

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: ditc@cgr.gov.ve
Diseño de portada: Oscar Hurtado Matthey
Diagramación: Oscar Hurtado Matthey
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

2003-2004

N° XVIII

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Pág.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

El ente contratante está en la obligación de exigir sólo aquellas garantías necesarias y suficientes que le permitan cubrir a su satisfacción, los posibles daños o perjuicios que pudiera ocasionar un eventual incumplimiento por parte de la empresa contratista. Sin embargo, podría exigir pólizas de responsabilidad civil y laboral que cubran las obligaciones del contratista frente a terceros o frente a sus trabajadores, cuando analizadas las condiciones particulares de la contratación resultaren convenientes y oportunas. (Memorándum N° 04-02-137 del 15 de julio de 2003)	15
El titular de la Unidad de Auditoría Interna de una Empresa del Estado no tiene asignadas actividades relacionadas con la administración y liquidación de ingresos nacionales o con la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, de allí que no esté obligado a prestar caución en los términos previstos en los artículos 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y 52 y 53 de su Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario. (Memorándum N° 04-02-169 del 22 de agosto de 2003).....	22
Los recursos entregados a particulares por entes del sector público en forma de transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o cualquier otra modalidad similar, se consideran patrimonio público hasta tanto hayan logrado las finalidades para las cuales fueron entregados y en tal sentido, los particulares administradores de estos fondos podrán ser sujetos pasivos de cualquier acción fiscal por su manejo irregular. (Memorándum N° 04-02-40 del 29 de marzo de 2004).....	27
La tutela en el contexto del artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (Memorándum N° 04-00-252 del 13 de diciembre de 2004).....	31

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3, Sobre el Sistema de Tesorería, posibilitan la utilización de instrumentos distintos al cheque para enterar los ingresos por concepto de liquidación y recaudación de derechos arancelarios consulares. (Memorándum N° 04-02-156 del 7 de agosto de 2003).....

41

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La prohibición de contratar, consagrada en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es aplicable a los funcionarios públicos al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o derecho privado estatales. (Memorándum N° 04-02-19 de fecha 17 de enero de 2003).....

47

CONTROL FISCAL

La aplicación de métodos de control perceptivo por parte de los órganos de control fiscal, en los términos del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sólo puede producirse en una fase posterior a la realización efectiva o al menos aparente de las correspondientes operaciones y acciones administrativas y de ejecución de contratos; o de la operatividad de los sistemas contables; o de la realización de los registros contables. (Memorándum N° 04-02-112 del 3 de junio de 2003).....

57

Los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal deben tener en funcionamiento una Unidad de Auditoría Interna, salvo las excepciones previstas en el Parágrafo Único del artículo 26 de dicha Ley. (Memorándum N° 04-00-144 del 14 de septiembre de 2004).....

64

En los organismos o entes que tienen Juntas Directivas, Juntas Administradoras, Consejos Directivos u órganos similares, se

concede a estos como la máxima autoridad y, en consecuencia, los funcionarios que la integran son los considerados “de alto nivel”, a los fines previstos en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (Memorándum N° 04-00-154 del 21 de septiembre de 2004).....	67
Marco jurídico para incorporar la variable ambiental dentro del control fiscal. (Memorándum N° 04-00-196 del 27 de octubre de 2004).....	73

DERECHO TRIBUTARIO

Procedimiento implementado por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, para el cobro de los tributos contemplados en la Ordenanza de Timbre Fiscal. (Memorándum N° 04-02-32 del 30 de enero de 2003).....	97
Los entes públicos designados como agentes de retención, de conformidad con lo previsto en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, tienen la obligación de efectuar la retención de dicho Impuesto en el momento de efectuar el pago a cualquier empresa proveedora de bienes muebles o prestadora de un servicio, siempre y cuando el contribuyente no se encuentre dentro de las exclusiones previstas en la Ley. (Memorándum N° 04-02-83 del 10 de abril de 2003).....	106
El procedimiento administrativo a seguir por la Contraloría General de la República, para la determinación de obligaciones tributarias y para la formulación de reparos tributarios en materia aduanera es el previsto en el Código Orgánico Tributario hasta tanto sea dictado el Código Orgánico Aduanero a que alude la Disposición Transitoria establecida en el artículo 335 de dicho Código.(Memorándum N° 04-02-150 del 30 de julio de 2003).....	111
Preeminencia de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas sobre la Ley de Timbre Fiscal. (Memorándum N° 04-02-048 del 12 de abril de 2004).....	115

EMPRESAS DEL ESTADO

Las Unidades de Auditoría Interna de las empresas filiales, son las llamadas a ejercer las funciones atribuidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y en ese sentido, pueden realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis, investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, con la finalidad de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones. (Memorándum N° 04-00-015 del 24 de mayo 2004).....

135

ESTADOS Y MUNICIPIOS

Los Consejos Locales de Planificación Pública al participar en la elaboración de los Planes de Inversión Municipal, proceden a su aprobación de una manera preliminar, mientras que la aprobación definitiva está atribuida a la Cámara Municipal, con fundamento en el artículo 18 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública. (Memorándum N° 04-00-019 del 28 de mayo de 2004).....

139

FUNCIÓN PÚBLICA

Un funcionario jubilado por la Contraloría General de la República puede reingresar a la Administración Pública, sin embargo no le será posible percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del nuevo cargo público, a menos que se trate de alguno de los cargos exceptuados como son los cargos académicos, asistenciales, accidentales o docentes. (Memorándum N° 04-02-45 del 18 de febrero de 2003).....

149

El cargo de Auditor Interno no puede ser ocupado por jubilados mediante reingreso por cuanto las notas que lo distinguen, particularmente la estabilidad y designación por concurso, no están presentes en los cargos o empleos de libre nombramiento y remoción o en los de similar jerarquía. (Memorándum N° 04-02-54 del 5 de marzo de 2003).....

