banco Central de Venezuela, con ocasión de las críticas que él formulara en su oportunidad a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en fecha 13-3-67 y 28-7-85. En la primera, la Corte se declaró incompetente para conocer de una impugnación de un acto de registro de un acta de remate por considerar “(...) que el funcionario administrativo cumple su actuación con arreglo a ciertas formalidades legales, como consecuencia de un proceso judicial entre particulares y en el cual se ventilan asuntos que pertenecen al derecho privado”, a lo cual, Brewer-Carías señaló que el Registro Público constituye un servicio público, integrado dentro de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo y que la relación jurídica que surge entre la Administración y los particulares en este caso reviste carácter administrativo, por lo que se trataba de una actividad y una función administrativa, y que los actos de registro constituían actos administrativos recurribles por ante la jurisdicción contencioso-administrativa; aparte de esto, Brewer-Carías señala que una cosa es el acto administrativo de registro y otra cosa es el acto que se registra.<sup>50</sup> En

---

<sup>49</sup> Alcalá de Henares-Madrid, INAP (Colección: Administración Pública en América Latina), 1987, pp. 471-493. Estos planteamientos se repiten en la obra “Instituciones Políticas y Constitucionales”, T. VII- “Contencioso-Administrativo”, Caracas-San Cristóbal, 1997, 3ª ed., pp. 372-374. El tema de la impugnación de los actos de registro ya había sido tratado en la monografía del mismo autor titulada “La impugnación de los actos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, originalmente publicada en el “Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa”, Caracas, UCV, 1975, pp. 425-480, y posteriormente, en la colección “Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74” - T. V - ‘La Jurisdicción Contencioso-Administrativa’ - V. 2 - ‘Los Recursos de Anulación y de Plena Jurisdicción’, Caracas, UCV, 1978, pp. 407-462.

<sup>50</sup> A partir de la reforma de la Ley de Registro Público en 1978 (BREWER-CARÍAS, “Estado de Derecho (...)”, o.c., p. 484), y aún en la Ley vigente (Gaceta Oficial N° 5.391 Extraordinario del 22 de octubre de 1999), se distingue entre “negativa del Registrador a la protocolización de un documento” (artículo 12) e inscripción realizada en contravención de la propia Ley de Registro Público u otras leyes de la República (artículo 53). En el primer caso, se prevé un recurso jerárquico por ante el Ministro (ahora, de Interior y) Justicia, y subsiguientemente, un recurso contencioso-administrativo (artículo 15); en el segundo caso, en cambio, se contempla la posibilidad de impugnar la inscripción del documento por ante la jurisdicción ordinaria. BREWER-CARÍAS (ib., pp. 487-489) insiste en que también la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de la impugnación de actos de inscripción contrarios a la ley, y señala los posibles motivos de impugnación. La jurisprudencia posterior a la reforma de la Ley de Registro Público de 1978 no ha acogido el criterio de BREWER-CARÍAS, ateniéndose a la distinción antes expuesta; vid. al respecto, las sentencias: a) de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha: a.1) 30-3-82 (RDP N° 10, abr.-jun. 1982, pp. 160-162); a.2) 27-3-90 (RDP N° 42, abr.-jun. 1990, p. 121); a.3) 4-5-99 (JCSJ, May. 1999, N° 5, pp. 435-436); a.4) 4-4-2000 ([www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)); b) de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha: b.1) 26-1-84 (RDP N° 17, ene.-mar. 1984, p. 186); b.2) 24-9-91 (RDP N° 47, jul.-sep. 1991, pp. 126-127); b.3) 6-2-97 ([www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)). En la penúltima sentencia mencionada, se reconoce en todo caso, el carácter de “acto administrativo” de los actos de registro en el supuesto de inscripción contraria a la ley, por lo que el problema planteado es de mera competencia procesal, y no de definir si la actividad registral reviste la naturaleza de “función pública”.

la segunda sentencia, la Corte afirmó que la revocación de la designación del Presidente del Banco Central de Venezuela –no obstante, haberse llevado a cabo mediante Decreto, considerado incluso innecesario por la Corte– constituía un acto de revocación del administrador de una sociedad anónima, con fundamento en el Código de Comercio, y no un acto administrativo, por lo que la Corte se declaró incompetente, y declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo.<sup>51</sup> En relación con esta última sentencia, Brewer-Carías señaló que el acto de designación o remoción del Presidente del Banco Central de Venezuela constituía un acto administrativo sin importar que se refiera al régimen societario de una sociedad anónima del Estado, y además, que los entes públicos tienen la posibilidad de realizar actos sujetos al Derecho Privado; en el caso del Banco Central de Venezuela, afirmó el mencionado jurista que este ente “no está regido exclusivamente por normas de derecho público o de derecho privado, lo cual desde hace años está pacíficamente aceptado”.

Brewer-Carías ha insistido nuevamente en el tema, con ocasión de su ponencia sobre “*La Interaplicación del Derecho Público a la Administración Pública (...)*”, **o.c.**,<sup>52</sup> en la que expuso lo siguiente :

“El derecho administrativo no es el único derecho aplicable a la Administración Pública. Ésta, en todos los campos (...) que conforman el objeto del derecho administrativo, también se rige por el derecho privado -el cual por supuesto está en la génesis de tantas instituciones del derecho administrativo-, unas veces más, otras veces menos, dependiendo de las épocas históricas y de las políticas públicas, y que siempre conforman el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo.

En todo caso, siempre ha habido una interaplicación del derecho administrativo y del derecho privado a la Administración Pública; pero el problema, siempre, ha sido el determinar las fronteras y la intensidad de su respectiva aplicación. En otros términos, el tema tradicional de discusión en el derecho administrativo ha sido el establecer cuáles son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los

---

<sup>51</sup> Este criterio se modifica en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha 10-11-94, en la que se caracteriza al Banco Central de Venezuela como un “establecimiento público asociativo, creado por ley, que forma parte de la Administración Descentralizada, y el cual se encuentra **sometido a un régimen jurídico mixto, configurado tanto por normas de derecho público como de derecho privado**” (RDP N° 59-60, jul.-sep. 1994, Caracas, EJV, 1994, p. 266; negrillas nuestras). Esta sentencia es mencionada en BREWER-CARÍAS: “La Interaplicación (...), **o.c.**, pp. 29-30.”

<sup>52</sup> Pp. 25-26.

hay; y hasta que punto la aplicación del derecho privado a la Administración constituye realmente una huida de ésta del derecho administrativo, que incluso se ha considerado como inconstitucional”.

Por último, dentro de este punto, debe señalarse que la propia Ley de Regulación Financiera reafirma el carácter de actividad administrativa de la función de los interventores cuando declara en su artículo 72, numeral 1 de la Ley de Regulación Financiera<sup>53</sup> que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (que como ya señalamos **supra**, es Tribunal especializado en materia contencioso-administrativa y en amparo contra órganos del Poder Público cuyo conocimiento no está reservado al Tribunal Supremo de Justicia) es competente para conocer de las acciones de amparo contra las decisiones de los interventores, independientemente de que su actividad pueda estar sometida parcialmente a normas de Derecho Privado.

### **7) La exclusión de los procedimientos concursales del Derecho Común:**

A pesar de la cualidad de “comerciantes”, ostentada por las instituciones financieras, la reforma que dio lugar a la vigente Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras excluyó expresamente a dichos entes de los procedimientos de quiebra y atraso, tal como se puede ver en el artículo 252.<sup>54</sup> Esta exclusión de las normas de Derecho Privado Concursal la explica el administrativista argentino José Roberto Dromi<sup>55</sup> por el hecho de

---

<sup>53</sup> Con anterioridad, el artículo 75 de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera atribuía competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las acciones de amparo contra las decisiones de las Juntas Interventoras. En cuanto a la jurisprudencia, tenemos un caso de amparo contra una Junta Interventora por ante la Corte Suprema de Justicia (bajo la vigencia de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera) en fecha 14-8-96 (tomada de [www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/), en el caso Británica de Seguros contra Junta Interventora del Banco Construcción).

<sup>54</sup> En relación con la exclusión de la quiebra y el atraso a las instituciones financieras, hay dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 6-5-99: a) Caso Ángel A. Ojeda F. contra el Banco de los Trabajadores de Venezuela (JCSJ, May. 1999, N° 5, pp. 439-445); b) Caso Emilio V. Bonacia C. ([www.microjuris.com/](http://www.microjuris.com/)).

Antes de 1993, la leyes de bancos preveían paralelamente a la “intervención”, la posibilidad de “quiebra” de los bancos. Sobre los problemas que ello planteaba puede verse: PÉREZ LUCIANI, o.c., pp. 41-42; NEMIROVSKY FAERMAN, Hugo: “La Liquidación Forzosa Administrativa en la Jurisprudencia Venezolana”, Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 1, Caracas, PGR, 1986, pp. 165-169; DUBUC, Elia: “La Intervención de los Bancos” (segunda parte), Revista de Derecho Privado, N° 5-Única, ene.-dic. 1988, Caracas, 1988, pp. 109-111; MUCI-ABRAHAM, José: “Aspectos de la Novísima Reforma de la Legislación Bancaria”, Revista de Derecho Mercantil, Año III, N° 5, ene.-jun. 1988, Caracas-Maracaibo, Ed. Revista de Derecho Mercantil, 1988, pp. 68-69 y 71-73 y también en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV) N° 71, Caracas, UCV, 1988, pp. 244-246 y 248-249.

<sup>55</sup> DROMI, o.c., pp. 154-155.

que “los bancos no son empresas de interés simple, sino ‘empresas privadas afectadas al interés público’. Podemos decir que son ‘empresas reglamentadas’ al igual que las compañías de seguros” (cursivas del autor).

Aparte de la exclusión expresa de los institutos del atraso y la quiebra, el artículo 253 prevé que “Durante el régimen de intervención y mientras dure el proceso de rehabilitación, queda suspendida toda medida preventiva o de ejecución contra el banco o institución financiera de que se trate y no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, a menos que ella provenga de actos posteriores a la intervención”.

La exclusión de una persona jurídica de Derecho Privado, no vinculada con la estructura organizativa del Estado, en cuanto a la aplicación de normas e instituciones propias del Derecho Privado, es un fuerte indicativo del carácter público que reviste la actividad de policía financiera y concretamente, la de intervención de las instituciones financieras.

### **Conclusión**

En virtud de las consideraciones precedentes podemos deducir que la intervención de los bancos reviste el carácter de “función pública” por cuanto:

- Está prevista en un instrumento jurídico de Derecho Público contentivo de normas de Derecho Público, específicamente de “policía financiera”.
- La Administración realiza esta actividad en condiciones de “supremacía” frente a los particulares.
- Esta actividad se lleva a cabo a través de formas organizativas de Derecho Público.
- Tiene el carácter de procedimiento administrativo y acto administrativo recurrible por ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Puede implicar la realización de actos sujetos al Derecho Privado, sin desnaturalizar su carácter público.
- Es excluyente de los procedimientos concursales de quiebra y atraso, a pesar del carácter de “comerciantes” de las instituciones financieras.

En virtud del carácter de función pública de la intervención de los bancos y demás instituciones financieras, ratificamos en todas sus partes lo expuesto en nuestro Dictamen N° 04-02-124 del 2-6-2000 (...).

Dictamen N° 04-02-173 del 25 de octubre de 2000.



# **DERECHO LABORAL**





*Orden Público de la normativa laboral. Principio de la irrenunciabilidad. Procedencia de liquidaciones laborales efectuadas conforme a un régimen interno aprobado por la Junta Directiva de la C.A. Metro de Caracas, para el personal de Dirección o de Confianza.*

El hecho de que la normativa laboral sea de eminente orden público en ningún momento puede apreciarse como un obstáculo para mejorar los beneficios que ella acuerda a los trabajadores, ya sea por la vía del contrato de trabajo, por la convención colectiva o por voluntad del patrono. Ello, en virtud de que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia más generalizada, las disposiciones legales y reglamentarias del trabajo configuran un mínimo de condiciones o de beneficios, obligatorios e irrenunciables para el trabajador, las cuales ceden ante condiciones o beneficios más favorables que tengan otra fuente de origen.

Memorándum N° 04-02-310 del 20 de diciembre de 2000.

La C.A. Metro de Caracas (CAMETRO) es una empresa del Estado que funciona de acuerdo al régimen mercantil de derecho privado, y que en lo concerniente al régimen de su personal se sujeta a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.152 Ext. del 19-06-97) o a la contratación colectiva, según el caso.

Acerca de este tema, el Ministerio del Trabajo, a través de su Consultoría Jurídica, ha dicho:

“A las personas jurídicas del sector público, pero con forma de derecho privado, **en la relación laboral con todos sus trabajadores**, debe aplicarse la normativa de la Ley del Trabajo y su Reglamento, porque su actividad no es distinta a la que realiza un particular, civil o mercantilmente” (Resaltado nuestro; véase dictamen N° 21 del 22-12-86 en Torres, Iván Darío. “5 Años de Jurisprudencia del Ministerio del Trabajo -86 al 89 y 9 al 12 del 90-”. Edit. Italgráfica. Caracas. 1991. p.51)

Ahora bien, no obstante que no fue remitida la convención colectiva que rige en la mencionada empresa, como quiera que se nos informa que los empleados de confianza y de dirección de CAMETRO no están amparados por la misma, resulta obligado inferir que tales empleados fueron expresamente exceptuados de su aplicación, a tenor de lo establecido en el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Si así son las cosas, indudablemente que **a los empleados de dirección o de confianza de CAMETRO en principio debe aplicárseles la normativa de la Ley Orgánica del Trabajo, pero decimos “en principio”, toda vez que hay que tener presente que desde la óptica del régimen laboral de derecho común nada impide que el patrono a través**

**de un acto unilateral y de libre disposición en la administración de la empresa, asuma en relación con sus trabajadores obligaciones mayores o adicionales a las mínimas que le establece la Ley Orgánica del Trabajo.**

Inclusive, es menester acotar que la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo ha mantenido el criterio que en el supuesto de que el patrono acuerde unilateralmente a favor de sus trabajadores algún pago adicional, si el mismo es **reiterado y constante** se convierte en un derecho patrimonial de estos últimos. En dictamen N° 118 del 09-12-88, la referida dependencia consultora manifiesta:

“Son muchas las consultas que se formulan a este Despacho en relación con la llamada teoría de los derechos adquiridos en materia laboral y con motivo de ellas esta Consultoría ha establecido el criterio de que si el patrono, en uso de sus propias facultades, mediante un acto de libre disposición en su administración, admite en un determinado momento asumir o pagar alguna obligación a favor del trabajador o trabajadores que le prestan servicios, en la medida en que dicho pago haya sido reiterado y constante, se habrá convertido en un derecho patrimonial del trabajador y se habrá consolidado de tal manera que ya no se le podrá arrebatar por actos unilaterales del patrono” (véase Torres, Iván Darío. Ob. Cit. pp. 313 y 314).

En este sentido, se observa que **mediante el llamado Régimen de Beneficios para el Personal de Dirección o de Confianza, CAMETRO, en su condición de patrono, unilateralmente acuerda a ese tipo de trabajadores mayores beneficios que los que corresponderían según la Ley Orgánica del Trabajo y, como ya vimos, nada se opone a que esta situación se pueda presentar.**

Efectivamente, aunque el instrumento contentivo del Régimen de Beneficios fue remitido en forma incompleta -salta de la cláusula 2 a la cláusula 5- y, por ende, desconocemos si trae alguna cláusula relacionada con la prestación de antigüedad o con el concepto de salario, o con el salario que sirve de base para el cálculo de las indemnizaciones en caso de despido injustificado o de la prestación de antigüedad, en todo caso se advierte que tales beneficios se contraen a: 1) Cobertura con pólizas de seguros H.C.M., accidentes personales y gastos funerarios; 2) Bonificación para adquisición de juguetes en el mes de diciembre; 3) Regulación de la concesión de los anticipos y préstamos sobre prestaciones sociales previstos en el Parágrafo Segundo del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo; 4) Guardería y Preescolar; 5) Vacaciones, en términos muchos más favorables que en la Ley Orgánica del Trabajo; 6) Bonificación de Fin de Año; 7) Otorgamiento de una remuneración denominada “compensación por servicios”, como parte del salario; 8) Indemnización por terminación de la relación laboral; mucho más amplia que en la Ley Orgánica del Trabajo; 9) Revisión y actualización anual de las pensiones de jubilación e invalidez otorga-

das de conformidad con la Ley del Estatuto sobre Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, basado en la línea 100 del Tabulador Salarial para el personal de dirección o confianza; 10) Contribución para adquisición de útiles escolares, 11) Permiso y Bonificación por matrimonio, 12) Permiso y bonificación por nacimiento de hijos.

Particular mención merece la “indemnización por terminación de la relación laboral” prevista en la Cláusula N° 11 del aludido Régimen, en la que sin distinguir acerca de la causa de terminación del vínculo de trabajo –a diferencia de lo que ocurre en la Ley de la materia-, se acuerda al personal Directivo o de Confianza el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, indemnizaciones éstas que en el instrumento legal en comento fueron concebidas para reparar el daño causado al trabajador que goza de estabilidad– no al personal de dirección de acuerdo con el artículo 112 e jusdem - por el despido efectuado sin causa legal que lo justifique. En otras palabras, se acuerdan indemnizaciones equivalentes a las que preceptúa la Ley de la materia para el supuesto de despido injustificado de trabajadores con estabilidad, aun en los supuestos de renuncia del trabajador, terminación por mutuo acuerdo o terminación por causa ajena a la voluntad de las partes de la relación laboral.

Asimismo, en atención a que se nos informa que el Régimen de Beneficios en cuestión se viene aplicando en la empresa desde hace aproximadamente unos quince años, aunado a la circunstancia que tal Régimen se edita y se distribuye al personal que él ampara, según se evidencia del memorándum interno N° SEJ-825 del 10-12-98 dirigido por el Secretario de la Compañía al Gerente de Desarrollo Corporativo de Relaciones Industriales anexo a la consulta, **parece forzoso concluir que se trata de un régimen que ha puesto en práctica la empresa en forma consciente, pacífica, constante y reiterada, y que, por tanto, los beneficios allí pautados se han consolidado como derechos patrimoniales de los empleados de dirección o de confianza de CAMETRO.**

Por otra parte, como apoyo a lo explanado, conviene precisar que el hecho de que la normativa laboral sea de eminente orden público en ningún momento puede apreciarse como un obstáculo para mejorar los beneficios que ella acuerda a los trabajadores, ya sea por la vía del contrato de trabajo, por la convención colectiva o por voluntad del patrono.

Si bien el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo declara que sus disposiciones son de orden público y, en consecuencia, no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares, en virtud de que evidentemente han sido dictadas para alcanzar fines superiores de interés general que el Estado debe proteger, no menos cierto es que ello no puede desvincularse de la intención del legislador plasmada también en dicho artículo 10, en cuanto a que sólo se dejen de aplicar esas reglas obligatorias ante reglas más favorables al trabajador que tengan otra fuente de origen.

Casualmente, una de las más importantes expresiones del carácter de orden público de la preceptiva laboral es el principio de la irrenunciabilidad de las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores, contemplado en forma expresa en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, y que conforme a la doctrina más generalizada se traduce en la imposibilidad de renunciar al mínimo de condiciones o beneficios laborales establecidos en la ley, pero dejando incólume la libertad para mejorar esas condiciones o beneficios mínimos.

De allí que el reconocido especialista laboral Dr. Rafael Alfonzo Guzmán, al referirse al aspecto tratado expresa: "...podemos concluir que lo que deriva de la naturaleza de orden público de las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo es, más que la irrenunciabilidad de los derechos que ella acuerda a favor del trabajador, *la fatalidad de las obligaciones del patrono*, no susceptibles de condonación o remisión". Por lo demás, el citado autor agrega que "La irrenunciabilidad debe entenderse en un sentido amplio: no son irrenunciables sólo los derechos del trabajador consagrados por la ley, sino también los que derivan de los contratos individuales, de las convenciones colectivas de trabajo y de los laudos arbitrales" (véase del mencionado autor "Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo" Décima Edición. Caracas. 1999. p. 58).

Lo precedentemente expuesto lo ratificó la Corte Suprema de Justicia cuando señaló: "...si bien son irrenunciables las disposiciones que favorezcan a los trabajadores (artículo 16 de la Ley del Trabajo), y en ese sentido está limitada la libertad de contratación en materia laboral; **existe plena libertad para mejorar las condiciones mínimas establecidas en dicha Ley**. Mejoras que al ser logradas, quedan protegidas pues adquieren el mismo carácter de irrenunciables" (resaltado nuestro. Véase Pierre Tapia, Oscar. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio de Jurisprudencia Mensual N° 10 - Octubre de 1980. Caracas. 1980. p.120).

Por su parte, también recientemente el Tribunal Supremo de Justicia ha dicho sobre "la irrenunciabilidad" lo siguiente: "...a través de la misma, la legislación persigue garantizar con la prohibición de renuncia, que el trabajador se acerque a la negociación contractual y disfrute durante su desarrollo de **un piso inamovible, un mínimun inexpugnable sobre el cual no puede haber acuerdo alguno en su perjuicio, pero sí en su realce o mejora. He aquí la llamada inderogabilidad de los beneficios laborales**" (resaltado nuestro. Véase: Pierre Tapia, Oscar. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. N°5. T. II. Caracas. 2000. p.501).

Adicionalmente, no puede pasar por alto que en lo que atañe a la aplicación e interpretación del Derecho del Trabajo, las reglas generales del derecho común sufren algunas alteraciones, dada su especialidad, su naturaleza proteccionista y el orden público interesado en su aplicación. Muestra de ello son las reglas previstas en los artículos 59 y 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, que, respectivamente, concretan la aplicación del principio "In dubio Pro Operario" –admitido universalmente– y el orden de aplicación de las fuentes del

derecho laboral en la resolución de un caso determinado, así como también la reglas pautadas de los artículos 6° y 8° del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.292 Ext. del 25-01-99).

Por su relación con el asunto en examen, es preciso señalar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, si se planteara conflicto entre normas contenidas en Reglamentos internos, usos y costumbres y cualquiera otra de naturaleza análoga con normas derivadas del Estado, salvo aquellas revestidas de orden público estricto, será aplicada la más favorable al trabajador.

Igualmente, a tenor del artículo 8° del Reglamento supracitado, entre los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo como criterios para su correcta interpretación, se encuentran el de conservación de la condición laboral más favorable y el de la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, cualquiera fuere su fuente.

Más aún, con el fin de poner de relieve las particularidades del Derecho Laboral, cabe traer a colación la disposición transitoria contenida en el artículo 672 de la Ley Orgánica del Trabajo, en la que el propio legislador prevé la posibilidad de que **el régimen de sus artículos 108, 125, 133 y 146**, centro de la reforma legal acontecida en junio de 1997 para estructurar el nuevo sistema para el cálculo de prestaciones sociales, **sea sustituido por otro régimen de fuente distinta a la Ley, si éste último en su conjunto es más favorable a los trabajadores, supuesto en el cual el régimen elegido debe ser aplicado íntegramente.**

Según criterio de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, precisamente con el artículo 672 de la Ley Orgánica del Trabajo "... se garantiza la condición laboral más favorable para los trabajadores y la preeminencia de los acuerdos o convenciones colectivas sobre el estatuto legal ordinario. De ahí que, si se estima que el régimen previsto en su convención colectiva, en su contrato individual o en cualquier otra fuente es más favorable que el acordado en la Ley Orgánica del Trabajo reformada, aquéllos privarán sobre el consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo" (véase en Torres, Iván Darío. "El Nuevo Régimen de Prestaciones Sociales". Edit. Italgráfica. Caracas. 1998. pp.343 y 344).

En términos parecidos se pronuncia el autor Rafael Alfonso Guzmán al expresar: "El artículo 672, aparentemente innovador, enuncia en verdad, el conocido principio laboral de la norma mínima (matiz de la norma más favorable), a cuyo tenor las disposiciones de una fuente de obligaciones de rango superior en la escala de las reglas del derecho son piso y no techo, de las de rango inferior" (véase del mismo autor, Ob. Cit., pp.22 a 24).

Finalmente, en otro orden de ideas tenemos que, aun cuando entre los documentos enviados no cursa el acta de la reunión celebrada el 09-12-98 por la Junta Directiva de CAMETRO, en donde conste la aprobación del Régimen de Beneficios para el Personal de Dirección o de Confianza, siendo que tal decisión aprobatoria se desprende del contenido

del memorándum interno N° SEJ/825 del 10-12-98, de cualquier manera no pareciera cuestionable la actuación de dicha Junta al aprobar el señalado Régimen, toda vez que de acuerdo con los Estatutos Sociales remitidos, a ella corresponde ejercer la suprema dirección de la compañía, resolver acerca de la política general, establecer la organización administrativa de la empresa, pudiendo crear, cuando lo juzgue conveniente, diversas categorías de cargos, así como fijar las remuneraciones a los mismos, y aprobar los reglamentos internos (artículos 20 y 21 de los Estatutos Sociales).

En torno al aspecto referido en el párrafo anterior, restaría solicitar el acta de la reunión de la Junta Directiva efectuada el 09-12-98, a fin de corroborar la efectiva aprobación del Régimen de Beneficios para el Personal de Dirección o de Confianza, y, eventualmente, también sería prudente constatar si los Reglamentos Internos de la empresa contemplan alguna limitación a la Junta Directiva en materia de personal, así como la existencia o no de alguna política general concerniente a la administración de personal sancionada en el pasado por la Asamblea General de CAMETRO.

**Conclusión:**

- 1) La C.A. Metro de Caracas (CAMETRO) es una empresa del Estado que funciona de acuerdo al régimen mercantil de derecho privado, y que en lo concerniente al régimen de su personal se sujeta a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 5.152 Ext. del 19-06-97) o a la contratación colectiva, según el caso.
- 2) Como quiera que se nos informa que los empleados de confianza y de dirección de CAMETRO están excluidos de la aplicación de la convención colectiva que rige en dicha empresa, indudablemente que en principio debe aplicárseles la normativa de la Ley Orgánica del Trabajo, pero decimos “en principio”, toda vez que hay que tener presente que desde la óptica del régimen laboral de derecho común nada impide que el patrono a través de un acto unilateral y de libre disposición en la administración de la empresa, asuma en relación con sus trabajadores obligaciones mayores o adicionales a las mínimas que le establece la Ley Orgánica del Trabajo.
- 3) Como refuerzo a lo expuesto, cabe señalar que incluso conforme a criterio de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, cuando un patrono acuerda unilateralmente a favor de sus trabajadores algún pago adicional y el mismo es reiterado y constante se convierte en un derecho patrimonial de estos últimos.

Asimismo, el hecho de que la normativa laboral sea de eminente orden público en ningún momento puede apreciarse como un obstáculo para mejorar los beneficios que ella acuerda a los trabajadores, ya sea por la vía del contrato de trabajo, por la convención colectiva o por voluntad del patrono. Ello, en virtud de que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia más generalizada, las disposiciones legales y reglamentarias

del trabajo configuran un mínimo de condiciones o de beneficios, obligatorio e irrenunciable para el trabajador, las cuales ceden ante condiciones o beneficios más favorables que tengan otra fuente de origen.

- 4) En vista de que todo indica que en el llamado Régimen de Beneficios para el Personal de Dirección o de Confianza, CAMETRO, en su condición de patrono, otorga unilateralmente a ese tipo de trabajadores mayores beneficios que los que le corresponderían según la Ley Orgánica del Trabajo, lo cual es perfectamente admisible, parece forzoso concluir que se trata de un régimen que ha puesto en práctica la empresa en forma consciente, pacífica, constante y reiterada, y que, por tanto, los beneficios allí pautados se han consolidado como derechos patrimoniales de los empleados de dirección o de confianza de la empresa.
- 5) En otro orden de ideas, no parece cuestionable la actuación de la Junta Directiva de CAMETRO al aprobar el señalado Régimen de Beneficios, toda vez que de acuerdo con los recaudos enviados a ella corresponde ejercer la suprema dirección de la compañía, resolver acerca de la política general, establecer la organización administrativa de la empresa, pudiendo crear, cuando lo juzgue conveniente, diversas categorías de cargos, así como fijar las remuneraciones a los mismos, y aprobar los reglamentos internos (artículos 20 y 21 de los Estatutos Sociales).

Memorándum N° 04-02-310 del 20 de diciembre de 2000.





# **DERECHO TRIBUTARIO**



### *La exención del Impuesto al Valor Agregado.*

**El legislador ha querido excluir del pago del Impuesto al Valor Agregado a quienes presten servicios al Poder Público, en el ejercicio de actividades predominantemente intelectuales, como evidentemente es el caso de las realizadas por la Fundación Centro de Estudios Superiores de Auditoría de Estado “Gumersindo Torres” (CEA).**

Oficio N° 04-00-01-21 del 18 de enero de 2000.

(...) se solicita opinión **“en cuanto a cual de los numerales, específicamente al 2do y 4to, del artículo 19 del Decreto con rango de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado sería aplicable a esta Fundación.”**

Al respecto, es necesario acudir a los Estatutos de la Fundación Centro de Estudios Superiores de Auditoría de Estado (CEA), cuyo artículo 3° establece:

“La Fundación es el centro de capacitación de la Contraloría General de la República, utilizable así mismo, por la Administración Pública en general, y cuyo objetivo es formar, adiestrar y desarrollar recursos humanos de alto nivel para ejercer las funciones de control sobre el patrimonio público y para administrar el Sistema Nacional de Control”.

Se advierte claramente de la disposición anterior que la Fundación ha sido constituida para prestar servicios, fundamentalmente, de carácter educativo, a la Contraloría General de la República, pudiendo ser utilizables dichos servicios por los demás organismos que forman parte de los distintos Poderes del Estado, y que realizan funciones relacionadas con la administración de los recursos públicos.

Esa prestación de servicios que ofrece Fundacea, en opinión de esta Dirección, pudiera subsumirse en el supuesto normativo de exención del Impuesto al Valor Agregado, establecido en el numeral 2, del artículo 19 de la Ley que lo crea (G.O. N° 5.341 Ext. del 5-5-99), conforme al cual se encuentran exentos del pago del impuesto **“Los servicios educativos prestados por instituciones inscritas o registradas en el Ministerio de Educación”**. De tal forma que siempre que la Fundación se encuentre inscrita o registrada en el Ministerio de Educación, exigencia requerida en el citado numeral, podrá considerarse favorecida por la exención.

Ahora bien, en el caso de que así no sea, es decir, que la Fundación no haya efectuado tal inscripción o registro, creemos que los servicios que presta también pueden subsumirse en el supuesto previsto en el numeral 4, del mismo artículo 19 de la Ley *in commento*.

Dicho numeral establece:

“Están exentos del impuesto contemplado en esta Ley los siguientes servicios:

4. Los servicios prestados al Poder Público, en cualquiera de sus manifestaciones, en el ejercicio de profesiones que no impliquen la realización de actos de comercio y comporten trabajo o actuación predominantemente intelectual;”

Del supuesto normativo que antecede se advierte que el legislador ha querido excluir del pago del tributo en cuestión a quienes presten servicios al Poder Público, en el ejercicio de actividades predominantemente intelectuales, como evidentemente es el caso de las realizadas por la Fundación Centro de Estudios Superiores de Auditoría de Estado (CEA), ente que presta servicios de capacitación, básicamente, a la Contraloría General de la República, y, de ser requerido, a los demás órganos de la Administración Pública. A ello se agrega que Fundacea no realiza actos de comercio, en los términos del artículo 2 del Código de Comercio (G.O. N° 475 Ext. del 21-12-55), ni persigue fines de lucro de acuerdo con su naturaleza de ente fundacional y del objeto para el que fue creada. Por tanto, en nuestra opinión, la Fundación a su cargo se encontraría también exenta del pago del Impuesto al Valor Agregado, de conformidad con el numeral 4, del artículo 19 de la Ley creadora del tributo.

Oficio N° 04-00-01-21 del 18 de enero de 2000.

# **FUNCIÓN PÚBLICA**



*Incompatibilidad en el disfrute de dos jubilaciones.*

**De acuerdo con el artículo 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Magistrados, Funcionarios, Empleados y Obreros al Servicio de la Corte Suprema de Justicia son incompatibles el goce simultáneo de jubilaciones o pensiones otorgadas por la Corte Suprema de Justicia con otra jubilación, salvo aquellas jubilaciones o pensiones acordadas por el desempeño de actividades docentes o académicas.**

Oficio N° 04-00-01-20 del 14 de enero de 2000.

(...) manifiesta tener dudas acerca de la posibilidad de que exista incompatibilidad en el disfrute de dos jubilaciones, una como Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia), y otra, como docente de la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación (EFOFAC).

Pues bien, de manera preliminar debo hacer referencia a que la materia de las jubilaciones no pertenece directamente al ámbito de competencia de la Contraloría General de la República; sin embargo, por cuanto la jubilación de un organismo público origina el pago de la pensión correspondiente, proveniente de fondos públicos, este organismo contralor está obligado legalmente a velar por que esos pagos se hagan de manera correcta. Antes de esto, es decir, antes de que se conceda la jubilación y se genere el pago –que es al momento a que se refiere su consulta– las respectivas oficinas de personal de los organismos, o, si es el caso, las consultorías jurídicas, son quienes deben resolver las dudas que se susciten sobre esa materia.

Sin menoscabo de lo precedentemente expuesto, cabe señalar que esta Dirección considera acertada y la comparte, la deducción que usted hace en el sentido de que si *“conforme al artículo 123 [hoy 148] de la Constitución de la República, existe la excepción de poder desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, si se trata de cargos, entre otros, docentes”*, resulta lógico que a *“quien así se encuentre, le corresponderían igualmente todos los derechos de carácter administrativo que establecen las leyes, entre ellos, (...) el disfrute de la jubilación...”*. Cabe señalar que el artículo 148 de la Constitución vigente, que es el equivalente al 123 antes citado, contiene una innovación con respecto a éste, en su aparte, donde se establece que *“Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la Ley”*.

En este orden, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Magistrados, Funcionarios, Empleados y Obreros al Servicio de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Oficial N° 35.706 del 9-5-95), dictado por ese Máximo Tribunal en Pleno, de conformidad con lo previsto en los numerales 12, 13 y 17 del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, *“...son incompatibles el goce simultáneo de jubilaciones o pensiones otorgadas por la Corte Suprema de Justicia con otra jubilación. Quedan a salvo (...) aquellas jubilaciones o pensiones acorda-*

*das por el desempeño de actividades docentes o académicas; otorgadas por Organismos o Instituciones que hayan creado un Fondo para tal fin y en cuya formación hayan participado y contribuido los beneficiarios de las mismas...” (negrillas nuestras).*

En consecuencia, la prohibición constitucional no puede afectar las jubilaciones otorgadas conforme a la Ley, en concordancia con la norma de la propia Constitución que consagra la anotada excepción para los cargos de naturaleza académica, justamente por la razón señalada por usted: la excepción para el ejercicio de cargos académicos incluye todos los derechos que le son inherentes a éste, incluyendo el de jubilación.

Oficio N° 04-00-01-20 del 14 de enero de 2000.

*El tiempo de servicios prestado en un organismo internacional, en calidad de contratado, no puede ser tomado en cuenta a los efectos de la jubilación.*

**En el caso específico de este Organismo, el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 36.558 del 13 de octubre de 1998), establece, en el Parágrafo Único del artículo 2°, que se computarán, a los fines de establecer los años de servicio prestados, el tiempo de servicio en cualquier organismo del sector público, de manera que al no constituir las Naciones Unidas un organismo del sector público, el tiempo durante el cual la funcionaria prestó sus servicios para dicha organización, no pueden ser computados a los efectos de su jubilación de esta Contraloría.**

Memorándum N° 04-00-01-32 del 31 de enero de 2000.

(...) solicita la opinión de dicha Dirección en cuanto a determinar **“si deben ser valorados como investidos de función pública los lapsos de tiempo que fueron prestados por la ciudadana (...), como contratada al servicio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, los cuales estuvieron comprendidos desde el 1° de agosto de 1989, hasta el 31 de diciembre de 1989, desde el 1° de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1990; y desde el 1° de enero de 1991 hasta el 31 de julio de 1991, ello a efectos de jubilación.”**

En este sentido, es necesario señalar que el ejercicio de la función pública supone la relación entre el particular y el Estado, que genera la realización de prestaciones recíprocas entre ambos, de servicios del particular a favor del Estado y de retribución económica del Estado al particular.

En el asunto planteado por usted se observa que si bien es cierto que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Venezuela, que comprende los Proyectos VEN/87/004 - Saneamiento y Recuperación de la Cuenca del Río Tuy y VEN/90/002 - Participación de las Comunidades Organizadas en el Saneamiento y Recuperación de la Cuenca del Río Tuy, en los que participó la ciudadana (...), constituye un Programa eje-



cutado por el Gobierno Nacional con el apoyo de las Naciones Unidas, organización supranacional, no lo es menos que el contrato de servicios N° (...), que cursa en los antecedentes administrativos de la funcionaria, y por el cual se obligó dicha ciudadana a prestar sus servicios en la ejecución de los mencionados proyectos, fue suscrito entre el representante de las Naciones Unidas para la ejecución del referido Programa de Desarrollo y la ciudadana (...), surgiendo entre ellos una relación contractual en la que no aparece obligado el Estado venezolano.

Cabe señalar que, en el caso específico de este Organismo, el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 36.558 del 13 de octubre de 1998), establece, en el Parágrafo Único del artículo 2°, que se computarán, a los fines de establecer los años de servicio prestados, el tiempo de servicio en cualquier organismo del sector público, de manera que al no constituir las Naciones Unidas un organismo del sector público, el tiempo durante el cual la funcionaria (...) prestó sus servicios para dicha organización, no pueden ser computados a los efectos de su jubilación de esta Contraloría.

Memorándum N° 04-00-01-32 del 31 de enero de 2000.

*Determinar si el lapso durante el cual un funcionario percibió beca-sueldo puede ser computado a los efectos de la jubilación de este Organismo.*

**Los años durante los cuales la funcionaria percibió la Beca-Sueldo, no deben computarse a los efectos del cálculo de su jubilación de este Organismo Contralor, mientras no sea demostrada, en forma suficiente, la antigüedad en el servicio público que ha sido alegada y el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República.**

Memorándum N° 04-02-61 del 29 de marzo de 2000.

(...) solicita la opinión de esta Dirección en el sentido de si debe tomarse en cuenta, a los fines de establecer el tiempo de servicio prestado por la ciudadana (...) a la Administración Pública, el lapso durante el cual dicha ciudadana percibió una Beca-Sueldo en el antes denominado Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Tal solicitud, según usted refiere, obedece a que la ex-funcionaria ha requerido a este Organismo que **“se le agregue el tiempo de servicio señalado a fin de que se le reajuste el porcentaje de su jubilación”**.

El Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República (Gaceta Oficial N° 36.558 del 13 de octubre de 1998), en el Parágrafo Único del artículo 2°, establece **“que se computarán, a los fines de establecer los años de servicio prestados, el tiempo de servicio en cualquier organismo del sector público.”**

El Reglamento mencionado que regula los extremos que deben cumplirse para que un funcionario pueda obtener de este Organismo Contralor los beneficios de la jubilación o pensión, según el caso, dispone que para establecer los años de servicio, se debe computar el tiempo de servicio prestado por el funcionario en cualquier organismo público.

En el asunto consultado, el aspecto a resolver consiste en establecer si el tiempo durante el cual la ciudadana (...) disfrutó de una Beca-Sueldo, otorgada por el antes llamado Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, es o no computable a los fines del otorgamiento del beneficio de la jubilación, por existir durante ese período, como se alega, una relación de servicio entre la peticionaria y el referido Ministerio.

Para ello se hace necesario examinar los recaudos que fueron remitidos por el órgano consultante. Al respecto, se observa:

1. Los Antecedentes de Servicio presentados, en la parte relativa al Título del Cargo sólo expresan: “BECA - SUELDO”, pero no identifican el cargo de carrera dentro de la estructura organizativa del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social que eventualmente pudo haber desempeñado la ex-funcionaria.
2. Los Antecedentes de Servicio no especifican, en los recuadros que aparecen en la parte inferior, qué tipo de servicios pudo haber prestado la ciudadana (...), es decir, si se trataba de un servicio especial, de una suplencia, del cumplimiento del servicio militar obligatorio o de la ejecución de un contrato.
3. Los Antecedentes de Servicio aparecen firmados por una persona, respecto de la cual no es posible establecer si realmente se trata de la Directora de Personal del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, para la época de la expedición de este documento.
4. Las constancias de fechas 12 de febrero y 4 de mayo de 1999, suscritas, respectivamente, por las ciudadanas (...), Ex-Directora de la Escuela Nacional de Servicio Social del antes llamado Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y por (...), Directora General Sectorial de Promoción Social para la Salud del mismo Ministerio, sólo dan fe de que la ex-funcionaria cursó estudios en la Escuela Nacional de Servicio Social, dependiente del prenombrado Ministerio, y disfrutó de una Beca-Sueldo, durante el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1967 y el 15 de septiembre de 1969.
5. No se desprenden elementos que permitan apreciar la índole de las funciones o tareas que, eventualmente, pudo asignarse a la Becaria, durante el tiempo en el cual percibió la Beca-Sueldo, ni bajo qué condiciones debió cumplirlas.
6. No es posible determinar el tiempo que, eventualmente, la peticionaria pudo dedicar a la realización de las tareas, que dice haber cumplido, lo que resulta relevante, ya que de haberse llegado a celebrar un contrato de Beca-Sueldo, se podría computar el tiempo de servicio prestado como contratada, **“siempre que el número de horas de trabajo sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del organismo en el cual se prestó**

**el servicio**”, tal como lo prevé el artículo 3° del mencionado Reglamento Sobre Jubilaciones y Pensiones, aplicable a los funcionarios de este Organismo Contralor.

Estas razones, que se desprenden del análisis de los recaudos suministrados por el órgano consultante, nos impiden establecer la certeza de la relación de servicio o de empleo público, alegada por la ciudadana (...) y, por tanto, los años durante los cuales dicha ciudadana percibió la Beca-Sueldo, no deben computarse a los efectos del cálculo de su jubilación de este Organismo Contralor, mientras no sea demostrada, en forma suficiente, la antigüedad en el servicio público que ha sido alegada y el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República.

Memorándum N° 04-02-61 del 29 de marzo de 2000.

*Prestación de Antigüedad. Inclusión en su cálculo del tiempo transcurrido en un proceso judicial con ocasión de querrela incoada por funcionario a causa de acto de retiro declarado nulo por el Tribunal.*

**Cuando por efecto de la sentencia se coloca al funcionario en la misma situación que debía tener de no haberse producido el acto de retiro declarado nulo, debe entenderse que se le retrotrae con todos sus derechos y obligaciones a esa situación, siendo uno de esos derechos el de percibir los sueldos correspondientes al período comprendido entre el acto de retiro y la reincorporación efectiva a las labores.**

**En este orden de ideas, como quiera que la prestación de antigüedad (antes denominada indemnización de antigüedad) constituye un derecho adquirido de los trabajadores, irrenunciable, que se consolida con el transcurso del tiempo, resulta indudable que el lapso de duración de la querrela incoada debe ser tomado en cuenta a los fines de la liquidación de este derecho, en el entendido que obviamente no podía ser un concepto que ordenara cancelar el fallo, por contraponerse a la petición de reincorporación al cargo, pues, como es sabido, el pago de este concepto está supeditado a la terminación de la relación de empleo público.**

Oficio N° 04-02-78 del 17 de mayo de 2000.

(...) solicita nuestra opinión acerca de la procedencia del pago de la prestación de antigüedad a un funcionario jubilado de ese Instituto, en cuyo cálculo se incluye el lapso durante el cual el funcionario intentó querrela ante el Tribunal de la Carrera Administrativa contra el Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV), por haber sido retirado de manera ilegal.

Analizado como ha sido el planteamiento formulado, esta Dirección de Asesoría Jurídica observa:

Aun cuando no fue remitido el fallo que declaró ilegal el retiro efectuado por el FIV, de la copia del oficio de la Procuraduría General de la República, se infiere que los recursos de apelación desistidos fueron ejercidos contra una sentencia originada por una segunda querrela, con ocasión del incumplimiento por parte del FIV del reintegro demandado en anterior oportunidad y ordenado por la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 20-09-93.

Ahora bien, a pesar de no contar con todos los elementos inherentes al presente asunto, en todo caso, de la transcripción parcial del segundo fallo contenida en el prenombrado oficio de la Procuraduría General de la República, se evidencia que el Juez al declarar la nulidad del acto administrativo impugnado y ordenar la reincorporación del funcionario al cargo con el pago de los sueldos dejados de percibir actualizados, hizo uso de su poder restablecedor de la situación jurídica subjetiva infringida con el acto ilegal, lo cual se traduce en la desaparición del mundo jurídico del acto anulado y en retrotraer al funcionario a la misma situación que debía tener para aquel momento.

Resulta conveniente señalar, que a partir del 19-02-94, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en casos similares al que nos ocupa, se ha venido pronunciando preponderantemente por el carácter restablecedor de la orden de cancelar los sueldos dejados de percibir cuando el Juez procede a anular el acto de retiro viciado, en contraposición a su carácter indemnizatorio como también lo sostuvo en el pasado (véase Pierre Tapia, Oscar. “Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia”. Edit. Pierre Tapia. Febrero de 1996, N° 2, pp. 139 y 140 y Agosto de 1997 N° 8, pp. 138 y 139 ).

De manera que, cuando por efecto de la sentencia se coloca al funcionario en la misma situación que debía tener de no haberse producido el acto de retiro declarado nulo, debe entenderse que se le retrotrae con todos sus derechos y obligaciones a esa situación, siendo uno de esos derechos el de percibir los sueldos correspondientes al período comprendido entre el acto de retiro y la reincorporación efectiva a las labores.

En este orden de ideas, como quiera que la prestación de antigüedad (antes denominada indemnización de antigüedad) constituye un derecho adquirido de los trabajadores, irrenunciable, que se consolida con el transcurso del tiempo, resulta indudable que el lapso de duración de la querrela incoada debe ser tomado en cuenta a los fines de la liquidación de este derecho, en el entendido que obviamente no podía ser un concepto que ordenara cancelar el fallo, por contraponerse a la petición de reincorporación al cargo, pues, como es sabido, el pago de este concepto está supeditado a la terminación de la relación de empleo público. En otras palabras, hay que distinguir entre el nacimiento y la causación del derecho a la prestación de antigüedad y el momento de su exigibilidad. De allí, que por efecto de la decisión del Tribunal, dicha prestación debe considerarse causada durante el tiempo de duración del juicio, tal como también se consideró ese tiempo a los efectos del otorgamiento de la jubilación, según usted expresa.

En consecuencia, esta Dirección estima que resulta procedente el pago de la prestación de antigüedad a favor del funcionario jubilado, incluido en su cálculo el lapso durante el cual se mantuvo la querrela incoada contra el Instituto.

Oficio N° 04-02-78 del 17 de mayo de 2000.

*Naturaleza jurídica de la figura de los Interventores de entidades financieras y régimen jurídico laboral que resulta aplicable a los mismos.*

**Los interventores de entidades financieras son funcionarios públicos, investidos mediante nombramiento, de una función pública: la función administrativa de intervención, en orden a la cual deben realizar, en su ejecución, un conjunto de actos jurídicos y materiales insertos, precisamente, en el régimen o procedimiento administrativo especial de intervención. Se trata de funcionarios públicos accidentales. Tal calificación deriva de la circunstancia de que han sido designados por una autoridad pública para que realicen una actividad específica, de carácter temporal: la ejecución de la medida de intervención, al final de la cual cesa su nexo funcionarial con la autoridad correspondiente y asimismo, su accesoria vinculación con los entes intervenidos. Como consecuencia de su condición de funcionarios públicos, a los interventores les resulta aplicable, en principio, el régimen jurídico laboral previsto en la Ley de Carrera Administrativa.**

Dictámen N° 04-02-124 del 2 de junio de 2000.

### **I. Consideraciones preliminares**

Para dilucidar adecuadamente, en los términos solicitados en la consulta, cuál es la “naturaleza jurídica de la figura de los interventores de las entidades financieras” y el “régimen laboral” aplicable a los mismos, consideramos necesario hacer referencia preliminarmente, a la serie de normas, conceptos y criterios que se indicarán a continuación y que en gran parte servirán de premisa u orientación a los capítulos siguientes.

El artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que “Se entiende por trabajador la persona natural que realiza una labor de cualquier clase por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra”.

De modo pues, que de acuerdo con dicho artículo, para que una persona natural sea considerada trabajadora de otra persona, ya sea natural o jurídica, de Derecho Público o Privado (o incluso de alguno de sus órganos dotados de autonomía funcional) debe estar bajo una relación de dependencia frente a ésta. Evidentemente que la naturaleza jurídica pública o privada de la persona respecto de la cual se establezca el vínculo de dependencia constituye uno de los elementos distintivos de si el dependiente es un trabajador público (funcionario) o un trabajador privado.

En el mismo orden de ideas, tenemos que el artículo 67 *ejusdem* define al contrato de trabajo como “aquél mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración”.

Se patentiza en la referida norma, al igual que en la citada anteriormente, la importancia que tiene el elemento subordinación o dependencia de una persona frente a otra y la índole jurídica de ésta, para determinar si se está frente a una relación de trabajo regida exclusivamente por la legislación laboral o frente a otra, regulada predominantemente por la denominada “legislación funcional”.<sup>1</sup>

Ambas normas en conjunto llevan implícita también la idea de “encargo de tareas” o “servicios” por parte de un patrono o empleador a sus dependientes. La norma del artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo pone de manifiesto, asimismo, que la relación de trabajo regida por el Derecho Laboral es por esencia, contractual, pues se genera del acuerdo (ya sea escrito o no) de voluntades entre partes, que asumen recíprocas obligaciones; de manera tal que ese vínculo es, en su nacimiento “querido” por ambas partes; un producto de su voluntad y no de la imposición de terceros.

En cambio, el vínculo funcional nace generalmente de un acto formal (designación o nombramiento) regido por el Derecho Público, (más específicamente por el Derecho Administrativo) en virtud del cual una autoridad pública competente para ello, inviste a una persona natural, (no impedida por una prohibición legal) de un determinado cargo para el ejercicio de funciones públicas; término que sirve para hacer referencia a dos situaciones íntimamente vinculadas entre sí.

Primero, a la serie de modalidades a través de las cuales se manifiesta la actividad del Estado, materializada a través de la acción de sus agentes, como preservador o garante de un interés general que siempre debe prevalecer sobre los intereses particulares. Segundo, a la vinculación permanente o temporal, ordinaria o accidental que se establece entre el respectivo ente u órgano público –estatal y tales agentes; vale decir, las personas naturales a quienes se les encomienda la realización, ejercicio o ejecución, gratuita o remunerada de esa actividad, a ser cumplida con el indicado predominio (preferencia) del interés general sobre los intereses particulares.

A los fines del presente dictamen, resultan útiles, por incluir la mayoría de los elementos y circunstancias indicadas *supra*, tanto la definición doctrinaria de funcionario público elaborada por Hildegard Rondón de Sansó, como la definición de orden legal contenida en el artículo 236 del Código Penal.

---

<sup>1</sup> Aquél conjunto de normas que rige de manera especial y predominante los vínculos que se establecen entre los entes u organismos públicos y sus funcionarios (no de modo exclusivo, pues quedará “latente” siempre la aplicación complementaria de alguna norma laboral en todo lo no previsto por ley especial o incluso por remisión de ésta). Legislación que como se indicará *infra*, al citar al autor Enrique Silva Cimma, no se agota en la Ley de Carrera Administrativa.

Cabe señalar que la definición de la Doctora Rondón fue acogida por la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24-04-99 dictada para resolver un conflicto de competencia entre un Tribunal de Primera Instancia del Trabajo y el Tribunal de la Carrera Administrativa. Dicha definición, según la transcribe la mencionada Sala en el referido fallo, tomada de la obra titulada “El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa” (no se cita edición ni página) considera que son funcionarios públicos, “todos los que ejerzan una función, a título gratuito u oneroso, voluntario u obligatorio, por nombramiento, elección, designación o cualquier otro acto del poder público en forma parcial, total, temporal, o permanente”.

A pesar de que en el artículo 236 del Código Penal se expresa que la definición allí contenida ha sido elaborada “Para los efectos de la Ley penal” resulta notorio, que por su amplitud engloba prácticamente a todos los tipos de funcionarios públicos existentes en nuestra legislación. Así, de conformidad con el mencionado artículo, se consideran funcionarios públicos: “1° -Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades”. Y “2° - Los agentes de la fuerza pública”.

En ambas definiciones son subsumibles, entre las especies o tipos de funcionarios públicos, los funcionarios temporales, entre quienes se encuentran, a su vez, los llamados funcionarios **accidentales**. Éstos son los individuos que adquieren la condición de funcionarios públicos al ser nombrados, con motivo de una particular situación de hecho prevista legalmente, para la ejecución y actuación de aquella función o tarea eventual dirigida a resolver tal situación, que les encomiende la autoridad pública competente que realizó el nombramiento; razón por la cual, una vez finalizada su misión o cesada la eventualidad, pierden la referida condición.

Quedan, sin embargo, sujetos a todas las responsabilidades civiles, penales, administrativas y disciplinarias que pudiesen derivarse del contrario ejercicio de la función. Ello, **con independencia de que normas legales o reglamentarias los califiquen o no expresamente como funcionarios**. La existencia de cargos o funciones públicas accidentales (y la consecuente investidura, como funcionarios, de quienes las ejercen) **ha sido reconocida incluso a nivel constitucional**; tanto en los artículos 123 y 140 de la derogada Constitución de 1961, como en los artículos 148 y 191 de la Constitución vigente, de 1999.

Conviene aclarar, que en ocasiones, por el contenido de la actividad material o jurídica que le corresponde cumplir al agente accidental, similar o igual a la cumplida por algunos particulares, podría interpretarse erróneamente que no está cumpliendo una función o “misión” de carácter público, sino que lo está haciendo en interés de un particular a quien podría beneficiar su acción. Tal es el caso, por ejemplo, de los defensores *ad litem*,

nombrados por una autoridad pública (juez) para representar a la parte ausente en el juicio, con independencia de la voluntad de ésta y cuya actividad jurídico - material en su contenido, es la misma que cumpliría el abogado particular que hubiese nombrado dicha parte.

Al respecto, en fallo de fecha 08-07-97, el Tribunal Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, ha expresado que dicho defensor “**es designado por la autoridad judicial de acuerdo con disposición de la propia ley**, para que realice **una función específica** en el proceso conforme al ministerio con el que **ha sido investido, a los fines de una debida y pertinente administración de justicia**, en atención a principios consagrados en nuestra Carta Magna relacionadas con el debido proceso y **en beneficio del orden social** y del buen desenvolvimiento de las instituciones del Estado...Dada la importancia que en el proceso implica tal **cargo, cuyo nombramiento no puede ser hecho por las partes, ni por un tercero, sino por el propio Juez de la causa, lo que le da rango de funcionario público accidental**, sometido a **todas** las responsabilidades civiles, penales, administrativas y disciplinarias que puedan surgir como consecuencia del **contrario ejercicio** de su postulado...” (destacado y puntos suspensivos nuestros).

En la misma sentencia se cita la emitida en fecha 08-02-95 por la Sala Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la cual se manifestó que: “**El cargo de defensor ad-litem** es un cargo que **el legislador ha previsto** con una doble finalidad: colaborar con la recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente e impedir que la acción en justicia pueda ser burlada en detrimento de los derechos del actor mediante el subterfugio de una desaparición *ad hoc* y **cuya designación se hace no sólo en provecho del actor y del reo sino también en beneficio del orden social y del buen desenvolvimiento de las instituciones del Estado**” (destacado nuestro).

El carácter público de los funcionarios accidentales tampoco puede ser negado o desvirtuado por la circunstancia de que el cargo no esté encuadrado formalmente dentro de una determinada organización administrativa o no esté descrito dentro de los manuales descriptivos de cargos, pues justamente lo accidental de sus funciones explica y justifica que ello no se haga, pues tales instrumentos organizativos han sido concebidos y elaborados teniendo en cuenta los cargos permanentes de la respectiva organización.

Hecha la anterior serie de consideraciones preliminares, pasamos a continuación a trasladarlas al caso que nos ocupa, a fin de dilucidar la naturaleza jurídica de los interventores para después, consecuencialmente, referirnos al régimen jurídico laboral que les resulta aplicable en virtud de esa naturaleza.

## **II. Naturaleza jurídica de los interventores**

Cabe resaltar, inicialmente, que una vez tomada la medida administrativa de intervención (cuya índole y finalidad pública son evidentes, según lo han reconocido la doctri-



na,<sup>2</sup> y la jurisprudencia<sup>3</sup> la autoridad administrativa competente procede a realizar el nombramiento de los interventores, mediante un acto administrativo (Resolución) a fin de que los así designados procedan a realizar todos los actos jurídicos y materiales de administración, disposición, control y vigilancia en que se manifiesta el régimen o procedimiento administrativo de intervención, al cual ha sido sometido el ente de que se trate.

Ese régimen reviste una índole especial y de Derecho Público, pues tales actos van a ser ejecutados en lo sucesivo y de modo temporal, por personas naturales, designadas para ejercer el cargo de interventores, por un ente u organismo público y no por la asamblea, la junta administradora, los directores ni por ningún otro órgano de la entidad intervenida, a los cuales los interventores no quedan en momento alguno subordinados, sino que pasan a reemplazarlos, con ciertas peculiaridades,<sup>4</sup> en el ejercicio de sus funciones. Ello, por imposición de la referida autoridad que ordena la intervención y realiza la designación.

Más bien, cabe afirmar que, en razón de su nombramiento y de la investidura que éste les confiere, los interventores se encuentran en una situación de superioridad y de poder frente a los entes intervenidos, pues llegan a concentrar en sí mismos todos los poderes que por separado tenían los órganos máximos de dichos entes, sin quedar sujetos a ninguno de ellos. Tal circunstancia constituye una muestra de la supremacía de tales funcionarios frente a los administrados (el propio ente intervenido y los titulares de los órganos de dirección, control, vigilancia y administración reemplazados), lo cual no queda desvirtuado por el hecho de que en virtud del reemplazo ejerzan las actividades materiales y jurídicas habituales de tales órganos.

---

<sup>2</sup> Artículo 21. Ver : Jaime Luis Martínez Estévez, "Algunos aspectos jurídicos de la intervención de los Institutos de Crédito" publicado en la **Revista de Derecho Privado N° 2-2**, Caracas, 1985, p.p. 33 a 49. También: Ministerio de Hacienda, Dictámenes de la Consultoría Jurídica, 1967-1968, p.p. 233 a 239. Particularmente la página 237 donde se expresa, con claridad, lo siguiente: "**El instituto de la intervención ha sido regulado por el legislador como función propia de la administración pública** en cuanto referida a garantizar el normal desenvolvimiento de las actividades crediticias y bancarias, sin duda, consideradas como de interés público. Constituye un delicado instrumento por el cual la acción de Estado se hace presente a objeto de prevenir situaciones que de no atenderse con la celeridad debida, podría generar, seguramente, trastornos no desestimables en la actividad económica; o lo que podría resultar más grave aún: la incertidumbre de un estimable núcleo de la colectividad frente a las empresas bancarias, con las consecuencias imaginables en un sistema de relaciones de producción como el actual..." ( Destacado y puntos suspensivos nuestros).

<sup>3</sup> Ver: sentencia dictada por la Sala Político- Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 14-08-96 (Caso: Británica de Seguros contra la Junta Interventora del Banco Construcción). También, sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso –Administrativo en fechas 07-01-99 (Caso: Julio César Leañez) y 24-11-99 (Inversiones La Cartuja, C.A.).

<sup>4</sup> Como se indicará *infra* en este mismo capítulo, los interventores deben cumplir con el régimen que pudiese establecer la Superintendencia y quedan sujetos en su actuación relativa al pago de acreencias, a autorizaciones y a normas que pudiese establecer la actual Junta de Regulación Financiera. Asimismo, deben someter a la aprobación de ésta, los planes de intervención que hubiesen elaborado.

Debe señalarse, por el contrario, que las únicas manifestaciones jurídicas y materiales de subordinación o dependencia, a las cuales puede aludirse en referencia a los interventores, se observan entre éstos y entes u órganos públicos; más específicamente, respecto a la Superintendencia de Bancos y a la anterior “Junta de Emergencia Financiera”, actualmente “Junta de Regulación Financiera”. Tal situación ha venido incrementándose en la medida en que las sucesivas Leyes de Regulación de la Emergencia Financiera (la actual se denomina “Ley de Regulación Financiera”) han venido introduciendo modificaciones a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>5</sup> (en lo sucesivo, LGB).

En corroboración de lo aseverado, resulta oportuno indicar, primeramente, que en el artículo 255 de la LGB se establece que “En la resolución que dicte la Superintendencia conforme al artículo anterior (es decir, en aquélla por la cual se designe a los interventores) se fijará el régimen a que se someterá el instituto objeto de la medida, para que en el más corto plazo concluya la intervención...” (Paréntesis y puntos suspensivos nuestros). La previsión contenida en esta norma implica que la actuación de los interventores deberá estar subordinada a lo que pudiese disponer la Superintendencia al fijar ese régimen.

Por otra parte, con posterioridad, en los artículos 22 y 23 de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera que sustituyó y derogó en 1996<sup>6</sup> a la Ley de 1994<sup>7</sup> aludida en la consulta e igualmente en los artículos 21 y 22 de la Ley vigente en la actualidad,<sup>8</sup> se previó que para que los interventores puedan realizar una serie de pagos a los acreedores de las entidades intervenidas, deben contar con sendas autorizaciones de la ahora denominada “Junta de Regulación Financiera” (antes Junta de Emergencia Financiera). Incluso se ha dispuesto que deben realizar determinados pagos de conformidad con las normas que al efecto dicte dicha Junta.

En el mismo orden de ideas, resulta oportuno destacar que en caso de ser removidos o destituidos los interventores o revocados sus nombramientos, obviamente tendrían que acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa funcional para que ésta anulase el acto alegadamente ilegal emanado de un ente u organismo público y les restableciese la situación jurídica vulnerada por la actuación de la Administración, en virtud del cual habrían cesado en sus funciones y dejado de percibir las remuneraciones correspondientes. A tales remuneraciones nos referiremos en el capítulo siguiente.

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N° 4.649 del 19-11-93.

<sup>6</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 35.941 de 17-04-96.

<sup>7</sup> Denominada “Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras”, publicada en la Gaceta Oficial N° 35.418 del 10-03-94.

<sup>8</sup> Publicada sucesivamente, en las Gacetas Oficiales números 5.390 Extraordinario del 22-10-99 y 36.868 del 12-01-00 (por reimpresión de la anterior).

*Lo precedentemente expuesto en esta parte del presente dictamen, excluye que pueda considerarse a los interventores, en los términos del artículo 39 y 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, como trabajadores dependientes o subordinados de los entes intervenidos, ni como vinculados con éstos en virtud de un contrato de trabajo. Tales entes tampoco constituyen los empleadores o patronos de los interventores, justamente debido a que éstos son designados para ejercer las funciones correspondientes, por una autoridad pública (la Superintendencia de Bancos<sup>9</sup> o la Junta de Regulación Financiera<sup>10</sup> y no por ningún órgano de la empresa.*

Tampoco cabe que se aplique la presunción contenida en el artículo 65 de dicha ley, pues como se expuso en el Dictamen N° 04-00-01-206 de fecha 14-10-99, emanado de esta Dirección General y aludido en la consulta, los interventores no actúan en interés de los entes intervenidos, “ni para éstos, pues precisamente lo que motivó su designación, como en todo proceso de intervención, fue el resguardo de intereses colectivos”. El predominio, en general que debe darse en los procesos de intervención a tales intereses sobre los intereses particulares de índole patrimonial de los entes intervenidos y de sus accionistas, ha sido puesta de manifiesto, en decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo e igualmente, por el artículo 61 de la actual Ley de Regulación Financiera.<sup>11</sup>

En el mismo Dictamen se explicó también, como se reitera en esta oportunidad que “independientemente de que sustituyan a los administradores de la entidad intervenida, los interventores lo que hacen es ejecutar la medida administrativa de intervención, en

---

<sup>9</sup> Se trata de un **instituto autónomo**, según se deriva de lo previsto en el artículo 42 de la LGB.

<sup>10</sup> Antes denominada “Junta de Emergencia Financiera” la cual, según lo determinó la extinta Corte Suprema de Justicia en fallo dictado por la Sala Político Administrativa el 21-05-97, “es un órgano colegiado **desconcentrado** del Poder Nacional, carente de personalidad jurídica y patrimonio propio” (Destacado nuestro).

<sup>11</sup> En los fallos referidos en el pie de página n° 3 , en referencia a la intervención de empresas relacionadas con la previamente intervenida (situación que ha dado lugar a amparos declarados sin lugar) se ha expresado que la intervención es una situación en la cual el interés **privado “es desplazado por el prevalente interés del Estado** relativo a la función clave dentro del sistema económico general, donde está involucrada la captación de recursos del público y de intermediación en el crédito...” (Destacado nuestro). Por su parte, en la citada norma se faculta a los interventores de entidades respecto de las cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos para “interponer todas las acciones que sean necesarias **para proteger los derechos de sus depositantes o acreedores**, según el caso”. Ello, resulta demostrativo de la prevalencia que en los procesos de intervención debe darse al interés colectivo sobre los intereses patrimoniales del propio banco y de sus accionistas. En el mismo orden de ideas, cabe señalar que como fundamentación axiológica de la medida de intervención se ha invocado la de “salvaguardar los intereses de los depositantes y acreedores, así como resguardar la confianza en el sistema financiero...”(Ver Resolución mediante la cual se interviene a Cavendes Banco de Inversión y a C.A. Inversiones Cavendes, en Gaceta Oficial N° 36.934 del 17-04-2000).

representación y por encargo de la autoridad pública que los designó...” Así, “en realidad prestan sus servicios a esa autoridad y por tanto, a la colectividad; actuación que físicamente desempeñan en la sede del banco intervenido” (Puntos suspensivos nuestros).

Debe considerarse, entonces, a los interventores de entidades financieras **como funcionarios públicos, investidos mediante nombramiento, de una función pública: la función administrativa de intervención, en orden a la cual deben realizar, en su ejecución, tal como se dijo *supra*, un conjunto de actos jurídicos y materiales insertos, precisamente, en el régimen o procedimiento administrativo especial de intervención.** Tal “inserción” ha sido puesta de manifiesto por la Corte Primera de lo Contencioso en fallo dictado el 07-01-99 en los siguientes términos:

“la intervención de bancos y otras instituciones financieras está contemplada en los artículos 251 al 259 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras **como un acto del Poder Público** que comporta **una intromisión en actividades privadas**, en virtud del cual se priva de la posesión y administración de una sociedad a sus propietarios o accionistas, en forma temporal. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras utiliza el vocablo intervención para referirse tanto a un acto (artículo 254 ejusdem) como **al procedimiento o régimen posterior que lo sigue** (artículo 255 ejusdem). La intervención, en el primer sentido, es una medida que se produce a través de un acto administrativo definitivo que requiere de un procedimiento constitutivo previo especial, que constituye un acto definitivo (por tanto, recurrible), formal, suficientemente motivado y fundamentado en supuestos de hecho debidamente comprobados, y **acarrea la realización de determinados actos posteriores (intervención en el sentido de procedimiento o régimen)...**” (destacado y puntos suspensivos nuestros).

Constituye otro elemento indicativo de que se trata de funcionarios públicos, las prohibiciones contenidas en el artículo 259 de la LGB, que justamente impiden que las personas allí señaladas puedan ser designadas para ejercer el cargo de interventores.

*Tal como se indicó en el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99. en textos doctrinarios<sup>12</sup> e incluso en Enciclopedias Jurídicas, de vieja y de nueva data<sup>13</sup>, se alude a los interventores, en general, (no en referencia específica a los interventores de bancos) como*

---

<sup>12</sup> Así, el autor Miguel S. Marienhoff, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, (Tomo I, p.p. 507 a 508) al referirse a la intervención administrativa, califica al interventor como “representante de la autoridad de control”. Y hace alusión a la designación de los interventores, como “nombramientos” de “agentes públicos”. En la misma obra (Tomo III-B, p. 24) pone como ejemplo de temporalidad en la función pública, el caso de los interventores.

*funcionarios que realizan actividades de control y de administración temporal, en reemplazo de los administradores originales del órgano o persona jurídica (privada o pública de que se trate). Igualmente, autores nacionales han coincidido en cuanto al carácter de funcionarios públicos que tienen los interventores de entidades financieras en Venezuela.*<sup>14</sup>

Por otra parte, asimismo cabe precisar y enfatizar que se trata de funcionarios públicos **accidentales**, tal como se expresa en el Dictamen N° 00127 del 11-03-68, emanado de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda,<sup>15</sup> también citado en el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99.

Tal calificación deriva de la circunstancia de que han sido designados por una autoridad pública para que realicen una actividad específica, de carácter temporal: la ejecución de la medida de intervención, al final de la cual cesa su nexo funcional con la autoridad correspondiente y asimismo, su accesoria vinculación con los entes intervenidos.

Al respecto, cabe tener en cuenta además, que se trata de un cargo y de una función que para su designación y ejercicio está condicionada, en lo fáctico a la ocurrencia de situaciones graves, de emergencia; es decir, a “eventualidades” que enfatizan aún más el carácter accidental, transitorio de dicha función, pues de no presentarse tales situaciones no resulta necesario tomar la medida de intervención, ni designar interventores. Algo similar a lo que ocurre, *mutatis mutandis*, con el caso de los defensores *ad litem*, cuya designación y asunción del cargo dependen también de especiales situaciones de hecho.<sup>16</sup> Ello también explica que a ese tipo de funcionarios generalmente no se les incluya en los manuales descriptivos de cargos, cuya finalidad es describir cargos permanentes dentro de la organización administrativa de que se trate.

---

<sup>13</sup> En la **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Tomo XVI, Buenos Aires, 1962, p. 689, se indica, en cuanto a la “Intervención de Sociedades” que se trata de una “**medida de extrema gravedad**,” la cual “consiste en suplantar **temporariamente** a las autoridades de una sociedad o empresa, por un **funcionario** extraño, que se hace cargo de los bienes y negocios sociales...” (Énfasis y puntos suspensivos nuestros). Por su parte, en la reciente **Enciclopedia Jurídica Opus**, Tomo IV, Caracas, 1.994, p. 708, como acepción de la palabra “Interventor” se expresa: “**Funcionario** que **controla** ciertas operaciones y las autoriza legalmente” (destacado nuestro).

<sup>14</sup> Oswaldo Ortega L. y Juan V. Zerpa B. en la obra *Visión Administrativa de la crisis bancaria venezolana*, Caracas, 1997, p. 284 se refieren al acto de intervención, como la “Resolución del organismo regulador bancario, mediante el cual nombra a uno o varios **funcionarios interventores** a quienes les otorga las más amplias facultades de administración y disposición del ente intervenido **en sustitución** de sus órganos regulares” (destacado nuestro). Ver también, Jaime Luis Martínez Estévez, *ob. cit.* p.p. 48 a 49.

<sup>15</sup> En ese Dictamen se manifiesta que el interventor “desempeña una función pública con carácter accidental” y que la intervención se trata “sin duda, de una función pública, aunque realizada en forma accidental, por persona ajena a los cuadros de la propia administración”.

<sup>16</sup> Vinculadas con la ausencia de una de las partes en el respectivo proceso.

Por consiguiente, la calificación o no de funcionario público de un individuo no depende del hecho de que en esos Manuales o incluso, en la Ley de Carrera Administrativa se aluda o no específicamente a esos funcionarios. Sobre el particular, resulta muy ilustrativo el siguiente criterio expresado por el autor Enrique Silva Cimma.<sup>17</sup>

“En el fondo, **de lo que se trata es de que exista todo un régimen jurídico que vincule al funcionario con el Estado**, aunque ese régimen no esté contenido en un solo cuerpo de Ley. Esto quiere decir que la mencionada Ley de Carrera Administrativa, en la especie –caso de Venezuela– podría abarcar el régimen general aplicable a los funcionarios, pero nada obsta a que en razón del carácter especial de determinados funcionarios, o de la situación concreta de ciertos órganos de la Administración o, en fin, de la particularidad de determinadas funciones administrativas, sea necesario establecer preceptivas específicas para regular esa parte de la función pública, que difieren en mayor o menor medida de las disposiciones generales de la Ley de Carrera Administrativa.

Es por ejemplo el caso de los Organismos constitucionalmente autónomos a cargo del control externo, de otros órganos dotados de autonomía constitucional, de los llamados institutos autónomos, de las empresas, o aun de funciones territorialmente descentralizadas, casos todos éstos en que por la especificidad de ciertas funciones, puede ser indispensable que se les establezcan normativas de excepción para regularlas, sin que por ello tales normativas dejen de constituir un ‘Estatuto administrativo’... (destacado y puntos suspensivos nuestros).

Finalmente debe aclararse en este capítulo del presente dictamen, que es inexacto que la emisión de actos administrativos constituya la característica fundamental del desempeño de la función pública. Ello queda desvirtuado por la propia realidad de los hechos, pues a la mayor parte de los funcionarios públicos no le ha sido conferida la competencia para dictar actos administrativos, sino que la misma ha sido reservada en la mayoría de las organizaciones para altos funcionarios, como se observa del texto de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.<sup>18</sup>

Como bien afirma el autor Garrido Falla,<sup>19</sup> la actividad de la Administración no se agota en los puros actos administrativos, sino que también se desenvuelve a través de actos materiales y una parte de la actividad administrativa de carácter material puede, a su vez,

---

<sup>17</sup> Ver: Enrique Silva Cimma, *La Función Pública*, Caracas, 1978, p.p.23.

<sup>18</sup> G. O. N° 2.818 Extraordinario del 01-07-81.

<sup>19</sup> Ver: Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 10ª. Edición, Madrid, 1992.

ser caracterizada como actividad técnica. Pone como ejemplo de su afirmación, el caso de los médicos funcionarios públicos; es decir, al servicio de organismos o entes públicos.

Realizadas las anteriores precisiones sobre la naturaleza jurídica de los interventores, pasamos a referirnos al régimen jurídico laboral que les es aplicable.

### III. Régimen Jurídico Laboral aplicable a los interventores

En esta parte del presente Dictamen, que incluye también lo relativo a las remuneraciones de los interventores, consideramos conveniente transcribir, por su amplitud y claridad, lo que al respecto se expuso en el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99. Se incorpora además la actualización de lo que en materia de remuneraciones de los interventores prevé ahora la vigente Ley de Regulación Financiera.

En el mencionado Dictamen se alude a lo expresado en esa época por una abogada de la misma Dirección Consultante y al criterio expresado anteriormente por la Procuraduría General de la República en el Dictamen N° DG N° 1082 del 12-12-95, en el cual se sostuvo lo siguiente: “Los interventores son funcionarios Públicos designados por el Superintendente de Bancos y con carácter temporal...no desempeña un cargo ad-honorem sino remunerado...perciben honorarios pagados por el banco o institución financiera contra quien se tomó la medida cautelar con cargo a los costos de la intervención” (Puntos suspensivos nuestros). Con base en el criterio parcialmente transcrito, la Procuraduría se pronunció en contra de la procedencia de cualquier pago por concepto de prestaciones sociales a los interventores.

Hechos esos señalamientos previos para una mejor comprensión de lo expuesto en el Dictamen N° 04-00-01-206 del 14-10-99 sobre el régimen laboral aplicable a los interventores, se pasa, a continuación, a transcribirlo parcialmente.

*“Como consecuencia de su condición de funcionarios públicos, a los interventores les resulta aplicable, en principio, el régimen ‘jurídico laboral’ (en los términos empleados en la consulta) previsto en la Ley de Carrera Administrativa, aunque, como bien advirtió en su oportunidad la abogada de la Dirección General consultante, con las ‘especificidades’ o variantes que pudiesen ser introducidas, dispuestas o ‘acordadas’ al respecto por el Superintendente de Bancos.*

*La posibilidad de establecer tales especificidades, deriva de las vastas facultades que le otorga a ese funcionario, el numeral 5) del artículo 150 de la Ley General de Bancos, en cuanto a ‘Nombrar y remover a los funcionarios de la Superintendencia, asignarles sus funciones y obligaciones y fijarles su remuneración, sin más limitaciones que las que se establezcan en el presente título y en las normas especiales’.*

*Ello, aparejado a la circunstancia de que, por disposición expresa del artículo 254 ejusdem debe conferírseles a los interventores ‘las más amplias facultades’ de administración y disposición, constituyen condiciones que permitan, refiriéndonos concretamente al caso objeto de consulta, que las remuneraciones de los interventores fuesen pagadas con cargo al patrimonio del ente intervenido.*

*Por otra parte, al margen de que esas remuneraciones puedan ser conceptuadas o no como honorarios, según las califica la Procuraduría General de la República en su dictamen, cabe señalar, difiriendo de ella, que de conformidad con lo previsto en el artículo 196 de la referida ley, los interventores a los cuales alude la consulta, tenían derecho al pago de prestaciones sociales, pero no en los montos establecidos con base en las reglas de cálculo establecidas en las contrataciones colectivas celebradas entre las entidades intervenidas. De allí que las cantidades que por tal motivo excedan a las legalmente debidas, están sujetas a repetición, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.178 del Código Civil.*

*Esta Dirección coincide así, igualmente, con el criterio ‘final’ expresado al respecto por la abogada de la Dirección Consultante, sobre tales particulares.*

*Al respecto debe señalarse, que el mencionado artículo 196, establece que quienes presten servicios a la Superintendencia, se regirán por la Ley de Carrera Administrativa en lo no previsto en normas especiales y además dispone que en éstas debe consagrarse como mínimo, entre otros beneficios, el de percibir prestaciones sociales establecido en la Ley Orgánica del Trabajo; enfatizándose, finalmente, que no tendrán derecho a contratación colectiva ni a huelga.*

*De ese conjunto de normas, se deriva así, conforme a lo expuesto, que el Superintendente General de Bancos tiene amplias facultades para fijar la remuneración de los interventores y que la misma puede ser fijada bien, con cargo al presupuesto de la Superintendencia o atípicamente, con cargo al patrimonio del banco intervenido. Que los derechos y obligaciones de los interventores, en principio, se rigen por la Ley de Carrera Administrativa y que entre sus beneficios se encuentra el de percibir prestaciones sociales, pero no con base en lo dispuesto en las contrataciones colectivas, a las cuales no tienen derecho (ni, consecuentemente, a los privilegios establecidos en las mismas)” (destacado nuestro).*



*A lo manifestado en ese Dictamen, cabe agregar que la vigente Ley de Regulación Financiera dispone ahora, de modo expreso e indubitable, que los interventores “recibirán la remuneración o retribución que determine la Junta de Regulación Financiera” (destacado nuestro).*

*Ello resulta lógico, dadas las previsiones contenidas en los artículos artículo 2° y 3°, literal de la misma ley. En efecto, el artículo 2° establece que “Hasta tanto se modifique la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el sistema de bancos e instituciones financieras y el sistema nacional de ahorro y préstamo, serán regidos” por dicha Junta. En el literal c; del artículo 3° ejusdem, se le confiere competencia a la misma, para designar y remover a los interventores de las entidades cuya intervención ella haya “acordado” e igualmente, para aprobar los respectivos planes de intervención que se hayan elaborado.*

#### IV. Conclusiones

- 1) Los interventores de entidades financieras son funcionarios públicos, investidos mediante nombramiento, de una función pública: la función administrativa de intervención, en orden a la cual deben realizar, en su ejecución, un conjunto de actos jurídicos y materiales insertos, precisamente, en el régimen o procedimiento administrativo especial de intervención.
- 2) Se trata de funcionarios públicos **accidentales**. Tal calificación deriva de la circunstancia de que han sido designados por una autoridad pública para que realicen una actividad específica, de carácter temporal: la ejecución de la medida de intervención, al final de la cual cesa su nexos funcional con la autoridad correspondiente y asimismo, su accesoria vinculación con los entes intervenidos.
- 3) Como consecuencia de su condición de funcionarios públicos, a los interventores les resulta aplicable, en principio, el régimen jurídico laboral previsto en la Ley de Carrera Administrativa.
- 4) De conformidad con lo previsto en el artículo 196 de la Ley General de Bancos, los interventores tienen derecho al pago de prestaciones sociales, pero no en los montos establecidos con base en las reglas de cálculo establecidas en las contrataciones colectivas celebradas entre las entidades intervenidas y sus trabajadores. De allí que las cantidades que por tal motivo excedan a las legalmente debidas, están sujetas a repetición, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.178 del Código Civil. Se reitera en tales términos, lo expuesto por esta Dirección General de los Servicios Jurídicos en el Dictamen N° 04-00-01-206 de fecha 14-10-99. Se disiente de la opinión de la Procuraduría General de la República, contenida en el Oficio N° 0875 de fecha 14-12-99. Asimismo, se discrepa del criterio expresado por la Dirección Consultante.

- 5) Se precisa que en la vigente Ley de Regulación Financiera se dispone ahora, de modo expreso e indubitable, que los interventores recibirán la remuneración o retribución que determine la Junta de Regulación Financiera.

Dictamen N° 04-02-124 del 2 de junio de 2000.

*Período de prueba. Naturaleza Jurídica. Derechos Socio-Económicos de los Funcionarios en período de prueba de la Contraloría General de la República.*

**El nombramiento provisional de un funcionario con sometimiento a período de prueba constituye un acto administrativo sujeto a condición.**

**Los beneficios socio-económicos que puedan tener los funcionarios en período de prueba dependen del cumplimiento de los supuestos de hecho que dan lugar a cada beneficio.**

Memorándum N° 04-02-194 del 16 de agosto de 2000.

- 1) Normas jurídicas relativas al “período de prueba” en el Estatuto de Personal de este Organismo Contralor, en la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento:

- a) Estatuto de Personal (Gaceta Oficial N° 36.778 del 2 de septiembre de 1999):

- Artículo 12:

“Las personas que ingresen a la Contraloría quedan sujetas a un período de prueba de hasta seis (6) meses. Dicho período constituye la última etapa del proceso de selección, condicionándose el ingreso definitivo a los resultados de la evaluación correspondiente”.

- Artículo 13:

“El superior inmediato evaluará al funcionario en período de prueba, con fundamento en la calificación definitiva y documentada del desempeño. Dicha evaluación será conformada por el superior jerárquico correspondiente, utilizando el formulario elaborado al efecto”.

- Artículo 14:

“El funcionario se considerará ratificado si vencido el período de prueba no ha sido evaluado”.

- Artículo 15:

“En el período de prueba, no se computará el tiempo que dure la cesación transitoria del trabajo debido a enfermedad del funcionario o cualquiera otra causa legal que implique inasistencia del trabajo”.

- b) Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial N° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975):

– Artículo 37:

“Las personas que ingresen a la carrera administrativa quedan sujetas a un período cuya duración y modalidades fijará el Reglamento, teniendo en cuenta las características del cargo.

Parágrafo Único : El Reglamento podrá fijar igualmente período de prueba al inicio del ejercicio de determinados cargos así como las condiciones de rechazo, cuando fuere el caso”.

c) Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial N° 36.630 del 27 de enero de 1999):

– Artículo 141:

“El período de prueba previsto en el artículo 37 de la Ley de Carrera Administrativa no excederá de seis meses. El permiso obligatorio lo suspende hasta la reincorporación del funcionario”.

– Artículo 142:

“En el período de prueba el supervisor inmediato evaluará su actuación y su contenido y su resultado será notificado”.

– Artículo 143:

“Si el resultado de la evaluación es negativo, la máxima autoridad del organismo deberá retirar el funcionario”.

– Artículo 144:

“El funcionario se considerará ratificado si vencido el período de prueba no ha sido evaluado. El superior obligado a la evaluación será sancionado”.

– Artículo 145:

“Si la evaluación es positiva o el funcionario es ratificado, la Oficina Central de Personal le otorgará el certificado de funcionario de carrera”.

2) Naturaleza del “período de prueba” :

En la obra “*Las Cláusulas Accesorias del Acto Administrativo*” del español Francisco Velasco Caballero<sup>1</sup> se distingue entre “cláusulas *iuris*” y “cláusulas accesorias” del acto administrativo. Las primeras son impuestas por la ley ; su consecuencia jurídica proviene inmediatamente de la norma. Las segundas son impuestas por la Administración conforme a previsión y autorización de la ley.

---

<sup>1</sup> Madrid, Tecnos, 1996, pp. 57-68.

Estas cláusulas pueden consistir en un “término”, una “condición” o un “modo”. Se trata, evidentemente, de instituciones jurídicas originadas en el Derecho Privado.

Desde el punto de vista de la teoría del acto administrativo, el “período de prueba” constituye como tal una “condición”, o hecho futuro e incierto al que está sujeto el acto administrativo de nombramiento de un funcionario. Esta condición supone en primer lugar, una “cláusula *iuris*”, porque la impone directamente el propio ordenamiento jurídico, como vimos **supra**, y en segundo lugar, tiene la característica de ser tanto una condición “suspensiva” como “resolutoria”<sup>2</sup>:

- Es “suspensiva” en el sentido de que el nombramiento definitivo del funcionario está sujeto a que éste sea evaluado favorablemente.
- Es “resolutoria” por cuanto, el funcionario tiene derecho a ejercer el cargo y desempeñar las funciones inherentes a éste –mas no a la “estabilidad”– mientras no sea ratificado ; sin embargo, este derecho se pierde si aquél es evaluado negativamente.

*Desde el punto de vista del régimen de la función pública, el “período de prueba” presupone un “nombramiento provisional”, por el cual, el funcionario no adquiere el derecho a la estabilidad, sino una vez que se le otorga el nombramiento definitivo.*

3) Derechos y beneficios socio-económicos de los funcionarios en período de prueba :

En primer lugar, como señalamos **supra**, el funcionario en período de prueba tiene derecho a ejercer el cargo y desempeñar las funciones inherentes a éste mientras no sea ratificado. Ahora bien, esto no significa que tenga el “derecho a la estabilidad” a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Carrera Administrativa y, en el caso de la Contraloría, el artículo 48 de su Estatuto de Personal. Por lo tanto, no está sujeto a las causales de retiro previstas en el artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa y, en el caso de la Contraloría, el artículo 103 del Estatuto de Personal.

En segundo lugar, de conformidad con los artículos 24 de la Ley de Carrera Administrativa y 56 del Estatuto de Personal, los funcionarios tienen derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñan. En el caso de la Contraloría, esas remuneraciones son de conformidad con el sistema de remuneraciones que rija para este Organismo. En tal sentido, el artículo 19 del referido Estatuto prevé lo siguiente en relación con el “sistema de remuneraciones”:

---

<sup>2</sup> Un sector de la doctrina admite sólo la condición “resolutoria” en el acto administrativo (DROMI, Roberto: “El Acto Administrativo”, Buenos Aires, Eds. Ciudad Argentina, 1997, 3ª. Ed., pp. 151-152). Velasco Caballero (o.c., p. 80) la admite e incluso afirma que “(...) hay casos en que un mismo hecho puede condicionar suspensiva y resolutoriamente”.

“El sistema de remuneraciones comprende los sueldos incluidos en el Tabulador más la prima de antigüedad y otras asignaciones de similar naturaleza, las cuales integrarán el sueldo mensual del funcionario. Asimismo formarán parte del sistema, la prima por hijos y las otras asignaciones no permanentes que reciban los funcionarios por sus servicios”.

*Ahora bien, no todos los conceptos que integran el sistema de remuneraciones le corresponden a un funcionario en período de prueba. En efecto, le corresponderá el sueldo incluido en el Tabulador, y si fuere el caso, la prima para profesionales y técnicos superiores (artículo 59 **ejusdem**), y la prima por hijos, con la salvedad de que ésta no se hará efectiva sino a partir del 1° de enero del año siguiente a aquél en que ingresó el funcionario (artículo 60, Parágrafo Único del Estatuto de Personal). No le correspondería en cambio, la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 19 antes citado, por cuanto ésta, de conformidad con el artículo 58 **ejusdem**, requiere que cumpla un (1) año de servicios ; en todo caso, se computará el plazo transcurrido en el período de prueba para el caso de que el funcionario sea ratificado.*

Por lo que respecta a la procedencia de otros beneficios socio-económicos, podemos señalar lo siguiente (de ahora en adelante las referencias son todas a las normas del Estatuto de Personal):

- Derecho al período de vacaciones y al bono vacacional : son improcedentes por cuanto de conformidad con el artículo 52, este derecho se origina cuando el funcionario cumple once (11) meses de servicio. Igualmente, se computará el plazo transcurrido si el funcionario es ratificado. Quedan a salvo, aquellos funcionarios que ingresen a la Contraloría en régimen de continuidad, en base a lo previsto en el artículo 32, Parágrafo Único de la Ley de Carrera Administrativa, y a quienes debe reconocérseles el plazo transcurrido entre la última fecha en que se originó este derecho a su favor y el momento en que ingresan a la Contraloría.
- Bonificación de fin de año : procede si el funcionario ha prestado a la Administración Pública un mínimo de un (1) mes de servicio, debiéndosele cancelar dicha bonificación proporcionalmente al número de meses efectivamente laborados durante el ejercicio fiscal correspondiente (artículo 57).
- Beneficio de hospitalización, cirugía y maternidad otorgado por el sistema de seguro colectivo : es procedente siempre que el funcionario se inscriba voluntariamente en dicho sistema (artículo 61).
- Bono Anual de Útiles Escolares (artículo 62) : es procedente si el funcionario está prestando servicios en la oportunidad en que sea pagado este beneficio.
- Prima por gastos de defunción : es procedente siempre que se presenten facturas originales por concepto de gastos funerarios (artículo 63).

- Prestación de antigüedad (artículo 65) : se cancelará de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo (Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997), cuyo artículo 108 prevé que este derecho nacerá después del tercer (3°) mes de servicios ininterrumpidos. Asimismo, aquellos funcionarios que a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley Orgánica, hubiesen tenido una antigüedad en el servicio público superior a seis (6) meses, en el primer año tendrán derecho a una prestación de antigüedad equivalente a sesenta (60) días de sueldo, según lo establecido en el artículo 4° del “Régimen de Prestaciones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República” (Gaceta Oficial N° 36.268 del 13 de agosto de 1997).
- Aporte de la Caja de Ahorros : es procedente siempre que el funcionario se asocie a ésta (artículo 66).
- Servicios gratuitos de medicina asistencial, laboratorio clínico y atención odontológica : el funcionario puede utilizarlos dentro las condiciones que sean acordadas con los profesionales respectivos (artículo 67).
- Asignación para juguetes destinados a los hijos de los funcionarios, menores de doce (12) años : es procedente si el funcionario está prestando servicios en la oportunidad en que sea pagado este beneficio (artículo 68).
- Ingreso de los hijos al Preescolar : dependerá de la regulación que se dicte a tal efecto (artículo 69).

**Conclusión:**

En resumen, podemos señalar lo siguiente :

1. El nombramiento provisional de un funcionario con sometimiento a período de prueba constituye un acto administrativo sujeto a condición, tanto suspensiva como resolutoria.
2. Los beneficios socio-económicos que puedan tener los funcionarios en período de prueba dependen del cumplimiento de los supuestos de hecho que dan lugar a cada beneficio.

Memorándum N° 04-02-194 del 16 de agosto de 2000.

*Incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos.*

**El cargo de director laboral constituye un cargo accidental, por lo que, en principio, pareciera no existir la incompatibilidad planteada. Sin embargo, en la práctica, pudiera ocurrir que el ejercicio de ese cargo implique la realización de funciones que impidan total o parcialmente el desempeño del cargo de Jefe de División. De ocurrir esto, existiría incompatibilidad, lo que impediría el ejercicio simultáneo de ambos cargos.**

Oficio N° 04-02-99 del 22 de agosto de 2000.

(...) para dar respuesta a su comunicación N° (...), de fecha 20 de julio del presente año, mediante la cual solicita la opinión de este Organismo Contralor en relación con la particular situación del (...) Jefe de la División de (...) de la Contraloría Interna de esa Corporación, y quien (...) fuera elegido Director Laboral de la misma Corporación, de conformidad con el Decreto del 30 de enero de 2000, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (G.O. N° 36.904 del 2/3/2000).

Entiende este Organismo que la solicitud planteada tiene por objeto que se aclare la situación laboral del ciudadano (...), toda vez que, con base en los solos términos de dicha solicitud, pudiera existir incompatibilidad entre el ejercicio de los cargos que dicho ciudadano desempeña en la citada Corporación, esto es, entre el cargo de Jefe de la División de (...) de la Contraloría Interna de (...) y el de Director Laboral de la misma Corporación.

Pues bien, con fundamento en el principio constitucional de colaboración entre los distintos órganos que integran el Poder Público, previsto en el artículo 136 de la Constitución (G.O. N° 5.453 Ext. del 24/3/2000), y teniendo en consideración que la solicitud de opinión versa sobre el funcionamiento de un órgano de control interno, cuya orientación puede inscribirse en el marco de la rectoría que corresponde a la Contraloría General de la República sobre los sistemas de control interno y externo, lo que aparece consagrado en el artículo 69 de la Ley Orgánica que rige a este máximo órgano de control, se emite la opinión solicitada en los siguientes términos:

La Constitución, en el artículo 148 dispone:

“Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente el principal.”

Como se puede observar la norma constitucional consagra la prohibición general de ejercer simultáneamente más de un destino público remunerado. Se afirma que con esta prohibición se pretende lograr que el funcionario pueda dedicarse al máximo al cumplimiento de la función asignada, ejecutándola a cabalidad, lo que pudiera verse afectado si ejerce, a la vez, más de un cargo o destino público. Igualmente, se sostiene que con esta prohibición se pretende evitar que determinadas personas monopolicen los cargos de la Administración Pública y que los sueldos se concentren en pocas manos. (Ver: Dictamen de este Organismo Contralor, N° J-228 del 28 de agosto de 1970). En todo caso, ha de tenerse en cuenta que este principio general de incompatibilidad no es de aplicación absoluta, pues el propio constituyente ha previsto excepciones a la aplicación de la regla cuando se trata de “*cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley*”.

Así mismo, debe tenerse presente que no sólo el carácter remunerado de dos cargos públicos determina su incompatibilidad, por el ejercicio simultáneo de ellos. Esta afirmación se desprende del texto de la Ley de Carrera Administrativa (G. O. N° 1.745 Ext. del 23 de mayo de 1975), instrumento aplicable a los funcionarios de la Administración Pública Nacional, Central y Descentralizada, que al desarrollar el principio previsto en el texto constitucional, en el artículo 31 dispone:

“El ejercicio de un destino público remunerado es incompatible con el desempeño de cualquier cargo, profesión o actividades **que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario.**

El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales declarado por la Ley compatible con un destino público remunerado, **se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste,** en conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley” (negrillas y subrayado nuestro). (A este respecto también puede consultarse el Dictamen N° DGSJ-1-061 del 3 de junio de 1988 de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de esta Contraloría General de la República).

Se observa que la norma legal transcrita, de manera más precisa, consagra la regla general de incompatibilidad del ejercicio de un destino público remunerado con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, que pueda menoscabar el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo inicial, independientemente de que el cargo, profesión, actividad o destino público sobrevenido, se encuentre en una de las categorías exceptuadas del principio general de incompatibilidad que establece la norma. Como antes se explicó, lo que se pretende con dicha prohibición es que el funcionario cumpla a cabalidad con los deberes propios de su cargo, y que no perjudique con la realización de cualquier otra actividad el eficiente desempeño del cargo original, lo que en definitiva afectaría la buena marcha de la Administración Pública.

En este aspecto es en el que debemos detenernos para analizar la situación concreta del ciudadano (...). En efecto, no se trata de que dicho funcionario se encuentre desempeñando dos cargos públicos remunerados, esa no es la situación del mencionado ciudadano, toda vez que, como claramente lo establece el artículo 1 del Decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 30 de enero de 2000 (G.O. N° 36.904 del 2/3/2000), los directores laborales **“no cobrarán remuneración adicional al salario percibido por el cargo que desempeñen en la empresa, salvo los gastos inherentes al ejercicio de sus funciones de representación.”** Lo que parece motivar el planteamiento de la consulta es el menoscabo que el desempeño del ciudadano (...), como Director Laboral, estaría produciendo en las actividades que el mismo debe realizar como Jefe de la División de (...) de la Contraloría Interna.



En este sentido, debe tenerse presente que el cargo de Director Laboral constituye un cargo accidental, así se desprende del artículo 4° del Reglamento Parcial de la Ley de la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (G.O. N° 29-078 del 20/11/1969), que prevé que las reuniones del Directorio se realizarán una vez al mes, por lo menos, previa convocatoria del Presidente de la Corporación, por lo que, en principio, pareciera no existir la incompatibilidad planteada.

Sin embargo, en la práctica, y por lo que toca al caso específico objeto de consulta, pudiera ocurrir que el ejercicio del cargo de Director Laboral implique la realización de funciones que impidan total o parcialmente el desempeño del cargo de Jefe de la División de (...), bien porque aquel cargo demande dedicación exclusiva de sus integrantes, o por alguna otra circunstancia propia de su ejercicio. De ocurrir esto, es decir, si se estuviesen incumpliendo las obligaciones inherentes al cargo de Jefe de la División de (...) de la Contraloría Interna, existiría incompatibilidad, lo que impediría el ejercicio simultáneo de ambos cargos.

Oficio N° 04-02-99 del 22 de agosto de 2000.

*Ajuste del monto de la pensión de jubilación, en el supuesto de reingreso a la Institución en un cargo de libre nombramiento y remoción.*

**En el caso de reingreso, el presupuesto para recalcular la pensión de jubilación es la permanencia en el ejercicio del cargo, por lo menos durante tres (3) años. En este supuesto no resultará procedente recalcular la prestación de antigüedad y otros beneficios laborales, ya concedidos en razón de una anterior relación laboral.**

Memorándum N° 04-02-203 del 23 de agosto de 2000.

(...) sobre la solicitud planteada consistente en la posibilidad de ajustar al sueldo devengado como Directora Sectorial, para el momento de la solicitud, el monto de la pensión de jubilación que le fue otorgada en la Resolución N° (...) del 20-12-1999, para hacerse efectiva a partir del 1-1-2000.

Del mismo modo, en dicha comunicación (...) solicita que, en caso de ser favorable el pronunciamiento de este Organismo sobre el punto anterior, se considere la posibilidad de ajustar el monto que le fue pagado “por el beneficio de la prestación de antigüedad y otros beneficios de la relación laboral prestada por mi a la Institución, durante 23 años, 8 meses y 15 días”.

Examinados los referidos planteamientos, quien suscribe observa:

El artículo 8° del Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República (G.O. N° 36.558 del 13/10/1998), dispone:

“Los jubilados por la Contraloría General de la República no podrán reingresar a este Organismo mediante nombramiento, salvo que se trate de cargos de libre nombramiento y remoción.

En este caso les será suspendido el pago de la pensión de jubilación. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión de jubilación en los términos que fue concedida inicialmente, quedando a salvo los ajustes previstos en el artículo 38 de este Reglamento. En función del ejercicio del nuevo cargo no podrán solicitar otra jubilación, pero si hubiesen permanecido en el servicio por un lapso no menor de tres (3) años, el tiempo de servicio contado a partir del reingreso se computará para ajustar el monto de la pensión de jubilación al sueldo mensual del último cargo desempeñado, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de este Reglamento” (subrayado nuestro).

Se advierte de esta disposición que puede producirse el reingreso a la Contraloría General de la República de un jubilado por ella, siempre que sea en un cargo de libre nombramiento y remoción. Así mismo, la norma transcrita señala que, en estos casos, el pago de la pensión de jubilación se suspende hasta el momento en el cual se produce el egreso, que es cuando vuelve a ser disfrutada en los mismos términos en que fue concedida inicialmente, con la salvedad, según la misma norma, de que dicho monto jubilatorio puede haberse incrementado como consecuencia de la aplicación de algún ajuste, de conformidad con el artículo 38 del referido Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, según el cual cada vez que se modifique el sueldo tabulador del personal activo se ajustarán las asignaciones del personal jubilado o pensionado.

Del mismo modo, establece la disposición *in commento* que en el caso de que el jubilado hubiere permanecido en ejercicio del nuevo cargo por un lapso no menor de 3 años, el cumplimiento de ese tiempo de servicio permitirá ajustar el monto de la pensión de jubilación al sueldo mensual del último cargo desempeñado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del instrumento reglamentario mencionado.

En el asunto que se examina, se observa que (...) fue jubilada efectivamente a partir del día 1-1-2000, y que reingresó desde el 16-1-2000 en un cargo de libre nombramiento y remoción, a cuyo efecto se suspendió el pago de la pensión de jubilación, conforme a lo establecido por el artículo 8° del mencionado Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República.

Así mismo, se advierte que de conformidad con el citado artículo 8° reglamentario para reajustar la pensión jubilatoria, sobre la base del último sueldo mensual devengado, como consecuencia del reingreso a la función pública en el cargo de Director Sectorial,

como ocurre en el asunto analizado, es necesaria la permanencia en el ejercicio del cargo por lo menos durante tres (3) años. Este lapso constituye el presupuesto para el otorgamiento de ese ajuste, presupuesto que no se da en la situación particular que se somete a nuestra consideración.

Por consiguiente, con fundamento en el marco normativo que establece el régimen sobre jubilaciones y pensiones de los funcionarios de esta Contraloría, es forzoso concluir que no resulta procedente la solicitud de la ciudadana (...) de que le sea ajustada la pensión de jubilación que le fue otorgada mediante la Resolución N° (...).

En segundo lugar, (...) solicita que se le ajuste lo que le fue pagado por concepto de prestación de antigüedad y otros beneficios derivados de la relación laboral que prestó a esta Institución durante 23 años, 8 meses y 15 días.

En este sentido, es conveniente mencionar que la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (G.O. N° 5.152 Ext. del 19/6/1997), en el artículo 108, tercer párrafo, dispone que “La prestación de antigüedad, atendiendo a la voluntad del trabajador, requerida previamente por escrito, se depositará y liquidará mensualmente, en forma definitiva, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o se acreditará mensualmente a su nombre, también en forma definitiva, en la contabilidad de la empresa. Lo depositado o acreditado mensualmente se pagará al término de la relación de trabajo y devengará intereses...”.

Como se evidencia de esta disposición legal la suma que corresponde al trabajador, por concepto de prestación de antigüedad, se calcula mes a mes, y es, precisamente, lo depositado o acreditado mensualmente lo que se pagará, en dicho concepto, al finalizar la relación laboral, regulación que, como se observa, postula el cálculo definitivo de las prestaciones sociales, en forma mensual.

Incluso, la prohibición de recálculo de la prestación de antigüedad, está consagrada expresamente en el párrafo segundo del artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual “...El salario base para el cálculo de la prestación de antigüedad, en la forma y términos establecidos en el artículo 108 de esta Ley, será el devengado en el mes correspondiente. **LOS CÁLCULOS MENSUALES POR TAL CONCEPTO SON DEFINITIVOS Y NO PODRÁN SER OBJETO DE AJUSTE O RECÁLCULO DURANTE LA RELACIÓN DE TRABAJO NI A SU TERMINACIÓN**” (mayúsculas nuestras).

Además de ello, debe tenerse en cuenta que la prestación de antigüedad a que tiene derecho (...) a partir del 16 de enero de 2000, fecha en la cual se produjo su reingreso al Organismo Contralor, en un cargo de libre nombramiento y remoción, no pueden ser relacionadas con las debidas para el momento en que se produjo la finalización de la relación de trabajo, en razón de la jubilación, toda vez que con el otorgamiento de este beneficio se produjo una ruptura definitiva de esa relación por haber finalizado la carrera administrativa de la ex-funcionaria. (Ver: Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos

de la Contraloría General de la República. 1998-. N° XIV. Edic. de la Contraloría General de la República. Pág. 305-313).

En consecuencia, no resulta procedente computar nuevamente todo el tiempo en el cual (...) prestó sus servicios a este Organismo, a los fines de recalcular la prestación de antigüedad. Consecuencialmente, por la nueva relación funcional iniciada a partir del reingreso, sólo se le debe pagar, en concepto de prestación de antigüedad, lo correspondiente al tiempo de servicio prestado desde el 16-1-2000 hasta el 15-6-2000, fecha en la cual se produjo su egreso del cargo de Directora Sectorial.

En cuanto a la solicitud de ajuste de “los otros beneficios” de la relación laboral prestada por la solicitante durante 23 años, 8 meses y 15 días, esta Dirección se abstiene de emitir pronunciamiento en razón de lo indeterminado de la solicitud, ya que no se indican los beneficios a los que se referiría el ajuste, ni razón alguna que fundamente su procedencia.

Memorándum N° 04-02-203 del 23 de agosto de 2000.

*Incompatibilidad en el ejercicio del cargo de miembro de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia con el ejercicio del cargo de juez.*

**Se mantiene el criterio expresado en el Dictamen 04-00-01-114 del 7 de julio de 1999, emanado de la Dirección de Asesoría Jurídica de este Organismo, en cuanto a la incompatibilidad del ejercicio de los cargos de juez y de miembro de la Comisión arriba identificada.**

Oficio N° 04-02-103 del 13 de septiembre de 2000.

(...) solicitud de modificación del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-114 del 7 de julio de 1999, emanado de la Dirección de Asesoría Jurídica de este Organismo, y en el que se concluye que “...el cargo de miembro de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia es incompatible con el ejercicio del cargo de juez, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Carrera Judicial, en concordancia con las disposiciones que regulan la mencionada Comisión, prescritas en el Decreto N° 234 del 10-08-79...”

Como fundamento de la solicitud de modificación del criterio precedentemente transcrito, contenido en el indicado dictamen, se invocan el Decreto de creación de la aludida Comisión (N° 194 de fecha 25 de junio de 1974) y los artículos 10 y 12 del instrumento normativo que se acompaña a la solicitud y que en la misma se califica como el Reglamento Interno de la Comisión, a saber: el Anteproyecto de Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia, de octubre de 1999, elaborado por la Dirección General de Consultoría Jurídica del Ministerio del Interior y Justicia.

Al respecto se observa:

Los instrumentos normativos que se invocan como fundamento de la solicitud de revisión del criterio contenido en el ya citado Dictamen 04-00-01-114, carecen de eficacia jurídica en razón de lo siguiente:

El Decreto N° 194 del 25 de junio de 1974, mediante el cual se creó la susodicha Comisión, como se afirma en el Dictamen cuya revisión se solicita (p. 5) fue reformado por el Decreto N° 709 del 14 de enero de 1975 (G.O. N° 30.608 del 27-01-75), y éste a su vez fue derogado por el Decreto N° 234 del 10 de agosto de 1979. Por su parte, el Anteproyecto de Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia que se acompaña a la solicitud, precisamente por su condición de anteproyecto, es un instrumento normativo que no ha adquirido vigencia y por lo tanto resulta a todas luces inaplicable.

Consecuentemente, resulta evidente que con fundamento en tales instrumentos normativos no es posible acceder a su solicitud, la cual se desestima. Por tanto, se mantiene el criterio expresado en el Dictamen 04-00-01-114 del 7 de julio de 1999, emanado de la Dirección de Asesoría Jurídica de este Organismo, en cuanto a la incompatibilidad del ejercicio de los cargos de juez y de miembro de la Comisión antes identificada.

Oficio N° 04-02-103 del 13 de septiembre de 2000.

*Requisitos para la jubilación de Concejales a tenor del Artículo 7° del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios (G.O. N° 36.880 del 28-01-2000).*

**En la actualidad, para adquirir el derecho al beneficio de jubilación en la condición de Concejal, deben cumplirse los requisitos de edad y tiempo establecidos a tales efectos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, y adicionalmente y en todo caso, debe cumplirse con un mínimo de tres (3) períodos ejerciendo el cargo de Concejal, en atención a lo dispuesto en el artículo 7° del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, independientemente de que con esos tres (3) períodos se sobrepase la antigüedad de veinticinco (25) años de servicio en organismos del sector público.**

Oficio N° 04-02-108 del 21 de septiembre de 2000.

(...) la supracitada disposición del Régimen Transitorio en referencia, es del siguiente tenor:

“Artículo 7°.- Los Gobernadores, los Alcaldes, los miembros de las Comisiones o Consejos Legislativos de los Estados, los Concejales y los miembros de las Juntas Parroquiales se jubilarán o pensionarán, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios o el que se establezca en el marco de la seguridad social. **Los Legisladores y Concejales para optar a la jubilación como tales, deben cumplir como mínimo tres (3) períodos en el ejercicio de sus cargos a los fines de completar veinticinco (25) años de servicios o más**” (resaltado nuestro).

A la luz de la norma antes transcrita, en la actualidad para obtener el derecho al beneficio de jubilación **en la condición de Concejal** deben cumplirse los requisitos de edad y tiempo establecidos a tales efectos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.850 Extraordinario del 18-07-86), y **adicionalmente y en todo caso**, debe cumplirse con un mínimo de tres (3) períodos ejerciendo el cargo de Concejal, independientemente de que con esos tres (3) períodos se sobrepase la antigüedad de veinticinco (25) años de servicio en organismos del sector público, exigida en el literal a) del artículo 3° de la mencionada Ley del Estatuto como antigüedad mínima para hacerse acreedor del derecho a la jubilación, conjuntamente con el requisito mínimo de edad, que varía según se sea hombre o mujer (60 años o 55 años, respectivamente).

En este orden de ideas, si la suma de los años de servicio prestados en forma ininterrumpida o no, en organismos del sector público con la antigüedad acumulada por el ejercicio de tres (3) períodos en el cargo de Concejal no alcanza el límite de veinticinco (25) años, no se configura una de las condiciones necesarias para que nazca el derecho a la jubilación en la condición de Concejal.

Oficio N° 04-02-108 del 21 de Septiembre de 2000.

*Impedimento legal para proceder a nombrar al cónyuge de un Alcalde, en alguno de los cargos que conforman su “Tren Ejecutivo”.*

**La intención del legislador al establecer la prohibición señalada en el artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, reproducida en el artículo 71 de la Ordenanza sobre Hacienda Pública Municipal respectiva, es que la función que desempeñan los servidores públicos en una determinada Oficina de Hacienda, no esté condicionada por la relación que implica el parentesco o el vínculo del**

**matrimonio, por lo tanto, la cónyuge del Alcalde no podrá formar parte del personal directivo del ente municipal.**

Oficio N° 04-02-127 del 24 de octubre de 2000.

El artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>1</sup> señala que: “No podrán ser empleados de una **misma Oficina de Hacienda** los **cónyuges** ni las personas unidas por parentesco de consanguinidad en la línea recta, ni en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, ni de afinidad en la línea recta ni en la colateral en el segundo grado también inclusive” (negrillas nuestras).

Esta norma es reproducida en el artículo 71 de la Ordenanza sobre Hacienda Pública Municipal dictada por el Concejo Municipal del Municipio (...) en fecha 18-09-96, en los términos siguientes: “No podrán ser funcionarios en la **misma oficina, ni en oficinas donde se realicen diversas etapas del proceso de la Administración de la Hacienda Pública Municipal**, quienes tengan entre sí parentescos hasta el 4to. grado de consanguinidad o 2do. grado de afinidad, **ni cónyuges**” (negrillas nuestras).

En cuanto a la interpretación del prenombrado artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, este Organismo Contralor mediante opinión emitida en fecha 14-03-79<sup>2</sup> expresó, que lo que el legislador pretendió con la formulación de la citada norma, fue “...buscar la manera de que en la gestión de los asuntos públicos no participen personas ligadas por vínculos de parentesco a fin de que su labor no se vea en ningún momento comprometida o condicionada por la fuerza de esos nexos particulares.”

Asimismo, en relación con una consulta relacionada con la existencia o no de algún impedimento legal para que el hijo del Presidente de un Instituto Autónomo ejerza el cargo de Gerente de Producción en ese Instituto, esta Dirección de Asesoría Jurídica opinó<sup>3</sup> que el Presidente y el Gerente de Producción del referido Instituto son empleados de Hacienda y están unidos en parentesco por consanguinidad, en primer grado y en línea recta. “Sin embargo, del análisis del Manual de Organización y del Organigrama Estructural se evidencia que están adscritos a oficinas distintas y, además, que el Gerente de Producción realiza funciones que tiene asignadas bajo las **instrucciones** del Gerente General y no del Presidente del Instituto” (negrillas nuestras).

En el citado Dictamen se concluyó que el “...supuesto de hecho no se subsume en el supuesto normativo y por ello no resulta aplicable el citado artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Lo expuesto permite sostener que no existe impedimento

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial N° 1660 Extraordinario de fecha 21 de junio de 1974.

<sup>2</sup> Ver Dictamen N° CJ-025 de fecha 14 de marzo de 1979.

<sup>3</sup> Ver Dictamen N° DGSJ-1-19 de fecha 13 de marzo de 1995.

legal, en razón del parentesco, para que el hijo del Presidente del Instituto en cuestión ejerza el cargo de Gerente de Producción en el mismo Organismo Público. Diferente sería la solución si padre e hijo fueran **Directores** o si ambos estuviesen adscritos a la Presidencia” (negrillas nuestras).

En otra consulta formulada, relacionada con el contrato de trabajo suscrito entre la Presidente del Instituto (...) y su hijo, esta Dirección expresó<sup>4</sup> que del análisis del artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional emerge, que dicha funcionaria y su hijo no pueden trabajar en la misma Oficina, por lo que el contrato carece de uno de sus elementos esenciales para su existencia y por lo tanto se consideró que estaba viciado de nulidad absoluta.

Ahora bien, entiende esta Dirección que el “TREN EJECUTIVO” de la Alcaldía, está conformado por los Directores que van a desempeñarse en las diferentes áreas de la administración municipal y que por lo tanto, en virtud del principio de jerarquía que rige a toda la Administración Pública Nacional, éstos deberán ajustar su actuación a las órdenes o directrices que imparta su superior inmediato y directo, que en este caso es el Alcalde.

En consecuencia, tomando en consideración que la intención del legislador, tal como se señaló precedentemente, al establecer la prohibición señalada en el artículo 123 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (reproducido en la citada Ordenanza del Municipio (...), es que la función que desempeñen los servidores públicos en una determinada Oficina de Hacienda, no esté condicionada por la relación que implica el parentesco o el vínculo del matrimonio, aunado a que en esta materia este Organismo Contralor ha emitido opinión en ese sentido, es forzoso concluir que la cónyuge del Alcalde del Municipio (...) no podrá formar parte del personal directivo de ese ente municipal.

Oficio N° 04-02-127 del 24 de octubre de 2000.

*Incompatibilidades. Disfrute simultáneo de la pensión de jubilación acordada por la Universidad (...) con la remuneración percibida como Contralor Interno de la misma.*

**Resulta incompatible el disfrute simultáneo de la pensión de jubilación acordada por la Universidad Nacional Experimental (...) con la remuneración percibida como Contralor Interno de la misma, pero no existe tal incompatibilidad con la remuneración percibida en su condición de docente contratado.**

Memorándum N° 04-02-250 del 19 de octubre de 2000.

---

<sup>4</sup> Ver Dictamen N° DGSJ-1-052 de fecha 19 de agosto de 1994.



El artículo 212 del Estatuto del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Experimental (...) que se encontraba vigente para la época en que el ciudadano (...) sucesivamente fue jubilado de esa Universidad, designado Contralor Interno de la misma y contratado como docente a medio tiempo igualmente de esa casa de estudios, contenía las siguientes normas relativas al reingreso de los profesores jubilados:

“Artículo 212. Cuando un profesor jubilado por esta Universidad resulte **electo para un cargo directivo compatible con las disposiciones legales**, deberá suspender la percepción que recibe por concepto de jubilación y disfrutar del sueldo, las primas y demás derechos del cargo que ocupa. Una vez finalizada su actuación en el cargo Directivo, disfrutará nuevamente de su jubilación y le corresponderá un ajuste en el monto, con base a lo percibido por tales conceptos” (destacado nuestro).

“Artículo 214. **Los profesores jubilados pueden prestar servicios en condición de contratados** a la Universidad, para actividades de **docencia**, investigación, extensión o de índole académico-administrativas con base a necesidades de servicio debidamente justificadas a juicio del Consejo Directivo, y percibirán por ello, además del monto jubilatorio asignado, una compensación equivalente a las horas de servicio para las que fueron contratados, tomando en consideración la última categoría alcanzada en el escalafón. **En ningún caso dicha compensación será mayor a la remuneración establecida para el profesor a medio tiempo** en la categoría correspondiente. El exceso de horas de trabajo por este concepto será considerado como de carácter ad-honorem” (destacado nuestro).

De la norma transcrita en segundo término se deriva que no existía impedimento para que el ciudadano (...) jubilado de la Universidad (...) (y designado Contralor Interno de la misma) fuese contratado para prestar servicios como docente hasta por medio tiempo, en dicha Universidad a partir de las 6 p.m.; no sólo porque la citada norma reglamentaria permitía expresamente dicha contratación, sino porque la prestación de servicios a partir de la mencionada hora no menoscabaría el ejercicio de sus funciones como Contralor Interno, por no coincidir con el horario normal de las labores del cargo.

La otra situación regulada expresamente por el mencionado estatuto, sobre el reingreso a esa Universidad, de profesores jubilados de la misma, es la prevista en el artículo 212, también reproducido *supra*, referida a los casos de profesores jubilados “electos” que reingresen a dicho ente para ejercer cargos directivos compatibles “con las disposiciones legales”.

A pesar de que las expresiones empleadas en la citada norma no resultan claras, sino que adolecen de cierta ambigüedad, cabe señalar que el cargo de Contralor interno en esa casa de estudios no resulta encuadrable dentro de la categoría de cargos directivos, sino de

## DICTÁMENES AÑO 2000 – N° XVI

---

la de “**personal administrativo**” de la referida Universidad al cual, según lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento de la misma, que se encontraba vigente<sup>1</sup> para la época de los hechos objeto de consulta, le son aplicables las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y de su Reglamento. En el vigente Reglamento<sup>2</sup> de la Universidad(...), tal aplicabilidad ha sido establecida en su artículo 66.

*Ello implica que, al ciudadano (...), quien ocupa el cargo de Contralor Interno en la mencionada Universidad, le era y le es aplicable, en tal condición, la norma contenida en el artículo 33 de la Ley de Carrera Administrativa en materia de incompatibilidades.*

Por consiguiente, de conformidad con el referido artículo 33, resultaba y resulta **incompatible** el disfrute simultáneo de la pensión de jubilación acordada al mencionado ciudadano por dicha Universidad, con la remuneración percibida como Contralor Interno de la misma, pero no existe tal incompatibilidad con la remuneración percibida en su condición de docente contratado.

Memorándum N° 04-02-250 del 19 de octubre de 2000.

---

<sup>1</sup> G.O. N° 4.477 Extraordinario de fecha 14-10-92. En el artículo 54 de dicho Reglamento y en el 48 del Reglamento vigente, se establece que “El personal al servicio de la Universidad Nacional Experimental ‘Simón Rodríguez’ se agrupará en cuatro categorías: docente y de investigación, técnico, administrativo y obrero”.

<sup>2</sup> G.O. N° 36.936 de fecha 24-04-2.000.

**HACIENDA PÚBLICA NACIONAL**



*Compensación de créditos fiscales.*

**No resulta procedente aplicar la compensación a favor o en contra de créditos donde esté involucrado el Fisco Nacional.**

Memorándum N° 04-02-235 del 3 de octubre de 2000.

Sobre el particular sometido a consulta se advierte, de manera preliminar, que la **compensación** es una figura jurídica que se verifica cuando dos personas —jurídicas o naturales— son recíprocamente deudoras, y se efectúa de derecho en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, las cuales se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrentes (artículos 1.331 y 1.332 del Código Civil).

Sin embargo, cabe señalar que el hecho de que en el caso planteado esté involucrado un ente público, específicamente una dependencia del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, significa que deben tenerse en cuenta las normas sobre Hacienda Pública y Régimen Presupuestario aplicables.

En este sentido, se advierte que el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974), establece: **“En ningún caso es admisible la compensación contra el Fisco, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de los créditos que pretendan compensarse”**. Existen varias razones que fundamentan esta prohibición, las cuales fueron precisadas en Dictamen N° CJ-167 del 4-9-75, las cuales conservan plenamente su vigencia. Estas razones son:

- 1.- La necesidad de evitar que sea cancelado un crédito con cargo del Fisco, sin que exista la correspondiente autorización presupuestaria (artículo 227 de la Constitución de 1961 y 314 de la Constitución de 1999).
- 2.- La necesidad de evitar que determinado ramo de ingresos sea imputado a la satisfacción de determinado ramo de egreso (antes artículo 184 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y actualmente artículo 16 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario).
- 3.- La necesidad de evitar que dejen de ingresar al Tesoro rentas o ingresos de cualquier índole, que se le debieren (artículo 50 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional).
- 4.- La necesidad de evitar lo que, en cierta manera, sería una ejecución forzosa contra el Fisco (artículo 15 *ejusdem*).

En el mismo dictamen antes indicado, se analiza la situación inversa, es decir, la posibilidad de sea el Fisco el que oponga la compensación a sus acreedores, a cuyos fines se cita la opinión de la Procuraduría General de la República de fecha 18 de junio de 1963, según la cual:

*“No existe norma expresa en el ordenamiento jurídico-fiscal que prohíba al Fisco oponer la compensación o admitirla simplemente; sin embargo tal circunstancia no es índice afirmativo de la posibilidad planteada, ya que, en todo caso, se hace necesario el examen de los principios que regulan o informan la actividad de la Hacienda Pública Nacional.*

*En realidad, si recurrimos a los principios presupuestarios arriba enunciados, la solución tiene que ser negativa, ya que se quebrantaría el principio de unidad y universalidad del presupuesto.*

*No cabe duda de lo anterior, porque la unidad presupuestaria significa que el presupuesto, como suprema regla de administración del Estado, debe contener la enumeración o designación de los ingresos y de los egresos o gastos, afectándose la masa del tesoro (universalidad) a la satisfacción de los gastos, lo que significa que no es admisible la afectación total o parcial de un ingreso dado al pago de un gasto determinado”.*

Las razones expuestas en el citado dictamen permanecen válidas, de tal manera que resulta a todas luces improcedente la aplicación de la compensación a favor o en contra de créditos donde esté involucrado el Fisco Nacional.

Memorándum N° 04-02-235 del 3 de octubre de 2000.

# **LICITACIONES**





*Imprudencia de la adjudicación directa, de resultar fallida la licitación general.*

**Una vez declarado desierto un proceso de licitación general, no puede procederse por adjudicación directa sin acudir primero a la licitación selectiva, ni aun invocando que el bien o servicio a contratar tiene carácter prioritario para la continuidad de la misión del ente contratante.**

Oficio N° 04-02-83 del 26 de mayo de 2000.

(...) La consulta, está circunscrita a precisar si de conformidad con el artículo 107 de la Ley de Licitaciones, es posible omitir alguna de las etapas allí previstas. Pues bien, el artículo 107 de la Ley de Licitaciones, establece:

“Declarada desierta la licitación se procederá a una nueva del mismo tipo, salvo que por causa justificada, a juicio de la máxima autoridad del ente contratante y oída la Comisión de Licitaciones, se determine que no es conveniente iniciar otra licitación, en cuyo caso, se podrá proceder por licitación selectiva, si la licitación fallida fuere una licitación general o por adjudicación directa si la fallida fuere una licitación selectiva. En caso que se justifique no proceder a una nueva licitación del mismo tipo de la fallida, la licitación selectiva o adjudicación directa se realizará bajo las mismas condiciones establecidas en la licitación fallida, invitándose a participar, al menos, a la totalidad de oferentes calificados en ésta”.

Como puede apreciarse, la norma transcrita establece las etapas que deben cumplirse en caso de que sea declarada desierta una licitación; y en ese sentido, por cuanto se trata de reducir gradualmente las exigencias legales, hay que pasar de una a otra modalidad, sin que sea posible omitir el paso correspondiente alegando –en esta etapa del procedimiento correspondiente– que “...*el servicio o bien a contratar es de carácter prioritario para la continuidad de la misión...*” del ente contratante.

Esto es lo que se deduce del contenido del artículo 79 *ejusdem*, según el cual “*Se podrá proceder por adjudicación directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia...*”, en los supuestos allí contemplados de manera taxativa. Es decir, que es posible prescindir del procedimiento de licitaciones justificando previa y motivadamente la necesidad urgente de la contratación de que se trate; pero –por argumento en contrario– si no se consideró que existía esa necesidad y se inició el procedimiento de licitación, éste debe continuar hasta su culminación, de conformidad con lo previsto en el artículo 107 de la citada Ley que rige la materia.

Esto quiere decir que si se inició una licitación que tuvo que declararse desierta, de conformidad con esta disposición legal lo que corresponde es proceder a otra licitación del

mismo tipo que la fallida, a menos que la máxima autoridad del ente contratante, por causa justificada y oída la Comisión de Licitaciones, considere inconveniente iniciar otra licitación del mismo tipo. En este caso, si la licitación fallida fue general, podrá procederse a una selectiva; y si la licitación declarada desierta fue selectiva, podrá procederse por adjudicación directa. Pero lo que la norma no permite es que si la licitación fallida fue general, se omita la licitación selectiva y se proceda por adjudicación directa, pretendiendo justificar en esta etapa lo que debió justificarse antes de proceder a la licitación general.

En conclusión, una vez declarado desierto un proceso de licitación general, no puede procederse por adjudicación directa sin procederse primero por licitación selectiva, ni aun invocando que el bien o servicio a contratar tiene carácter prioritario para la continuidad de la misión del ente contratante, por cuanto, aparte de que esta razón no está incluida en los supuestos del artículo 79 de la Ley de Licitaciones, éstos deben ser invocados mediante acto motivado, previamente al inicio de un proceso de licitación.

Oficio N° 04-02-83 del 26 de mayo de 2000.

*Convocatoria a licitación para la adquisición de la dotación de ropa de trabajo para los trabajadores de la Federación Nacional de Obreros Dependientes del Estado (FENODE).*

**Sólo la Contraloría General de la República y los entes a que se refiere el Reglamento de la Ley de Licitaciones, pueden designar representantes para que actúen como observadores en los procesos licitatorios. Por tal razón, el representante de FENODE a que se refiere la Cláusula 71 de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede tenerse como tal representante en el sentido previsto en la Ley de Licitaciones y su Reglamento sino como un interesado que, con esta condición, deberá ser convocado por la Comisión de Licitaciones a los actos del proceso que tengan carácter público, y tendrá a su disposición las actas y demás actuaciones del proceso de licitación de que se trate, en los términos y condiciones establecidos en la Ley.**

Memorándum N° 04-02-155 del 20 de junio de 2000.

(...) a fin de dar respuesta a su memorándum (...), mediante el cual remitió a esa (...), copia de la comunicación (...) de fecha (...), emanada de la Presidencia de la Federación Nacional de Obreros Dependientes del Estado (FENODE), en la que se solicita que “...de conformidad a (sic) lo establecido en la Cláusula N° 71 (PARTICIPACIÓN DE LA FEDERACIÓN EN LICITACIONES) de la convención colectiva de trabajo vigente, se les convoque al proceso de licitación para la adquisición de la dotación de ropa de trabajo prevista en la Cláusula N° 18 de la citada convención” (...).

Al respecto, cabe observar que la Cláusula N° 71 de la Convención Colectiva de Trabajo que rige entre la Contraloría General de la República y los obreros a su servicio, establece:

“En las licitaciones para la adquisición de los artículos de carácter contractual, la Contraloría convocará a un representante de la Federación, quien podrá hacer las recomendaciones u observaciones que considere conveniente de acuerdo a la naturaleza del acto. El representante de la Federación cuando lo considere necesario dejará constancia de las observaciones que hiciera y en este caso, la Contraloría no efectuará la negociación hasta tanto se verifiquen las observaciones hechas por dicho representante...” (*subrayado nuestro*).

Esta cláusula –que forma parte de una convención suscrita por el Contralor General de la República– establece que la convocatoria del representante de FENODE tiene carácter obligatorio, no obstante debe señalarse que en razón de que involucra al patrimonio público y a entes públicos, la materia de *licitaciones* es de **orden público**; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Código Civil, “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*”. Entonces, de acuerdo con este principio de derecho, las normas que rigen la materia de las licitaciones, vale decir: la Ley de Licitaciones y su Reglamento, prevalecen sobre cualquier tipo de convenio que las relaje o las contradiga.

En este sentido, el artículo 69 de la Ley de Licitaciones, dispone:

*“La Contraloría General de la República podrá designar representantes para que actúen como observadores, sin derecho a voto, en los procesos licitatorios.*

*“El Reglamento de esta Ley determinará los entes que podrán enviar observadores a los procesos licitatorios.”*

Ahora bien, el Reglamento de la Ley de Licitaciones (Gaceta Oficial N° 34.008 del 26-7-91), aun cuando es anterior a la Ley de Licitaciones (Gaceta Oficial N° 5.386 Extraordinario del 11-10-99), se encuentra vigente en todo cuanto no la contradiga, en razón de que ésta, en su artículo 129, derogó todas las disposiciones que colidan con ella, lo que no es el caso del artículo 44 de dicho Reglamento, el cual es el que interesa en este asunto; sobre todo si se toma en cuenta que la Ley de Licitaciones anterior, en su artículo 24, contenía una disposición idéntica al artículo arriba transcrito de la Ley actual.

Entonces tenemos que el Reglamento de la Ley de Licitaciones, en su artículo 44, determina los entes a que se refiere el artículo anterior, en el sentido siguiente:

*“El Colegio de Ingenieros de Venezuela, podrá designar representantes para que actúen como observadores, sin derecho a voto, en los*

*procedimientos licitatorios cuando se trate de contratación de obras. Igual facultad tendrá el organismo promotor de las exportaciones y el promotor y supervisor de las inversiones extranjeras, en los casos de procesos licitatorios internacionales. En tales supuestos el ente u organismo promovente deberá notificar en tiempo oportuno la iniciación del respectivo procedimiento.*

*“El Presidente de la República podrá mediante Decreto designar otros entes o grupos de interés para que designen representantes que actúen como observadores en determinados procesos licitatorios.”*

En consecuencia, de las normas antes citadas se concluye que sólo la Contraloría General de la República y los entes a que se refiere el Reglamento de la Ley de Licitaciones, pueden designar representantes para que actúen como observadores en los procesos licitatorios.

Por tal razón, el representante de FENODE a que se refiere la Cláusula 71 de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede tenerse como tal representante –en el sentido previsto en la Ley de Licitaciones y su Reglamento– sino como un interesado que, con esta condición, deberá ser convocado por la Comisión de Licitaciones a los actos del proceso que tengan carácter público, y tendrá a su disposición las actas y demás actuaciones del proceso de licitación de que se trate, en los términos y condiciones establecidos en la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 ejusdem, cuyo texto es el siguiente:

*“Los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad y de ofertas tienen carácter público. El resto de las actuaciones estará a disposición de los interesados, en los términos y condiciones establecidos en esta Ley.*

*“Parágrafo Único: No se dará a conocer información alguna sobre el examen, calificación y evaluación de las ofertas, desde la apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, hasta la notificación de los resultados.”*

En conclusión, si se convoca a FENODE para que asista a los actos del proceso de licitación que tienen carácter público y se da cumplimiento a lo establecido en este artículo de la Ley, a la vez se estaría cumpliendo lo previsto en la citada cláusula de la Convención, sin contravenir el orden público que inviste a ese proceso.

Memorándum N° 04-02-155 del 20 de junio de 2000.

*Adjudicación Directa en el supuesto de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente.*

**Existe una situación de emergencia de gran magnitud en el área judicial, que hace procedente la aplicación del artículo 79, ordinal 5°, de la Ley de Licitaciones.**

Memorándum N° 04-02-162 del 23 de junio de 2000.

“(…) se plantea la necesidad de que esta Dirección emitiera opinión acerca de la posibilidad de adjudicar en forma directa, contratos para la adquisición de mobiliario y material de oficina, para atender las necesidades de funcionamiento de 100 jurados que deberán evaluar a los aspirantes a ingresar al Poder Judicial, que representan aproximadamente un 40% del personal de jueces que requiere el país (…).

(…) esta Dirección de Asesoría Jurídica a los fines de la emisión de la opinión solicitada, pasa a exponer el parecer que merece el asunto consultado, en los términos siguientes:

El artículo 79 de la Ley de Licitaciones prevé:

*“Se podrá proceder por adjudicación directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia en los siguientes supuestos: (omissis) ... 5° En caso de calamidades que afecten a la colectividad o de **emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente**”.*

En relación a si es procedente en este caso aplicar dicha causal, cabe observar lo siguiente:

Resulta un hecho público y notorio el proceso de cambio institucional que ha tenido lugar en el país en los últimos tiempos. Una de las áreas donde ha tenido mayor incidencia este proceso es, sin duda alguna, el Poder Judicial; al punto de que, según las informaciones suministradas por los consultantes, resulta necesario suplir aproximadamente un 40% de los cargos de jueces en todo el país.

Ahora bien, la cantidad de jueces que han salido del Poder Judicial en el proceso de reestructuración, así como el número de aspirantes a suplir esas vacantes y consecuentemente el número de jurados requerido para atender el proceso de selección que se avecina, en modo alguno podía ser determinado a priori, sino que iba a depender obviamente de la dinámica del proceso. Consecuencialmente, las necesidades logísticas de la selección de jueces por jurados, tampoco podían determinarse a priori, pues la magnitud de dichas necesidades también dependerían de los resultados de esa fase inicial de evaluación del Poder Judicial y de la determinación concreta del número de jurados que se requerirían.

Si a estas circunstancias se agrega el hecho también notorio de que se acerca de forma vertiginosa el final del período de transición institucional que actualmente vive el país, lo cual tendrá su punto culminante en las elecciones que tendrán lugar el próximo 30 de julio, hecho que por lo demás depende de organismos distintos a “La Comisión”, y que es evidentemente urgente suplir los cargos de jueces que están vacantes; no puede sino concluirse que existe una situación en el país de emergencia de gran magnitud en el área judicial, que tiene una directa y muy importante incidencia, esto es, una emergencia en la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que es actualmente la encargada de adelantar el proceso de concurso a que nos hemos referido.

Las razones que han quedado expuestas, a juicio de esta Dirección, hacen procedente la aplicación del artículo 79, ordinal 5°, de la Ley de Licitaciones, a los fines de utilizar el mecanismo de adjudicación directa a que la misma norma se refiere, con miras a la adquisición del mobiliario y del material de oficina que sea necesario para el ejercicio de las funciones de un número importante de jurados, que deberán seleccionar a tan alta proporción de los jueces que requiere el país.

Memorándum N° 04-02-162 del 23 de junio de 2000.

*Competencia de la Contraloría General de la República para continuar y decidir los procedimientos sancionatorios iniciados con anterioridad a la Ley de Licitaciones de 1999. Aplicación de la sanción contemplada en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dada la ocurrencia de hechos violatorios a la Ley de Licitaciones.*

*El artículo 117 de la nueva Ley de Licitaciones está referido única y exclusivamente a los procedimientos licitatorios, por lo que no resulta posible invocar su contenido, por parte de esta Contraloría, como fundamento para continuar y decidir los procedimientos de multas iniciados antes de la vigencia de la referida Ley. Esta Contraloría mantiene su competencia para sancionar la violación de la Ley de Licitaciones y de su Reglamento, con fundamento en el artículo 114 de su Ley Orgánica.*

Dictamen N° 04-02-177 del 23 de noviembre de 2000.

La Dirección General de Averiguaciones Administrativas y Procedimientos Especiales, solicitó pronunciamiento sobre los siguientes puntos:

- Posibilidad de que la Contraloría General de la República continúe y decida los procedimientos sancionatorios iniciados durante la vigencia de la anterior Ley de Licitaciones, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley actual.
- Posibilidad de que los procedimientos iniciados por la Contraloría General de la República, por incumplimiento de la Ley de Licitaciones, continúen y sean decidi-

dos por este Órgano Contralor, no conforme a la Ley de Licitaciones, sino de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

- Posibilidad de que la Contraloría General de la República, en el ejercicio de sus funciones, al detectar la existencia de hechos violatorios a la Ley de Licitaciones, pueda, de conformidad con el artículo 114 de la Ley Orgánica que rige sus funciones, imponer la sanción de multa establecida en el artículo 127 *ejusdem*.

**A) DE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA CONTINUAR Y DECIDIR LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS INICIADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE LICITACIONES DE 1999, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 117 DE DICHO INSTRUMENTO LEGAL**

En relación con el primero de los particulares anotados, esta Dirección observa:

El artículo 117 de la Ley de Licitaciones vigente (G.O. N° 5.386 Extraordinario del 11/10/1999), ubicado en el Capítulo VIII, “Disposiciones Transitorias”, establece:

“En los procedimientos licitatorios que se encuentren en curso para la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, se continuarán aplicando los procedimientos establecidos en la Ley de Licitaciones reformada por el presente Decreto.”

Como se puede observar, la disposición transcrita tiene por objeto regular la situación de los procedimientos licitatorios en curso para el momento de entrada en vigencia del texto de rango legal que la contiene. Concretamente, dicha disposición establece que para la continuación de esos procedimientos deberá aplicarse “...la Ley de Licitaciones reformada...”.

Ahora bien, la circunstancia de que el transcrito artículo 117 se refiera exclusivamente a “...los procedimientos licitatorios....” obliga a emitir pronunciamiento acerca de lo que debe entenderse por tales procedimientos.

En tal sentido, se observa:

El artículo 1° de la Ley de Licitaciones al fijar su objeto establece que el mismo consiste en regular los procedimientos de selección de contratistas por parte de los órganos y personas del sector público a que se refiere su artículo 2°. Tales procedimientos, como surge de lo dispuesto en los artículos 4°, 5°, 6° y 7° de la misma Ley, son de dos tipos, a saber: los procedimientos de licitación y el procedimiento de adjudicación directa. El primero de éstos tipos de procedimientos de selección de contratistas tiene como rasgo distintivo su carácter competitivo. Así lo disponen expresamente los artículos 4°, 5° y 6° mencionados.

De modo pues que, con fundamento en lo expuesto, cabe sostener que en el contexto de la Ley de Licitaciones vigente, son “procedimientos licitatorios” aquellos de carácter competitivo, aludidos por los artículos 4°, 5° y 6° *ejusdem*, mediante los cuales pueden ser seleccionados los contratistas de las entidades y organismos del sector público sometidos a dicha Ley.

Por consiguiente, cuando el artículo 117 de la misma Ley se refiere a los “procedimientos licitatorios” en curso para el momento de su entrada en vigencia, debe entenderse que alude a los procedimientos de licitación general o selectiva que contemplaba la anterior Ley de Licitaciones y que no pudieron ser culminados mientras ésta estuvo en vigor, pues los mismos eran los únicos que en este último texto legal se inscribían en la noción de procedimientos competitivos de selección de contratistas, aplicables en las entidades del sector público a que se refería el artículo 2 de la Ley reformada. En tal contexto, debe afirmarse que el artículo 117 mencionado no se refiere a ningún tipo de procedimiento administrativo sancionatorio, lo que conduce a sostener que los procedimientos sancionatorios abiertos antes de la vigencia de la nueva Ley no encuentran cabida en la disposición transitoria que contiene el citado artículo.

Aunado a ello, cabe señalar que el procedimiento al que remitía el artículo 68 de la anterior Ley de Licitaciones, esto es, el procedimiento para la declaratoria de responsabilidades administrativas, que era el aplicable para la imposición de la sanción de multa que establecía el artículo 64 *ejusdem*, tenía y tiene naturaleza sancionatoria y por ende características y finalidades distintas a los procedimientos licitatorios a que nos hemos referido. Por ello, es forzoso para esta Dirección concluir que no es a esos procedimientos sancionatorios, sino a los licitatorios, que regulaba la anterior Ley de Licitaciones, a los que se refiere el artículo 117 de la vigente.

En tal virtud, los expedientes **sustanciados por esta Contraloría con fundamento en la Ley derogada**, deben ser remitidos, una vez más, al Ministerio de la Producción y el Comercio, para que sea el Servicio Nacional de Contrataciones, el que aplique las sanciones correspondientes, de subsistir como irregulares en la nueva Ley de Licitaciones los hechos que motivaron la apertura de los procedimientos sancionatorios.

**B) DE LA POSIBILIDAD DE QUE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDA CONTINUAR Y DECIDIR LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS, EN MATERIA DE LICITACIONES, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 114 DE SU LEY ORGÁNICA**

En segundo término, debemos analizar el asunto relativo a la posibilidad de que los procedimientos sancionatorios iniciados por esta Contraloría, con fundamento en la Ley de Licitaciones reformada, puedan ser continuados y finalmente decididos por este Órgano



Contralor, no con fundamento en dicha Ley, sino en atención a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Este planteamiento implica determinar si resulta o no procedente aplicar en dichos casos una mixtura de procedimientos sancionatorios, pues, según los términos de la consulta, de lo que se trataría es de establecer si a las etapas procedimentales ya cumplidas conforme a la anterior Ley de Licitaciones, para la imposición de la sanción de multa que establecía su artículo 64, pueden añadirse las correspondientes al procedimiento para la imposición de la multa a la que remite el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, esto es, la establecida en el artículo 127 *ejusdem*, y cuyo procedimiento está contemplado en los artículos 130 de la misma Ley y 67 y siguientes de su Reglamento.

En primer lugar, debe señalarse, en relación con el indicado planteamiento, que no existe disposición alguna en la Ley de Licitaciones que autorice la aplicación de una mixtura de los procedimientos administrativos sancionatorios señalados, y que por ende permita que los procedimientos de multa iniciados con base en la anterior Ley de Licitaciones, puedan ser continuados con fundamento en el procedimiento previsto para la imposición de la multa consagrada en el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, a la cual remite el artículo 114 *ejusdem*, y que, como ya se ha dicho, se encuentra consagrado en los artículos 130 de esta misma Ley y 67 y siguientes de su Reglamento.

Esta sola consideración, de suyo, bastaría para desestimar la posibilidad de aplicar una mixtura o híbrido de procedimientos administrativos sancionatorios, en la forma planteada en la consulta. No obstante, visto que el artículo 49 de la Ley de Licitaciones vigente, ordena que en todo lo no previsto por ella se aplique la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y habida cuenta que, precisamente, uno de los aspectos no previstos en dicha Ley de Licitaciones es el correspondiente a la continuación de los procedimientos de multa iniciados y no concluidos durante la vigencia de su predecesora; debe concluirse que tal posibilidad (mixtura de procedimientos) resulta contraria a dicho artículo 49 y, por consiguiente, a los principios de obligatoriedad, de orden público y de exclusividad que rigen los procedimientos administrativos, y que postulan, respectivamente: a) El deber de los órganos públicos de dar cumplimiento a las normas de procedimiento que les corresponde aplicar; b) La imposibilidad de que las normas de procedimiento puedan ser válidamente derogadas, relajadas o eludidas por quienes intervienen en los mismos; y, c) La obligación de aplicar únicamente el procedimiento que prescribe la Ley y no otro previsto en normas o disposiciones no aplicables (ver: José Araujo Juárez. Principios Generales del Derecho Administrativo Formal. Vadell Hermanos. 2da Edición. pp. 63 a 66).

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que un razonamiento mediante el cual se pretendiera continuar los procedimientos sancionatorios, iniciados con fundamento en el artículo 68 de la derogada Ley de Licitaciones, sobre la base de un fundamento legal distinto, como es el caso del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la

República, sería violatorio del principio de legalidad y de la seguridad jurídica a la que tienen derecho los afectados, esto es, de conocer con certeza el supuesto sancionable, la sanción y el procedimiento aplicables por la Administración, con el consiguiente conocimiento de las oportunidades para ejercer el derecho a la defensa.<sup>1</sup>

Obsérvese que mientras la reformada Ley de Licitaciones sometía la imposición de la multa consagrada en su artículo 64 al procedimiento de averiguaciones administrativas, previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tenemos que el artículo 114 de esta última Ley ordena es la aplicación de la sanción de multa a la que se refiere el encabezamiento del artículo 127 *ejusdem*, cuyo procedimiento está regulado en los artículos 130 de dicha Ley de Contraloría y 67 y siguientes de su Reglamento (G.O. N° 5.128 Ext. del 30/12/1996).

Estas circunstancias nos permiten señalar que el procedimiento para la aplicación de la multa consagrada en el artículo 127 de la Ley de este Organismo, es distinto del que estaba previsto para imponer la multa a que se refería el artículo 64 de la Ley de Licitaciones de 1990. Así mismo, dichas multas son distintas en cuanto a su valor pecuniario. Tales consideraciones a su vez nos conducen a sostener que la continuación de los procedimientos de multa, no concluidos conforme a la mencionada Ley de 1990, no es procedente llevarla a cabo con fundamento en la Ley de esta Contraloría, sin que exista habilitación legal expresa en ese sentido, pues ello colocaría a los interesados ante una falta de certeza o seguridad jurídica respecto del procedimiento administrativo, que indudablemente lesionaría su derecho a la defensa y con ello su derecho al debido proceso.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Los autores Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez sostienen que la aplicación de una sanción por parte de la autoridad administrativa requiere que se garantice un debido proceso, garantía que a su vez supone la legalidad de las actuaciones y la preexistencia de las normas sustantivas aplicables. La autoridad administrativa debe velar porque permanentemente se asegure el derecho a la defensa de las personas que resulten involucradas en un procedimiento administrativo que habrá de culminar en una decisión. Se afirma que en materia de procedimiento administrativo sancionatorio, para establecer cuales serían los principios aplicables que permitan garantizar a los afectados los derechos que les vienen dados por la Constitución, es preciso acudir a los principios penales sustantivos. Así, nos encontramos con que hay quienes se pronuncian por tal aplicación aduciendo que existen principios comunes entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, derivados del principio de legalidad, que tienden al resguardo de valores superiores que son comunes a todo derecho sancionador y no específicamente del derecho penal. En este sentido, refieren textualmente que “La potestad sancionadora de la Administración se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado y sujeta a unos mismos principios en garantía del interés público y las libertades ciudadanas. No puede la Administración castigar cualquier hecho que estime culpable, ni imponer la sanción que estime conveniente”. (Ver: Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez. “Derecho Administrativo Sancionador”. 2da Edic. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1995. Pág. 112-113).

<sup>2</sup> En este sentido, es conveniente citar una decisión dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la cual se asentó lo siguiente: “Para la imposición de sanciones, es principio general de nuestro ordenamiento jurídico que el presunto infractor debe ser notificado previamente de los cargos que se le imputan y oírsele para que pueda ejercer su derecho de defensa, antes de ser impuesta la sanción correspondiente, bien sea esta última de naturaleza penal, administrativa o disciplinaria (...) en esta

En conclusión, estima esta Dirección, en línea coincidente con lo sostenido por la Dirección consultante, que la aplicación de dos procedimientos distintos a una misma situación, es atentatoria de los principios señalados anteriormente y de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa de los interesados, razones por las cuales **no podría esta Contraloría continuar y decidir los procedimientos sancionatorios abiertos y no culminados durante la vigencia de la Ley de Licitaciones de 1990**, con fundamento en el artículo 114 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Organismo Contralor.

**C) POSIBILIDAD DE QUE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDA INICIAR EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY ORGÁNICA QUE RIGE SUS FUNCIONES CUANDO DETECTE LA OCURRENCIA DE HECHOS VIOLATORIOS A LA LEY DE LICITACIONES**

Para resolver este planteamiento de la consulta resulta indispensable analizar en forma comparativa los artículos 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 112 al 116 de la Ley de Licitaciones, integrantes éstos últimos del Capítulo VII de la Ley mencionada en último lugar, denominado “DE LA VIOLACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y DE LAS SANCIONES”. Dicho análisis comparativo debe formularse a fin de establecer los supuestos de aplicación de dicha preceptiva y, a partir de allí, precisar si existe o no conflicto internormativo entre las citadas disposiciones, para, en caso afirmativo, determinar el efecto que ese eventual conflicto pueda tener sobre la aplicabilidad de las indicadas disposiciones legales.

El artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dispone:

“En los casos de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o reglamentaria, pero distintos a los mencionados en el artículo anterior, la Contraloría podrá iniciar el procedimiento tendiente a imponer la sanción de multa establecida en el artículo 127 de esta Ley o proceder a la formulación del correspondiente reparo si es que existieren perjuicios pecuniarios”.

---

perspectiva, el derecho de defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar las pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros estados de derecho ha sido llamado como el principio del ‘debido proceso’”.(Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Oscar Pierre Tapia. Nov. 1983. Tomo 11. Páginas 23-28. Sent. del 17/11/1983. Caso: Coronel (R) Luis Benigno Avendaño Fernández. - Mayúsculas y resaltado nuestro).

Una interpretación literal y aislada de esta disposición pudiera conducir a atribuirle un alcance no querido por el legislador y por ende a soluciones manifiestamente contrarias al espíritu, propósito y razón de la ley. En efecto, si se postula la tesis de que cualquier violación de norma legal o reglamentaria distinta de las tipificadas en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, da lugar, sin ninguna otra limitación, a la imposición de la multa prevista en el artículo 114 de la misma ley, tendría que admitirse –absurdamente a nuestro juicio– que incumplimientos como, por ejemplo, el de las obligaciones de los cónyuges, previstas éstas en el artículo 137 del Código Civil; o la de hacer oportunamente la declaración de nuevos nacimientos, prevista en el artículo 464 del mismo Código, o en fin incumplimientos similares a los indicados, no vinculados a ingresos, gastos o bienes públicos, serían pasibles de la imposición de la indicada sanción pecuniaria.

Creemos que una interpretación con el alcance de la señalada no se corresponde con el espíritu, propósito y razón del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por ello, siguiendo los dictados de la jurisprudencia pacífica sobre la interpretación de las leyes, según la cual las disposiciones legales no deben ser interpretadas en forma aislada, sino en el contexto normativo en que se encuentren y en armonía con el resto del orden jurídico; y que cuando, entre otros motivos, la interpretación literal de la ley conduzca a soluciones manifiestamente injustas o contrarias a su espíritu, propósito o razón, debe indagarse la intención del legislador, correspondiendo al intérprete ampliar o restringir el sentido de las palabras para adaptarlo a dichos espíritu, propósito y razón de la Ley,<sup>3</sup> es por lo que a continuación se indaga acerca de esa intención en los términos siguientes:

En primer lugar, debe recordarse que la función que constitucional y legalmente compete a esta Contraloría (artículos 287 de la Constitución<sup>4</sup> y 1° de su Ley Orgánica) es el control fiscal, el cual, en principio, tiene como objeto material las operaciones relacionadas con los ingresos, gastos y bienes públicos, razón por la cual las potestades que le otorga el ordenamiento jurídico, incluyendo la sancionatoria, deben entenderse referidas o vinculadas al ejercicio y resultados de ese control y a las mencionadas operaciones que constituyen su objeto.

Ahora bien, como se sabe, ese control puede ser de legalidad, en cuyo caso tiene por propósito determinar si las operaciones sujetas al mismo, que son las relacionadas con la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, se encuentran o no ajustadas al marco normativo que le es aplicable. Como consecuencia de esta determinación

---

<sup>3</sup> Ver: Revista de Derecho Público (RDP) N° 1, pp 110 y 111 (sentencia de la CPCA del 29-01-80; RDP N° 3, p 102 (sentencia de la CSJ-SPA del 26-05-80); RDP N° 14, pp 152 y 153 (sentencias de la CSJ-SPA del 3 y 17-3-83).

<sup>4</sup> Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000.

puede surgir la cuestión de si quienes intervienen de alguna forma en tales actividades, actuaron o no conforme a dicho marco regulatorio.

Entiende esta Dirección, que siendo el ámbito situacional descrito parte esencial del contexto jurídico en el que debe ubicarse el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, no puede soslayarse a los fines de su interpretación. Es por ello que esta Dirección considera que los actos, hechos u omisiones contrarios a disposiciones legales o reglamentarias a que se refiere dicho artículo, son aquellos en que incurran quienes intervienen de alguna forma en las labores de administración, custodia o manejo de bienes o fondos públicos, siempre que tales normas legales o reglamentarias se refieran a dichas actividades, pues son esos actos, hechos y omisiones referidos al patrimonio público así como el cumplimiento de la mencionada preceptiva, aspectos que interesan al control fiscal, bien para disuadir de los primeros o bien para estimular la observancia de la última.

Para agregar sustentabilidad a la conclusión precedente pueden invocarse las razones siguientes:

A pesar de que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 113 adoptó el sistema de tipificación para identificar las conductas generadoras de responsabilidad administrativa, con lo cual excluyó de esa categoría otras que sí la generaban en el pasado, conforme al artículo 81 de la Ley de este Organismo derogada por la vigente (la publicada en la Gaceta Oficial N° 3.482 -E- del 14-12-84); resulta evidente que ésta, la vigente, no quiso suprimir el carácter sancionable de tales conductas excluidas, sino simplemente atenuar en relación con el ordenamiento anterior el rigor de las consecuencias jurídicas que les eran aplicables en el ámbito administrativo sancionatorio.

En otras palabras, la intención de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, promulgada en 1996, fue la de mantener la potestad de sancionar con multa (artículo 114) aquellas conductas que eran pasibles de responsabilidad administrativa conforme al artículo 81 de la Ley derogada (1984) y que en la actualidad no se encuentran tipificadas en el artículo 113 de la vigente. Y tales conductas, como se sabe, sólo podían imputarse, a los fines del mencionado artículo 81, a los funcionarios o particulares que tuviesen a su cargo o interviniesen de alguna forma en la administración, custodia o manejo de bienes o fondos públicos, siempre que violaran el marco regulatorio de esas actividades.<sup>5</sup> Prueba de la mencionada intención del legislador lo constituye el carácter residual<sup>6</sup> del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y su

---

<sup>5</sup> Ver, entre otros, los dictámenes jurídicos de esta Contraloría Nos. 04-00-01-049 del 28-08-96 y DGSJ-1-057 del 12-09-94.

<sup>6</sup> Ver dictamen N° 04-00-01-49 del 20-01-98.

inclusión en el Título VIII denominado “DE LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS”, y no en el Título siguiente (IX “DE LAS SANCIONES”).

Dicho carácter residual del artículo 114 lo establece su propio texto, al indicar que la sanción allí prevista opera en el supuesto de violaciones legales o reglamentarias, pero distintas a las previstas en el artículo 113, el cual, como se sabe, se complementa a los fines de la configuración del supuesto típico, con el artículo 112 **ejusdem**, que limita, desde el punto de vista subjetivo la posibilidad de realizar averiguaciones administrativas a aquellos casos de indicios contra funcionarios o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, custodia o manejo de bienes o fondos públicos,<sup>7</sup> luego, si lo principal, que en este caso serían los hechos generadores de responsabilidad administrativa, se encuentra limitado por su ámbito subjetivo, entiende esta Dirección que la misma limitación es aplicable a lo residual, que para el caso, serían los actos, hechos u omisiones sancionables según lo establecido en el artículo 114 de la Ley de este órgano de control.

A este respecto, también resulta reveladora la ubicación del artículo 114 en el Título VIII, correspondiente a las averiguaciones administrativas y no en el Título IX, denominado “DE LAS SANCIONES”. Obsérvese, que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las averiguaciones administrativas, cuyas sanciones sólo pueden imponerse a quienes intervengan de alguna forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, las previstas en el artículo 127 del indicado Título IX no están reservadas a esa categoría de funcionarios o particulares (Ver: por ejemplo, numerales 1, 3, 4, 5, 7).

Con fundamento en todo lo expuesto, cabe concluir que los supuestos concurrentes para la aplicación del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República son los siguientes:

Que se trate de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria sobre la administración manejo o custodia de bienes o fondos públicos.

Que tales actos, hechos u omisiones sean distintos a los tipificados en el artículo 113 *ejusdem*.

Que dichas conductas sean imputables a los funcionarios o particulares que tienen a su cargo o intervienen de alguna forma en la administración, custodia o manejo de bienes o fondos públicos de los organismos o entidades sometidos al control de esta Contraloría.

La concurrencia de estos requisitos hace procedente la imposición de la multa prevista en el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual oscila entre doce y cien (12 y 100) salarios mínimos urbanos, esto es, actualmente, entre cuatrocientos diecisiete mil seiscientos bolívares (Bs. 417.600,00) en su límite inferior y

---

<sup>7</sup> Ver dictamen 04-00-01-111 del 16-02-98.

tres millones cuatrocientos ochenta mil bolívares (Bs. 3.480.000,00) en su límite superior, en aplicación del artículo del artículo 1° de la Ley que establece el Factor de Cálculo de Contribuciones, Garantías, Sanciones, Beneficios Procesales o de Otra Naturaleza en Leyes Vigentes (G.O. N° 36.362 del 26-12-97) y teniendo en cuenta el valor presente de la unidad tributaria (Bs. 11.600, según Resolución del Ministro de Finanzas, N° 417 del 23-05-2000. G.O. N° 36.957 del 24-05-2000).

Establecidos los supuestos de aplicación del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República debe ser identificado el ámbito de aplicación de los artículos 112 al 116 de la Ley de Licitaciones vigente, a fin de determinar si existe o no conflicto internormativo entre estas disposiciones y el citado artículo 114.

Los artículos 112 al 116 de la Ley de Licitaciones vigente tienen el texto que se transcribe a continuación:

“Artículo 112: Cuando la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, el otorgamiento de la buena pro, o cualquier otro acto dictado en ejecución de esta Ley, se hubiesen producido partiendo de datos falsos, incurriendo en vicios de forma o de procedimiento o en violación de disposiciones de esta Ley o su reglamentación, el ente contratante declarará la nulidad del acto”.

“Artículo 113: El ente contratante declarará la nulidad de los contratos regidos por esta Ley, en los casos en que se declare la nulidad de la buena pro por la que se hubiere otorgado, y de aquellos para cuya celebración esta ley exija licitación general o licitación selectiva, cuando aquellos se celebren sin seguir dichos procedimientos, o su contenido se aparte sustancialmente de las condiciones establecidas en los respectivos pliegos de licitación y en la oferta beneficiaria de la buena pro, todo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias”.

“Artículo 114: Independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa, serán sancionados con multa de hasta cien unidades tributarias (100 U.T.) los empleados de entes sujetos a la presente Ley que:

- 1° Procedan a contratar por adjudicación directa o licitación selectiva en violación de lo dispuesto en esta Ley y su reglamentación;
- 2° Acuerden o nieguen de manera injustificada la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, o incumplan los plazos establecidos para ello;
- 3° Nieguen injustificadamente a los participantes, el acceso al expediente de licitación o a parte de su contenido;

4° Omitan suministrar dentro de los plazos establecidos en esta Ley, al Servicio Nacional de Contrataciones la información a que estén obligados de conformidad con esta ley y su reglamentación;

5° Siendo la máxima autoridad administrativa del ente contratante se abstenga injustificadamente de declarar la nulidad del acto o del contrato, cuando concurren las circunstancias a que se refieren los artículos 112 y 113 de esta Ley”.

“Artículo 115: Quedarán suspendidos del Registro Nacional de Contratistas, las personas que hayan dejado de actualizar sus datos en el Sistema al vencimiento del certificado de inscripción. Sin embargo, el contratista suspendido por esta causa podrá participar en los procedimientos previstos en esta Ley si cumple nuevamente con los requisitos de inscripción”.

“Artículo 116: Cuando el infractor de esta Ley fuere un particular, independientemente de su responsabilidad civil, penal o administrativa o la de las personas naturales que actúen en su representación, se le suspenderá del Registro Nacional de Contratistas, por los siguientes lapsos:

1. De tres (3) a cuatro (4) años, cuando suministren información falsa, actúen dolosamente, de mala fe o empleen otras prácticas fraudulentas para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, en el ejercicio de recursos, o en cualesquiera otros procedimientos previstos en esta Ley;
2. De dos (2) a tres (3) años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la buena pro no suscriban el contrato o no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo establecido en los pliegos;
3. De dos (2) a tres (3) años cuando ejerzan recursos manifiestamente temerarios contra los actos o procedimientos previstos en esta Ley, o les sean resueltos por su incumplimiento contratos regidos por la misma; y
4. De cuatro (4) a cinco (5) años cuando incurran en prácticas de corrupción”.

Como puede advertirse en la transcripción precedente, los artículos 112,113, 115 y 116 de la Ley de Licitaciones no tienen por objeto regular la imposición de multas. Las consecuencias jurídicas que se derivan de dichas disposiciones son la nulidad de los actos y contratos realizados en las condiciones indicadas en los dos artículos mencionados en primer lugar, y la suspensión del Registro Nacional de Contratistas en los casos regulados en los dos últimos. Incluso el artículo 113 citado contempla que la aplicación de las conse-



cuencias jurídicas que regula operarán “... **sin perjuicio de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias**” y el artículo 116, también citado, señala expresamente que la suspensión del Registro Nacional de Contratistas, en los casos allí regulados procederá “... independientemente de la responsabilidad civil, penal o **administrativa...**”.

De modo pues que tomando en cuenta: a) que los artículos 112, 113, 115 y 116 de la Ley de Licitaciones no regulan la imposición de multas, y b) que dicha ley en sus artículos 113 y 116 prevé expresamente el principio de independencia de las sanciones allí previstas de las demás responsabilidades a que hubiere lugar, lo cual supone que aquellas pueden concurrir con otras sanciones que sean aplicables; y, c) que no existe impedimento para que tal principio se aplique en los supuestos de los artículos 112 y 115, pues resulta evidente que éstos tienen la misma finalidad que los artículos 113 y 116, esto es, regular la nulidad de actos realizados en contravención de la Ley de Licitaciones y la suspensión del Registro Nacional de Contratistas; debe concluirse que lejos de existir colisión o incompatibilidad entre los citados artículos y el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, resultan aplicables simultáneamente, incluso por mandato expreso de la propia Ley de Licitaciones vigente.

En cuanto a la interpretación del artículo 114 **ejusdem** se observa:

En este artículo, en forma similar a lo previsto por los artículos 113 y 116 de la misma ley, se establece que “**Independientemente de la responsabilidad** civil, penal o **administrativa** serán sancionados con multa de hasta cien unidades tributarias (100 U.T.)...” los empleados de entidades sujetas a esa ley que incurran en los supuestos regulados por los ordinales 1° al 5° de la misma disposición. Ahora bien, tomando en cuenta que la multa prevista en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, constituye una modalidad de responsabilidad administrativa,<sup>8</sup> así como el señalado postulado expreso de la Ley de Licitaciones contenido en su artículo 114, no puede sino concluirse

---

<sup>8</sup> Acerca de lo que ha de entenderse por responsabilidad administrativa, vale destacar el comentario de la profesora **Hildegard Rondón de Sanso** en su artículo “La Responsabilidad Administrativa y la Responsabilidad Disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”, quien expone: “Repasando las nociones vistas y admitiendo al efecto las posiciones predominantes, la responsabilidad administrativa se presenta como el género que comprende la violación de deberes administrativos por parte de los administrados y que es verificada y decidida por vía administrativa (...) Lo anterior resulta indudable si se estudia con detenimiento a la Ley en su contexto y se revisa el Informe de la Comisión Bicameral que le dio a dicha normativa su redacción definitiva. El legislador estima así que la responsabilidad administrativa es la que deriva para los sujetos sometidos a su ámbito, los cuales son los funcionarios de la Administración Pública en general y los administradores de empresas públicas en su más amplia acepción, como consecuencia de la violación de los deberes que ella les impone”. (Instituto de Derecho Público. “Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público”. UCV. Caracas. 1985. Págs. 264-265).

que no existe incompatibilidad alguna entre estos preceptos, ya que esta última Ley consagra expresamente la concurrencia de ambas sanciones, por lo que subsiste la competencia de esta Contraloría para imponer la prevista en el artículo 114 de su Ley Orgánica ante violaciones de la Ley de Licitaciones o su Reglamento, esto es, aun con el reconocimiento de la competencia para imponer multas que esta última Ley (art. 114) asigna al Servicio Nacional de Contrataciones.<sup>9</sup>

Sin embargo, entiende esta Dirección que la circunstancia de que tanto esta Contraloría como el Servicio Nacional de Contrataciones, por mandato de la Ley de Licitaciones, sean competentes para imponer sanciones de multa por violaciones de esa Ley o su Reglamento, y a pesar del sentido del encabezamiento del artículo 114 de la misma Ley, ello no implica que dichas sanciones puedan ser válidamente aplicadas, simultánea o sucesivamente, en forma acumulativa, a un mismo sujeto, en relación con unos mismos hechos, por autoridades distintas y mediante procedimientos administrativos diferentes,<sup>10</sup> pues tal proceder sería contrario al principio **non bis in idem** consagrado en el artículo 49, numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable a los procedimientos administrativos conforme a lo establecido en el encabezamiento de la misma disposición, y según el cual “Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente”.

A este respecto conviene citar, por su importancia, lo expuesto por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 13 de abril de 1999 ( caso: Eliseo Sarmiento y otros contra la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Ver: Oscar Pierre Tapia. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. N° 4. Abril 1999, pp 179 a 184.) En dicha sentencia se expuso lo siguiente:

“Ahora bien, en términos generales, el principio non bis in idem es un principio propio del derecho penal, pero que, sin embargo, se aplica al derecho administrativo debido a la potestad sancionatoria que tiene la

---

<sup>9</sup> Además, debe tomarse en consideración que el ámbito subjetivo de aplicación de ambos artículos es diferente. En efecto, mientras la Ley de Licitaciones sólo se refiere a empleados, la Ley de Contraloría incide sobre funcionarios y particulares. El ámbito subjetivo de aplicación del artículo 114 de la Ley de Licitaciones involucra a cualquier empleado público, por su parte el del artículo 114 de la Ley Orgánica que rige a este Organismo, se dirige a una categoría especial de sujetos: **funcionarios o particulares que de cualquier forma intervengan en la administración, manejo y custodia de bienes y fondos públicos.**

<sup>10</sup> Téngase en cuenta que el procedimiento para imponer la multa a que se refiere el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República esta previsto en dicha ley (artículo 130) y en su Reglamento (artículo 69. Ver: G. O. N° 5.128 del 10-12-96), en tanto que el procedimiento para aplicar la multa establecida en el artículo 114 de la Ley de Licitaciones, según lo establecido por su artículo 49, sería el previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Administración. En esencia, dicha garantía (non bis in idem) viene a constituir un complemento de las demás garantías que protegen la libertad individual. Esto lo eleva a la categoría de principio básico y previo al proceso, y al igual que los principios nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio, del juez natural, de inocencia y de inviolabilidad de la defensa, tal principio es regulador de la estructura procesal...”.

“El principio non bis in idem surge como consecuencia de los conflictos de competencia entre la jurisdicción penal y la administrativa que tuvieron lugar en el siglo XIX, y que tiene un fundamento humanitario en atención a que ‘imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad jurídica y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal’ (S. De la Sala 2da. De 24 de marzo de 1971- Ar. 1475; Rull Villar). (Nieto Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Madrid.Tecnos 1994, p 31-32.; citado por la Magistrada Cecilia Sosa Gómez en las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo).

En el caso concreto, las normas legales impugnadas prevén concurrentemente dos tipos de sanciones, una restrictiva de la libertad y otra pecuniaria; por una parte pena de prisión, y por la otra multa. Ambas sanciones, en el caso particular analizado, según se desprende del propio texto de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, deben ser impuestas por el mismo órgano, en este caso un Tribunal, obviamente con competencia en materia penal. Ahora bien, tal circunstancia regulada de esa manera, no vulnera el principio constitucional previsto en el artículo 60, ordinal 8º de la Constitución, el cual prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por los mismos hechos, es decir, que sea sometida a procesos judiciales ( o administrativos) distintos en virtud del mismo hecho punible. Como puede observarse, en las disposiciones legales que se analizan, si bien es cierto que se prevén dos sanciones por el mismo hecho, no es menos cierto que ambas serán aplicadas en un mismo proceso judicial, por lo que no puede hablarse de doble juzgamiento por un mismo hecho”.

“... en la interpretación del principio non bis in idem, no debe confundirse la aplicación en un mismo proceso de dos sanciones por un mismo hecho, con el doble enjuiciamiento a un mismo sujeto por la comisión de

un mismo hecho punible. Como puede observarse, se trata de dos situaciones distintas. La segunda de ellas es la que proscribe nuestro Texto Fundamental, en el artículo 60, ordinal 8°, al disponer; ‘La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: 8° Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente’” (subrayado nuestro).

De acuerdo con lo expuesto, el principio de concurrencia de responsabilidades (y por ende de sanciones) que postula el artículo 114 de la Ley de Licitaciones en relación con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de esta Contraloría en materia de multas, y la sujeción de los procedimientos administrativos sancionatorios al principio **non bis in idem** consagrado en la Constitución vigente, plantean la necesidad de resolver desde el punto de vista jurídico la situación de dualidad de organismos competentes y procedimientos aplicables para el ejercicio de potestades sancionatorias (imposición de multas) por la violación de la Ley de Licitaciones y su reglamentación, que dichas leyes, respectivamente, asignan al Servicio Nacional de Contrataciones y a la Contraloría General de la República.

Cabe señalar que esta situación de dualidad no es nueva en el caso de esta Contraloría y también se presenta en relación con otros órganos del Estado.<sup>11</sup> Asimismo conviene señalar que tal situación encuentra solución en normas expresas de nuestro ordenamiento jurídico y ha sido tratada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

En efecto, el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil vigente (G.O. N° 4.209 Extraordinario del 18-9-90) dispone:

“Cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión competirá a la que haya **prevenido**.

La citación determinará la prevención. (Omissis)” (énfasis nuestro).<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Pueden mencionarse, a título de ejemplo, las potestades que su Ley Orgánica asigna a este Organismo para formular reparos en materia tributaria, incluso por omisión de sanción, y para abrir, sustanciar y decidir averiguaciones administrativas. Como se sabe la Administración Tributaria tiene competencia para formular reparos en dicha materia, según lo previsto en el Código Orgánico Tributario. Los Órganos de Control Interno y las máximas autoridades jerárquicas de la Administración Pública Nacional, Central y Descentralizada, también tienen en materia de averiguaciones administrativas competencias para abrirlas, substanciarlas ( los primeros) y decidir las (las últimas). Pueden mencionarse igualmente los casos de Tribunales competentes para conocer y decidir un mismo asunto (conexión y continencia).

<sup>12</sup> La figura de la prevención ha sido regulada también en el artículo 69 del Código Orgánico Procesal Penal (G.O. N° 37.022 del 25-08-2000), ubicado dentro del capítulo denominado “De la Competencia por Conexión”, en los términos siguientes: “**Prevención**. La prevención se determina por el primer acto de procedimiento que se realice ante un Tribunal”.

En el artículo 40 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se establece, en materia de reparos, una figura similar a la de la prevención, en los términos siguientes:

“Cuando los órganos competentes de la Administración Activa formulen reparos que afecten cuentas **ya rendidas** ante la Contraloría, deberán notificárselo a ésta de inmediato. Asimismo, dichos órganos verificarán si los reparos que reciben de la Contraloría no han sido **previamente** formulados por ellos” (énfasis nuestro).<sup>13</sup>

En cuanto a la jurisprudencia se refiere, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de noviembre de 1983 (caso: Distribuidora Benedetti, C.A.), sostuvo:

“Tratándose de dos juicios en los cuales, como se ha dicho, son unas mismas las partes y las acciones, y el objeto de ambos se origina en una causa común, y donde son igualmente competentes por la materia y por el domicilio los jueces en conflicto, **corresponde el conocimiento de los juicios acumulados a quien haya prevenido...**” (énfasis nuestro).

*La misma Sala (Especial Tributaria), en sentencia del 24 de marzo de 1993 (Caso: Cervecería Polar C.A.), expresó el criterio siguiente:*

*“Resulta pues evidente que, efectivamente, la Administración Activa formuló a la contribuyente de autos, reparos que cubren los mismos renglones reparados por el órgano contralor...”*

*“Resulta así evidente la duplicidad de reparos alegada respecto a los rubros indicados, por cuanto si bien existe diferencia entre los montos reparados por cada Administración: la Activa y la Contralora, no es menos cierto que las partidas revisadas y objetadas son las mismas, con igual fundamento para su rechazo.*

Ahora bien, frente a dos organismos actuantes en uso de atribuciones que le son propias, ¿cuál actuación debe prevalecer? Trasladándose al ámbito del proceso administrativo seguido en la formación y emisión de los actos que contienen los indicados reparos, el principio procesal de la prevención, la actuación del organismo que primero formuló los reparos y notificó de los mismos a su destinataria deberá de quedar incólume”.

---

<sup>13</sup> En esta disposición resulta evidente que la intención del reglamentista ha sido la de evitar la duplicidad de reparos y de mantener el reparo que haya sido formulado en primer lugar.

Finalmente, en lo que toca a la doctrina, el ilustre jurista español *Alejandro Nieto*, en su obra “Derecho Administrativo Sancionador”,<sup>14</sup> enfoca el asunto de la siguiente manera: “La teoría penal del concurso de leyes aborda una situación en la que dos leyes tipifican y sancionan una misma acción. En este caso podría pensarse, desde luego, que, puesto que hay dos normas tipificadoras válidas –y dando también por sentado que el Legislador lo ha sabido y lo ha querido–, hay que aplicar ambas. Pero la mentalidad moderna rechaza este criterio. Ciertamente es, desde luego, que en un plano abstracto podría pensar que, puesto que hay dos normas tipificadoras válidas, habría que aplicar ambas, ya que la misma acción constituye dos o más delitos; pero es más lógico suponer que, de ordinario, la duplicidad normativa sancionadora es consecuencia de una incoherencia o descoordinación de la legislación que agrava sin fundamento la posición del autor. Y es cabalmente la regla del *non bis* la que permite bloquear la superposición de sanciones que se considera injusta, operando en definitiva como una válvula de seguridad o mecanismo corrector de deficiencias normativas. Como dice la STS de 21 de junio de 1976 (Sala 2a., Ar. 3120), la aplicación de una sola norma no necesita siquiera de una expresa previsión legal ‘puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre latente en el derecho punitivo de *non bis in idem*, al que repugna castigar dos veces los actos por estar en la misma línea de ataque al bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad penal”.

Más adelante, en la misma obra, página 444, comenta:

**“Primero pesa a voluntad de la Administración** (o de las Administraciones) que pueden iniciar un expediente y otro (o los dos) al amparo de las dos normas en juego, igualmente válidas y, a estos efectos, igualmente aplicables. Constatada de oficio o a instancia de parte esta duplicidad de trámites, si se trata de órganos distintos de una misma Administración, el superior jerárquico común decidirá cuál de los dos debe continuar y cuál debe ser paralizado, o si deben continuar los dos. Tratándose de dos Administraciones distintas, cada una de ellas decidirá por separado si paraliza o si continúa el expediente.

**Hasta aquí, pues, es la voluntad de la Administración la que decide sobre la aplicación de las normas concurrentes; pero, una vez que tiene lugar el primer pronunciamiento, se pone en marcha el criterio cronológico, dado que el sancionado puede alegar la prohibición del bis in idem para impedir la segunda sanción y, si llega a imponerse, será nula.**

En el supuesto de que sean idénticas las sanciones previstas en las dos normas o realmente aplicadas, el caso es sencillo; aunque hay que adver-

---

<sup>14</sup> Derecho Administrativo Sancionador. 2da Edic. Edit. Tecnos S.A. Madrid. 1994. Pág. 442.

tir que esto será muy raro, ya que el margen de aplicación discrecional es tan amplio (de uno a cincuenta millones de pesetas, por ejemplo) que será difícil la coincidencia. En tal hipótesis podrá sostenerse tanto la prevalencia de la sanción más grave, en beneficio de los intereses públicos, como de la más leve, en beneficio del infractor, y no faltarán argumentos de apoyo a ambas posturas. Pero, en mi opinión, esto es algo jurídicamente irrelevante, ya que el criterio aplicable debe ser el cronológico, consecuencia directa de la voluntad de la Administración (qué es la que decide qué y cuando empieza y termina el ejercicio de la potestad), la cual es, a su vez, consecuencia de la oportunidades del ejercicio de la potestad sancionadora (examinada ya en el capítulo tercero): la Administración decide si persigue o no, si sanciona o no; y la circunstancia de haber sancionado una vez implica que ha de renunciar a sanciones posteriores” (énfasis nuestro).

Por todo lo expuesto se puede afirmar que cuando la propia Ley de Licitaciones, en el artículo 114, deja a salvo la responsabilidad administrativa, en la que pudieran incurrir los sujetos que somete a sanción, debe concluirse que no existe conflicto internormativo con el artículo 114 de la Ley de este Organismo, ya que ella misma -la de Licitaciones- proclama la aplicación concurrente de otras disposiciones que establezcan responsabilidades. Esta situación hace inaplicable el criterio de la especialidad, generalmente utilizado para resolver conflictos de leyes, y nos conduce a la posición que favorece los criterios de oportunidad y cronológico (prevención), particularmente de éste último, que encuentra consagración expresa en nuestro Derecho Positivo y que ha sido desarrollado por nuestra Jurisprudencia y por la Doctrina.

En consecuencia, cuando se materialice un hecho perfectamente subsumible tanto en el supuesto normativo del artículo 114 de la Ley de Licitaciones, como en el del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, deberá prevalecer la actuación de la autoridad que primero haya adelantado los trámites administrativos tendientes a la aplicación de la sanción, no así la que se haya realizado en segundo término, pues se debe evitar la violación del principio **non bis in idem**, en cuyo caso la autoridad que actúe con posterioridad sobre el mismo asunto, deberá ordenar el archivo de sus actuaciones so pena de que, en caso de que no lo haga, sean declaradas nulas judicialmente, precisamente, por violación a ese principio.

### **Conclusiones:**

- 1) El artículo 117 de la nueva Ley de Licitaciones está referido única y exclusivamente a los procedimientos licitatorios, por lo que no resulta posible invocar su contenido, por parte de esta Contraloría, como fundamento para continuar y decidir los procedimientos de multas iniciados antes de la vigencia de la referida Ley.

- 2) No resulta posible continuar y decidir los procedimientos de multa, abiertos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Licitaciones de 1999, conforme a las normas de procedimiento relacionadas con la aplicación de la sanción pecuniaria contenida en el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La aplicación de dos procedimientos distintos a una misma situación, vulnera el artículo 49 de la Ley de Licitaciones, así como los principios de obligatoriedad, orden público y exclusividad que rigen los procedimientos administrativos, y resulta atentatoria de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa de los interesados.
- 3) No existe colisión o incompatibilidad entre los artículos 112, 113, 115 y 116 de la Ley de Licitaciones y el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Dichos artículos resultan aplicables simultáneamente, incluso por mandato expreso de la propia Ley de Licitaciones vigente.
- 4) El artículo 114 de la Ley de Licitaciones deja a salvo expresamente, entre otras, la responsabilidad administrativa y la multa que prevé el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, constituye una modalidad de responsabilidad administrativa. Por ello, no existe incompatibilidad o conflicto alguno entre estos preceptos, y subsiste la competencia de esta Contraloría para imponer la multa prevista en el artículo 114 de su Ley Orgánica ante violaciones de la Ley de Licitaciones o su Reglamento.
- 5) Cuando un hecho sea subsumible tanto en el supuesto normativo del artículo 114 de la Ley de Licitaciones, como en el del artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, deberá prevalecer la actuación de la autoridad que primero haya adelantado los trámites administrativos tendientes a la aplicación de la sanción (prevención o principio cronológico), no así la que se haya realizado en segundo término, pues se debe evitar la violación del principio **non bis in idem**, en cuyo caso la autoridad que actúe con posterioridad sobre el mismo asunto, deberá ordenar el archivo de sus actuaciones so pena de que, en caso de que no lo haga, sean declaradas nulas, precisamente, por violación a ese principio.

Dictamen N° 04-02-177 del 23 de noviembre de 2000.



# **MUNICIPIOS**



*Solicitud del control previo para la enajenación de terrenos ejidales.*

**Es procedente objetar la enajenación de los terrenos originalmente ejidos, por no estar demostrada la aprobación por las  $\frac{3}{4}$  partes del Concejo Municipal del Municipio (...) del Estado (...), del contrato de arrendamiento con opción a compra que se celebró entre el citado Municipio y la Asociación Civil (...), incumpléndose con lo dispuesto en el último aparte del artículo 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y 20 de la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal.**

Memorándum N° 04-00-01-48 del 23 de febrero de 2000.

**Planteamiento del problema**

Se solicita a esta Dirección que emita pronunciamiento acerca de los planteamientos formulados por la Alcaldía del Municipio (...) del Estado (...), con relación a la eventual venta a la Asociación Civil (...), de unos terrenos ejidales, ubicados en jurisdicción del Municipio (...) del Estado (...), operación que el Alcalde del citado Municipio ha sometido al control previo de este Organismo, dada la ausencia de su propia Contraloría Municipal.

Como se observa de la transcripción efectuada en el punto anterior, el órgano consultante estima procedente objetar la solicitud de venta de los mencionados terrenos; por consiguiente, el presente pronunciamiento versará sobre la procedencia de mantener o no el criterio expuesto por la Dirección consultante.

**De los requisitos que deben cumplirse para la enajenación de terrenos ejidos**

En fecha reciente, el 15 de diciembre de 1999, fue aprobada mediante referéndum la Constitución de la República (Gaceta Oficial N° 36.860 del 30/12/99), cuyo artículo 181, primer párrafo, establece:

“Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios.”

La misma Constitución, en la Disposición Transitoria Decimocuarta expresa:

“Mientras se dicte la legislación que desarrolle los principios de esta Constitución sobre el régimen municipal, continuarán plenamente vigentes las ordenanzas y demás instrumentos normativos de los Municipios, relativos a las materias de su competencia y al ámbito fiscal propio, que tienen atribuido conforme al ordenamiento jurídico aplicable antes de la sanción de esta Constitución”.

El texto del artículo 181 de la nueva Constitución consagra como principio general el carácter “inalienable” e “imprescriptible” de los terrenos ejidos.<sup>1</sup> No obstante, su contenido examinado en concordancia con el de la disposición transitoria Decimocuarta, supra transcrita, permite afirmar que hasta tanto no sean dictados los cuerpos jurídicos que desarrollarán los principios que dicha Constitución consagra, los instrumentos normativos aplicables al régimen municipal serán los que estaban vigentes en el ordenamiento jurídico antes de la sanción de la novísima Carta Magna de 1999, que es el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de las normas locales contenidas en las distintas Ordenanzas.

Ello nos lleva entonces a acudir, en primer orden, al texto de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, para determinar en qué supuestos cabe la posibilidad de enajenar terrenos ejidos. El artículo 125, primera parte, establece:

“Los ejidos sólo podrán ser enajenados para construcciones, siempre y cuando se observen las modalidades, condiciones y restricciones establecidas en la Ordenanza respectiva y previas las formalidades que la misma señale”.

En igual sentido, la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal del Municipio (...) del Estado (...), que de acuerdo con los términos de la consulta resulta aplicable al asunto que nos ocupa, en su artículo 55 dispone:

“Los ejidos urbanos y otros terrenos de propiedad municipal sólo son enajenables para construcciones, mediante aprobación en tres (3) discusiones y con el voto de la mayoría de los integrantes de la Cámara y previa tramitación y cumplimiento de las condiciones establecidas en esta Ordenanza.”.

Se advierte que únicamente para construcciones podrán ser enajenados los ejidos municipales ubicados en territorio del Municipio (...) del Estado (...).

---

<sup>1</sup> Respecto del carácter inalienable e imprescriptible de los terrenos ejidos *Juan Eliezer Ruiz Blanco*, en su “*Derecho Tributario Municipal*”, afirma que “los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles. Son imprescriptibles porque no pueden ser objeto de adquisición por el transcurso del tiempo, como sería el caso de un terreno ejido sobre el cual una persona puede alegar el uso y posesión pacífica del mismo por más de veinte años y sin embargo no puede alegar la prescripción. Son inalienables porque no pueden adquirirse por compra, ni por ninguno de los medios establecidos en el Código Civil, por cuanto están fuera del comercio. El Concejo, no obstante lo dicho, puede desafectar estos bienes de su condición del Dominio Público con el visto favorable de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, pasando así a ser bienes del dominio privado, caso en el cual pueden entonces ser enajenados con las limitaciones expresadas en las leyes”. (Edic. Libra C.A., Caracas, 1993, página 254). Sobre el principio de inalienabilidad de los ejidos también se puede consultar el dictamen de este Organismo Contralor, signado DGSJ-1-80 del 19/11/81.

Ahora bien, el “control previo” a ser ejercido por parte de la respectiva Contraloría Municipal o -en su defecto, por la Contraloría General de la República- sobre la solicitud de enajenación de unos terrenos ejidales para construcciones, impone el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 125 y 126 de Ley comentada, en cuanto a los terrenos sin urbanizar. A saber:

- a) La enajenación de ejidos debe hacerse previo cumplimiento de lo dispuesto en las Ordenanzas que regulan la materia.
- b) El respectivo Alcalde hará al Concejo una propuesta razonada, sobre la urbanización de terrenos ejidos, dentro de la extensión prevista para la expansión urbana y previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de Venta de Parcelas y demás Leyes y Ordenanzas aplicables.
- c) Si el Concejo Municipal aprueba la propuesta del Alcalde, deberá desafectar de su condición ejidal los terrenos a urbanizar, con el voto favorable de las tres cuartas (3/4) partes de sus miembros.
- d) El Alcalde deberá aprobar el respectivo documento de parcelamiento, el cual deberá ser inscrito en la respectiva Oficina Subalterna de Registro. La enajenación de cada parcela estará referida al documento de parcelamiento y al correspondiente número catastral.
- e) Cuando el desarrollo del parcelamiento de los terrenos ejidales no sea hecho por el Municipio, el contrato que se celebre con tal fin deberá ser aprobado con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de los miembros del Concejo o Cabildo.
- f) Los terrenos se adjudicarán inicialmente en arrendamiento con opción a compra. El contrato deberá señalar el canon de arrendamiento, el precio del terreno, así como el plazo para ejercer la opción de compra, el cual no podrá ser mayor de dos (2) años, contados a partir de la fecha de la firma del contrato.
- g) Si la construcción no fuere ejecutada durante el lapso señalado para el pago del precio del terreno, el contrato de arrendamiento con opción de compra quedará sin efecto y el Concejo o Cabildo no devolverá las cantidades recibidas por concepto de canon de arrendamiento.

Cabe destacar que, como supuesto de excepción, prevé la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el tercer aparte del artículo 126, la posibilidad de venta de un terreno ejido a la persona que acredite haber obtenido la oferta de una entidad financiera de reconocida solvencia, de concederle un crédito para construcción de su vivienda. A este respecto, al consultar la Ordenanza aplicable, se observa que en el aparte Único del artículo 58 se establece, también, la posibilidad de vender terrenos urbanos del Municipio a toda persona que demuestre haber obtenido un crédito para la construcción de obras destinadas al uso residencial.

**Del cumplimiento de los requisitos para la enajenación de terrenos ejidos  
en el caso de los ubicados en el Municipio (...) del Estado (...)**

En el asunto consultado se trata de un terreno ejido, bien inmueble del dominio público del Municipio (...) del Estado (...), cuya venta se pretende concretar con la Asociación (...), para que esta Asociación Civil ejecute el desarrollo habitacional de tales terrenos, con recursos de la política habitacional. Por tanto, deberán ser analizados los hechos planteados sobre la base de los requisitos -esquematizados anteriormente- exigidos por los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y por las normas locales, aplicables a la materia, contenidas en la prenombrada “Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal”. Comenzaremos por examinar las normas locales. Al respecto, se observa:

La Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal de 1991, en su Capítulo IV, regula lo relativo a las enajenaciones de los ejidos urbanos y otros terrenos de propiedad municipal, señalando que son enajenables para construcciones, mediante la aprobación en tres discusiones, con el voto favorable de la mayoría de los integrantes de la Cámara y previa tramitación y cumplimiento de las condiciones establecidas en dicha Ordenanza. Entre tales condiciones podemos citar la previsión expresa de que el Concejo Municipal se reserve el derecho preferente de adquirir el inmueble vendido, cuando el propietario manifieste su voluntad de “cederlo, traspasarlo o enajenarlo”, así como el derecho de recuperar el terreno por causa de utilidad pública o interés social, mediante el pago de una justa indemnización.

Prevé también la Ordenanza comentada, como principio general, que los terrenos urbanos del municipio sólo podrán venderse a sus ocupantes o adjudicatarios, una vez que éste haya terminado la obra prevista; no obstante, establece como supuesto de excepción el caso de la persona que acredite en su solicitud haber obtenido un crédito para la construcción de obras destinadas a uso residencial, unifamiliares o multifamiliares, de cualquier entidad financiera de reconocida solvencia.

Examinada la situación concreta sobre la base de los requisitos básicos establecidos por la ley local tenemos:

- a) Consta en los documentos enviados por el órgano consultante el Acta de la Sesión Ordinaria de la Cámara Municipal del día 5 de noviembre de 1997, en la que se discutió como Séptimo Punto la “Aprobación en su Primera Discusión de la Desafectación de un Terreno de 10 Hectáreas a la (...), acordándose por unanimidad la señalada desafectación. Igualmente, cursa el Acta de la Sesión Extraordinaria del 28 de enero de 1998, en la que se asienta la decisión, por unanimidad, del Punto Único a Tratar en la sesión: la “Aprobación en su tercera discusión de un lote de terreno de aproximadamente once (11) hectáreas a la Inversora (...)

- b) Consta también la correspondiente Resolución N° 001-98 del 28 de enero de 1998 de la Cámara Municipal, mediante la cual se desafectan los terrenos en cuestión de su condición de ejidos. En su parte final se lee:

“CONSIDERANDO

*Realizado como fue por el órgano correspondiente el levantamiento topográfico, reflejándose la existencia de un terreno de origen ejidal apto para el desarrollo habitacional, la Cámara Municipal haciendo uso de la facultad que le consagra la Ley Orgánica de Régimen Municipal desafecta el terreno con el objeto de ser enajenado a la (...), quien presentó el proyecto urbanístico a desarrollar contentivo de doscientas (200) viviendas unifamiliares, dotación de servicios, áreas comunes, recreativas deportivas, educativas y áreas verdes, ejecutadas en forma progresiva atendiendo a las políticas del Instituto Nacional de la Vivienda y a las que al efecto dicte la Oficina correspondiente de este Municipio.*

ACUERDA

Desafectar de su condición de ejido un lote de terreno ubicado en el Sector (...) de la población de (...), con una extensión de diez (10) hectáreas y comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE: (...) SUR:(...) ESTE: (...) y OESTE: (...) (Cursivas nuestras).

Pues bien, del cumplimiento de ambos extremos se observa que se cumplieron los requisitos básicos exigidos por la Ordenanza para proceder a la enajenación de los terrenos ejidos. No obstante, debe ser revisado, también, el cumplimiento de los demás requisitos que fueran antes esquematizados y que aparecen contenidos en los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Así tenemos:

- a) El Alcalde y el Síndico Procurador, del Municipio (...), inscribieron por ante la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro Público del Municipio (...) del Estado (...), el documento de parcelamiento del terreno ejido, quedando registrado en fecha 10 de diciembre de 1998, (...)
- b) En fecha (...), fue celebrado un contrato de arrendamiento con opción a compra entre el Municipio Santa (...) y la Asociación Civil (...) asociación que se encargaría de desarrollar el parcelamiento), según documento inscrito por ante la Notaría Pública del Municipio (...) del Estado (...), con el N° (...) Tomo (...) de los Libros de Autenticaciones llevados por esa Notaría. Dicho contrato expresa el canon de arrendamiento, el precio del terreno y establece un plazo de un (1) año para la adquisición del terreno.
- c) Por encontrarse el desarrollo del parcelamiento a cargo de un sujeto distinto del Municipio, el contrato de arrendamiento con opción a compra ha debido ser

aprobado por el voto de las  $\frac{3}{4}$  partes de los miembros de la Cámara Municipal, mas no se desprende la mencionada aprobación de la documentación suministrada a esta Dirección por el órgano consultante.

Lo antes expuesto lleva a concluir que no consta la aprobación del contrato de arrendamiento, con opción a compra, referido por la Cámara Municipal, ya que en el Acta de fecha (...), mencionada en dicho contrato, se alude a un proyecto urbanístico a ser desarrollado por la empresa (...), y no al proyecto que sería desarrollado por la mencionada Asociación Civil. Indudablemente que con esto se incumple con uno de los requisitos para la adquisición de terrenos originalmente ejidos, exigido por el último aparte del artículo 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y por el artículo 20 de la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal, lo que permite afirmar que resultaría procedente, dada la omisión señalada, objetar la venta de los terrenos ejidos a que se refiere la consulta.

**Conclusión:**

Es procedente objetar la enajenación de los terrenos originalmente ejidos a que se refiere la presente consulta:

- Por no estar demostrada la aprobación por las  $\frac{3}{4}$  partes del Concejo Municipal del Municipio (...) del Estado (...), del contrato de arrendamiento con opción a compra que se celebró entre el citado Municipio y la Asociación Civil (...), incumpliendo-se con lo dispuesto en el último aparte del artículo 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y 20 de la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal.

Memorándum N° 04-00-01-48 del 23 de febrero de 2000.



*Jubilación de Concejales a tenor del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios.*

**En la actualidad, para adquirir el derecho al beneficio de jubilación en la condición de Concejal, deben cumplirse los requisitos de edad y tiempo establecidos a tales efectos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, y adicionalmente y en todo caso, debe cumplirse con un mínimo de tres (3) períodos ejerciendo el cargo de Concejal, en atención a lo dispuesto en el artículo 7° del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, independientemente de que con esos tres (3) períodos se sobrepase la antigüedad de veinticinco (25) años de servicio en organismos del sector público.**

VER: FUNCIÓN PÚBLICA: Requisitos para la jubilación de Concejales a tenor del Artículo 7° del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios (G.O. N° 36.880 del 28-01-2000).

Oficio N° 04-02-108 del 21 de septiembre de 2000.



# **RÉGIMEN MUNICIPAL**



### *Modificación del Presupuesto de Ingresos y Gastos de la Contraloría Municipal.*

**La Ordenanza sobre Presupuesto de Ingresos y Gastos Municipales para el Ejercicio Fiscal 1999 del Municipio (...), atribuye al Alcalde, en el artículo 23, la facultad expresa de realizar los correctivos en el aspecto físico y financiero de la ejecución del Presupuesto de Gastos del Municipio que sean necesarios, dentro del cual se encuentra el presupuesto de la Contraloría Municipal.**

Memorándum N° 04-02-118 del 16 de mayo de 2000.

La Contraloría Municipal del Distrito (...) solicitó un pronunciamiento sobre “Si el presupuesto de Ingresos y Gastos de la Contraloría Municipal del Municipio (...), puede ser susceptible de modificación luego de su aprobación por parte del Concejo Municipal

Se pasa al análisis de lo consultado en los términos siguientes:

#### **I. Aprobación del Presupuesto de la Contraloría Municipal**

La Ley Orgánica de Régimen Municipal (Gaceta Oficial N° 4.409 Extraordinario del 15-06-89), consagra la autonomía orgánica y funcional de las Contralorías Municipales en su artículo 92; y en el ámbito de la autonomía funcional les otorga, además, autonomía presupuestaria cuando en su artículo 95, numeral 15, dispone que la Contraloría elaborará su propio proyecto de Presupuesto de Gastos, el cual remitirá al Alcalde, quien deberá incluirlo, sin modificaciones, en el Proyecto de Presupuesto que presentará a la Cámara. A esto añade que la Contraloría está facultada para ejecutar los créditos de su respectivo presupuesto, con sujeción a las leyes y ordenanzas respectivas.

El referido texto legal pone de manifiesto que la Contraloría Municipal no está sujeta jerárquicamente a ningún órgano del poder municipal y menos aún del Poder Nacional- a los efectos de elaborar su presupuesto de gastos, así como a fin de ejecutar sus créditos. Dicho presupuesto se remite al Alcalde para su incorporación en el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos que presentará el mismo Alcalde a la Cámara Municipal a los fines de su consideración, conforme a lo establecido en el ordinal 6° del artículo 74 **ejusdem**.

En tal virtud, el presupuesto elaborado por la Contraloría Municipal pasa a formar parte del Presupuesto del Municipio y, por ende, a estar regulado por las normas relativas al Presupuesto Municipal contempladas en los artículos 132 y siguientes de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Sobre este particular, cabe señalar que será el Concejo Municipal o Cabildo el órgano que deberá aprobar el Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos, de acuerdo con lo establecido en el ordinal 7° del artículo 76 de la misma Ley, en cuya discusión podrá alterar las

partidas presupuestarias, pero no autorizará gastos que excedan del monto de las estimaciones de ingresos del respectivo Proyecto de Ordenanza de Presupuesto (artículo 135 **ejusdem**).

Ahora bien, una vez aprobado ese Proyecto por parte del Concejo Municipal y sancionada la Ordenanza de Presupuesto correspondiente, en el curso de la ejecución presupuestaria, pueden surgir circunstancias que obliguen a realizar modificaciones que pueden derivarse de la constatación de aumentos o disminuciones de los ingresos estimados originalmente, de circunstancias vinculadas con la coyuntura económica o por decisión de una política de austeridad a implantarse en el curso del ejercicio fiscal. Las modificaciones que se hagan del presupuesto aprobado, deberán atender a los requisitos legales exigidos por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por las disposiciones generales de la Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos del ejercicio fiscal que corresponda y por la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, en cuanto fuere aplicable.

## **II. Modificaciones al Presupuesto**

La Ley Orgánica de Régimen Municipal establece tres tipos de modificaciones: la rectificación del presupuesto, el crédito adicional y el traspaso de créditos entre partidas (artículos 137, 138 y 142), las cuales pueden efectuarse después de haberse sancionado la Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos.

En el Presupuesto de Gastos, según el citado artículo 137, se incorporará una partida denominada “Rectificaciones al Presupuesto”, de la que podrá hacer uso el Alcalde para cubrir las insuficiencias que se pudieren producir en los diferentes conceptos del gasto. Esta partida no admite incremento a través de la aprobación de créditos adicionales ni por traspasos de créditos a ella.

Por otra parte, el Concejo o Cabildo, a solicitud del Alcalde, conforme a lo establecido en el artículo 138 **ejusdem**, podrá aprobar créditos adicionales al Presupuesto de Gastos, para cubrir gastos necesarios no previstos en la Ordenanza de Presupuesto o créditos presupuestarios insuficientes. Para tales créditos adicionales se han concebido diversas fuentes de financiamiento, las cuales se señalan de modo expreso en el mismo artículo.

Por último, cabe citar los traspasos como modificaciones presupuestarias mediante las cuales los créditos de una partida cedente son trasladados a una partida receptora dentro de un mismo o diferentes sectores, programas, subprogramas o proyectos, están consagrados en el artículo 142 **ejusdem** y podrán ser acordados por el Alcalde, dentro de los límites cualitativos y cuantitativos que establezcan las Disposiciones Generales de la Ordenanza de Presupuesto y siempre que no afecte aquellos programas coordinados con el Ejecutivo Nacional o Estatal, o con sus entes descentralizados.

### III. En el Municipio (...)

La Ordenanza sobre Presupuesto de Ingresos y Gastos Municipales para el Ejercicio Fiscal 1999 del Municipio (...), publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria N° 76 del 28 de diciembre de 1998, en desarrollo de los principios presupuestarios contenidos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, los cuales devienen del régimen presupuestario consagrado a nivel nacional, prevé las modificaciones presupuestarias siguientes: las rectificaciones al presupuesto en su artículo 13; los créditos adicionales en el artículo 14; y los trasposos de créditos presupuestarios, en el artículo 8.

Pero, además, señala en el artículo 10 las modificaciones a realizar durante la ejecución de los créditos presupuestarios asignados a los entes descentralizados; modificaciones éstas que serán aprobadas por la Dirección de Planificación y Presupuesto adscrita a la Dirección de Gestión Administrativa de la Alcaldía.

Dentro de los supuestos en que procederían dichas modificaciones se consagra “La disminución de los ingresos propios, corrientes o de capital que superen la estimación inicial o en aquellos casos en los que no se concreten los ingresos por operaciones de crédito público.” En tal caso, y si la entidad afectada no presentare la correspondiente solicitud de modificación presupuestaria, se impone al Alcalde la realización de los ajustes que correspondan en el presupuesto aprobado del organismo afectado.

Ahora bien, se advierte del texto del referido artículo 10 que su aplicación se dirige a los entes descentralizados del Municipio (...), vale decir, los señalados en el Título V de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (artículos 43 a 49), y son concretamente: los institutos autónomos municipales, las empresas municipales, las fundaciones municipales y las asociaciones civiles de carácter municipal. Ello pone de manifiesto la inaplicabilidad de ese artículo 10, por cuanto la Contraloría Municipal no es un organismo descentralizado del Municipio, por lo que el Alcalde no podría realizar los ajustes a ese Presupuesto con fundamento en esta norma, y ello hace necesario, entonces, un análisis de cuál sería entonces el régimen aplicable, dada la inexistencia de una norma similar que regule la situación planteada y que resulte aplicable a la Contraloría Municipal.

A tal efecto, el análisis debe iniciarse con la normativa que sobre la materia se encuentra consagrada en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, a fin de determinar si el régimen nacional resulta aplicable en virtud del principio consagrado en el artículo 233 de la Constitución derogada, según el cual las disposiciones que rigen la Hacienda Pública Nacional regirán la administración de la Hacienda Pública de los Estados y los Municipios en cuanto sean aplicables. En este mismo sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge dicho principio en el artículo 311, in fine, que establece: “Los principios y disposiciones establecidos para la administración económica y financiera na-

cional, regulará la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables” (Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000). Por tal razón, esta Dirección efectuará de seguidas un examen de las normas correspondientes que pudieren resultar aplicables al presente asunto.

#### **IV. Ajustes Presupuestarios**

La Ley Orgánica de Régimen Presupuestario del 20 de abril de 1994 (Gaceta Oficial N° 4.718 Extraordinario de fecha 26-04-94), cuyo texto sufrió una reforma en fecha 26 de junio de 1999 (Gaceta Oficial N° 5.358 Extraordinario del 29-06-99), es decir en la mitad del ejercicio a que se concreta la consulta solicitada, establece lo siguiente:

“**Artículo 30.-** Si durante la ejecución del Presupuesto se evidenciare una reducción de los ingresos previstos para el ejercicio, en relación con las estimaciones de la Ley de Presupuesto, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y con las excepciones a que se refiere el artículo 2°, ordenará los ajustes necesarios en los créditos presupuestarios, oídas las opiniones de la Oficina Central de Presupuesto, a través del Ministro de Hacienda, y de la Oficina Central de Coordinación y Planificación. Así mismo podrá solicitar a los organismos exceptuados la elaboración de un plan de ajustes de gastos. Las decisiones serán publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.”

Esta norma atribuye una competencia expresa al Presidente de la República en Consejo de Ministros para realizar los ajustes presupuestarios en el caso de que se evidenciare una reducción de los ingresos previstos para el ejercicio.

Sobre la aplicabilidad de esta norma a los Municipios, la Contraloría General de la República se pronunció en el Dictamen N° DGSJ-1-73 de fecha 04-09-95, y sostuvo lo siguiente: “... aunque en la citada norma se establece la ordenación de los ajustes que se consideren necesarios para hacer frente a las situaciones de evidente (es decir manifiesta) reducción de los ingresos estimados originalmente en el presupuesto, se trata de una disposición que de manera muy específica le confiere la competencia para hacer tales ajustes únicamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros. Y que además circunscribe su ejercicio sólo a los créditos presupuestarios de aquellos entes y organismos que no se encuentren comprendidos dentro de las excepciones previstas en el artículo 2° **ejusdem**. Justamente, dicho artículo incluye entre los entes exceptuados, a los Municipios. De manera, pues, que el artículo 30 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario no resulta aplicable a la esfera municipal”.

Del criterio expuesto, se advierte que el artículo 30 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario no debe ser extensivamente aplicado a los entes locales. Sin embargo, nóte-



se que en la parte final de la norma se establece que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede solicitar a los organismos exceptuados de su aplicación (como el caso de los Municipios) la elaboración de un plan de ajustes de gastos, el cual, en todo caso deberá formularlo, entonces, el Alcalde, en su condición de jefe de la rama ejecutiva del Municipio y por ser el Administrador del mismo, conforme lo establece el artículo 74 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En consecuencia, la facultad que tenga el Alcalde, devenida de la solicitud del Ejecutivo Nacional, será para ajustar todos los gastos del presupuesto aprobado para el ejercicio correspondiente; motivo por el cual debe entenderse que se incluyen los gastos en que pueda incurrir la Contraloría Municipal, en virtud del principio de la unidad del presupuesto. Nótese que el legislador nacional, en la parte de la disposición que comentamos, parece reconocer claramente que los Municipios pueden encontrarse en la necesidad de realizar ajustes a su presupuesto de gastos, ante la disminución o reducción de los ingresos estimados para el ejercicio.

En efecto, sobre la posibilidad de que los Municipios puedan efectuar ajustes a los créditos presupuestarios, señala el Dictamen referido lo siguiente:

“Para que el respectivo Alcalde pudiese ejercer esa competencia respecto a los correspondientes créditos presupuestarios asignados a su municipio, sería necesario que una norma de rango constitucional o legal, **incluyendo alguna contenida en la Ordenanza de Presupuesto de la localidad**, se la hubiese conferido expresamente. Ello, en virtud del principio de legalidad enunciado en el artículo 117 de la Constitución de la República, donde se establece que “La Constitución y las leyes **definen** las atribuciones del Poder Público y a ellas **debe sujetarse** su ejercicio” (énfasis del dictamen).

Se observa entonces que es necesario acudir a la Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos aplicable, para establecer si de conformidad con sus disposiciones resulta posible que el Presupuesto de Ingresos y Gastos de la Contraloría Municipal del Municipio (...) sea modificado. Al respecto, vale decir que en los casos en que se hace necesario introducir cambios en el Presupuesto de Gastos, se distinguen dos situaciones: en primer lugar, el procedimiento para modificar las asignaciones de recursos contenidas en el Presupuesto aprobado; y en segundo lugar, los cambios en la ejecución físico-financiera del Presupuesto, también denominada reprogramación de la ejecución del Presupuesto de Gastos.

Sobre la última información, observamos que se encuentra expresamente consagrada en la Ordenanza sobre Presupuesto de Ingresos y Gastos Municipales para el Ejercicio Fiscal 1999 del Municipio (...), en su artículo 23, en el cual se establece la posibilidad de aplicar correctivos a la ejecución presupuestaria, en el aspecto físico y financiero, como

resultado de la información trimestral que de la misma recibe el Alcalde. En tal virtud, le compete al Alcalde, cuando se produce la referida hipótesis de una reducción de los ingresos previstos para el ejercicio, efectuar las modificaciones en la programación física y financiera de la ejecución del Presupuesto de Gastos del Municipio, dentro del cual se encuentra incorporado el presupuesto de la Contraloría Municipal.

### **V. Conclusiones**

En razón de los particulares que anteceden, esta Dirección concluye en los términos siguientes:

- 1) La Contraloría Municipal elaborará su propio proyecto de Presupuesto de Gastos, el cual remitirá al Alcalde, quien deberá incluirlo sin modificaciones en el Proyecto de Presupuesto que presentará a la Cámara Municipal.
- 2) La Cámara Municipal podrá alterar las partidas presupuestarias pero no autorizará gastos que excedan del monto de las estimaciones de ingresos del respectivo Proyecto de Ordenanza de Presupuesto.
- 3) Una vez aprobada y sancionada la Ordenanza de Presupuesto, las modificaciones al mismo podrán realizarse conforme a las modalidades establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en la Ordenanza de Presupuesto del ejercicio y en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, en cuanto fuere aplicable.
- 4) La modificación presupuestaria por la disminución de los ingresos previstos para el ejercicio, impone el ajuste de la Ordenanza de Presupuesto aprobada y sancionada. La competencia para efectuar tal ajuste deberá estar expresamente prevista en una norma constitucional, legal o en la Ordenanza de Presupuesto correspondiente.
- 5) La Ordenanza sobre Presupuesto de Ingresos y Gastos Municipales para el Ejercicio Fiscal 1999 del Municipio (...), atribuye al Alcalde, en el artículo 23, la facultad expresa de realizar los correctivos en el aspecto físico y financiero de la ejecución del Presupuesto de Gastos del Municipio que sean necesarios, dentro del cual se encuentra el presupuesto de la Contraloría Municipal.

Memorándum N° 04-02-118 del 16 de mayo de 2000.

# **RÉGIMEN PRESUPUESTARIO**



### *Consecuencia jurídica de la falta de aprobación del presupuesto de una Fundación del Estado.*

**Mientras no se apruebe el proyecto de presupuesto de una Fundación del Estado, ésta debe seguir funcionando en base al presupuesto del año anterior.**

Memorándum N° 04-02-71 del 7 de abril de 2000.

(...) Mientras no se apruebe el proyecto de presupuesto, la Fundación debe funcionar en base al presupuesto del año anterior, y no tomar como referencia un proyecto de presupuesto que aún no ha sido aprobado, y que por lo tanto, no es vinculante, por su mismo carácter de “proyecto”. En tal sentido, debe aplicarse analógicamente, **mutatis mutandis**, siguiendo el orden de integración de las fuentes del derecho, de conformidad con el artículo 4° del Código Civil, lo previsto en los artículos 25 y siguientes de la propia Ley Orgánica de Régimen Presupuestario en cuanto a la “reconducción presupuestaria”, conforme a la cual, en caso de aprobación tardía o falta de aprobación de un proyecto de presupuesto, debe continuar rigiendo el presupuesto anterior, constituyéndose así una excepción al principio de anualidad presupuestaria.

En virtud de ese carácter no vinculante del proyecto de presupuesto sin aprobar, en caso de que la Fundación requiera de un traspaso de crédito o un aporte presupuestario éste deberá realizar en base al presupuesto anterior, y no sobre un proyecto de presupuesto.

Por lo que respecta a los traspasos de créditos, el artículo 56 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario prevé que el Ejecutivo Nacional establecerá las normas aplicables a los traspasos de créditos entre programas, proyectos y partidas, así como las facultades que tendrán los Directorios o Juntas Directivas y las que se reserva el Presidente de la República. Igualmente, en cuanto a los aportes presupuestarios, el artículo 57, aparte tercero **ejusdem**, dispone que “Las fundaciones (...) deberán presentar, conjuntamente con la solicitud de recursos, un balance certificado por un Contador Público y un informe de sus actividades, para poder gozar de los aportes presupuestarios solicitados, a los gobiernos nacional, estatal y municipal”.

En cuanto a la última interrogante, debemos señalar que carece de sentido, por cuanto, como ya señalamos **supra**, las modificaciones al presupuesto no pueden realizarse sobre un proyecto, sino como afirmamos después, sobre el presupuesto del ejercicio fiscal anterior, que debe continuar en vigencia. Por otra parte, huelga decir que sólo puede reputarse “presupuesto” de esa Fundación, el que ha sido aprobado por el Ejecutivo Nacional, y no una “realidad” financiera. Obsérvese, además, que la prohibición de hacer gastos no previstos en el presupuesto tiene incluso rango constitucional (véase artículo 314 de nuestra Carta Fundamental, Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000).

Memorándum N°04-02-71 del 7 de abril de 2000.



# **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**





## RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

---

*Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.*

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 antes que plantear una situación de verdadera alternabilidad para la autoridad administrativa de escoger entre dos sanciones en el supuesto de la malversación, tal como se asienta en el dictamen en reexamen, planteaba una situación de concurrencia y de conflicto normativo, sobre todo si se tiene en consideración que incluso previamente al problema de aplicación de las sanciones, debía dilucidarse el problema vinculado a la determinación del procedimiento administrativo sancionatorio a seguir, distinto en cada caso.

En consecuencia, el asunto debe resolverse con los criterios combinados de la voluntad de la Administración y de la cronología, y no con el criterio de la alternabilidad, en el entendido de que en ningún caso ambas sanciones podían aplicarse simultánea o sucesivamente, por ser ello violatorio del conocido principio *non bis in idem*. Se abandona la posibilidad de sancionar por la vía de la averiguación administrativa los supuestos de malversación ocurridos bajo la vigencia de la anterior Ley de Contraloría, únicamente cuando esa infracción se hubiese configurado mediante hechos de mayor gravedad.

VER: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Tratamiento de la “malversación” ocurrida bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984. Revisión del criterio contenido en el Dictamen N° 04-00-01-157 del 13-08-99.

Memorándum N° 04-02-163 del 26 de junio de 2000.