152

La prohibición expresa prevista en el artículo 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República imposibilita a los jubilados por este Organismo, la percepción simultánea de la pensión de jubilación y el sueldo derivado del ejercicio de cargos públicos, por consiguiente están obligados, a solicitar y obtener la suspensión del disfrute de la respectiva pensión de jubilación otorgada por este Organismo cuando reingresen a la Administración, salvo que se trate de cargos académicos, asistenciales o docentes. (Memorándum N° 04-02-79 del 4 de abril de 2003).....	157
Remuneración correspondiente durante el período vacacional a los funcionarios que ejercen cargos de superior nivel en comisión de servicios. (Memorándum N° 04-02-90 del 2 de mayo de 2003).....	160
Los abogados que desempeñen funciones en órganos o entes públicos no son considerados profesionales liberales, están sometidos al régimen estatutario que rige a los funcionarios públicos, por ende, el ejercicio de funciones inherentes a sus cargos, no genera honorarios profesionales, razón por la cual dichas funciones estarían exentas del pago de los mismos por ante los distintos Colegios de Abogados, aún cuando dicha exoneración no esté prevista en el Reglamento de Honorarios Mínimos aprobado en el XLIX Consejo de la Federación de Colegios de Abogados. (Memorándum N° 04-02-157 del 11 de agosto de 2003).....	162
Las nociones de funcionario público y patrimonio público contenidas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, deben interpretarse en el sentido amplio que se deriva de la Ley Contra la Corrupción y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Memorándum N° 04-02-167 del 22 de agosto 2003).....	173
Procedencia del mes de disponibilidad, previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa. (Memorándum N° 04-00-188 del 15 de octubre de 2004).....	181

FUNDACIONES

Tarifa de viáticos para viajes en el interior y exterior del país aplicable a una Fundación del Estado (Memorándum N° 04-00-150 del 20 de septiembre de 2004)..... 187

HACIENDA PÚBLICA NACIONAL

La prescripción de las acreencias por cobrar que aparecen registradas en la contabilidad fiscal, sólo opera a instancia o a solicitud de los respectivos deudores, siempre y cuando estén dadas las condiciones que impone la Ley para su procedencia. (Memorándum N° 04-02-47 del 20 de febrero de 2003)..... 203

LEYES

Interpretación del artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (Oficio N° 04-00-014 del 31 de agosto de 2004)..... 215

LICITACIONES

Imposibilidad de incluir una cláusula que estipule la renovación anual automática en los contratos celebrados con ocasión de un procedimiento licitatorio para el ejercicio presupuestario en curso. (Memorándum N° 04-02-26 del 8 de marzo de 2004)..... 225

La adjudicación directa para el servicio de mantenimiento de los equipos a la misma empresa que los suministró es posible para evitar perder la garantía de buen funcionamiento, en atención a que en el contrato suscrito, se estableció como requisito indispensable para que operara dicha garantía el que los equipos sólo fueran revisados o reparados por personal autorizado por la empresa. (Memorándum N° 04-00-038 del 18 de junio de 2004)..... 229

Alcance y limitaciones de la participación como observadores en los procesos licitatorios de los representantes de los órganos de control fiscal. (Oficio N° 04-00-007 del 13 de julio de 2004)..... 232

PRESUPUESTO

La omisión en que incurren los entes descentralizados al no tramitar sus respectivos proyectos de presupuesto de ingresos y gastos para un ejercicio fiscal determinado, dentro del lapso establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, podría dar lugar a la determinación de responsabilidad administrativa. (Memorándum N° 04-02-05 del 12 de Enero de 2004).....

239

RÉGIMEN PRESUPUESTARIO

Contenido y alcance de las partidas presupuestarias 4.98.00.00.00 “Rectificaciones al Presupuesto” y 4.51.00.00.00 “Gastos de Defensa y Seguridad del Estado”. (Memorándum 04-02-97 del 19 de mayo de 2003).....

249

PRESENTACIÓN

Esta nueva publicación de los Dictámenes elaborados por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, constituye la continuación de un esfuerzo por divulgar las opiniones jurídicas emitidas durante los años 2003 y 2004 por la Contraloría General de la República sobre los asuntos sometidos a su consideración, en atención de las funciones que le son inherentes.

Los Dictámenes han sido agrupados por temas relacionados con Administración Descentralizada, Administración Pública, Contratos Administrativos, Control Fiscal, Control Interno, Derecho Tributario, Empresas del Estado, Estados y Municipios, Función Pública, Fundaciones, Hacienda Pública Nacional, Leyes, Licitaciones, Presupuesto y Régimen Presupuestario.

Esperamos que este tomo, el décimo octavo desde que se inició la publicación de estos volúmenes en tiempos en que el Dr. Luis A. Pietri era titular del Organismo Contralor, sirva como herramienta de trabajo para los interesados en conocer las opiniones jurídicas de la Contraloría General de la República.

CLODOSBALDO RUSSIÁN UZCÁTEGUI
Contralor General de la República

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: El ente contratante está en la obligación de exigir sólo aquellas garantías necesarias y suficientes que le permitan cubrir a su satisfacción, los posibles daños o perjuicios que pudiera ocasionar un eventual incumplimiento por parte de la empresa contratista. Sin embargo, podría exigir pólizas de responsabilidad civil y laboral que cubran las obligaciones del contratista frente a terceros o frente a sus trabajadores, cuando analizadas las condiciones particulares de la contratación resultaren convenientes y oportunas.

De conformidad con el artículo 38 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el ente contratante al momento de efectuar contrataciones con cualquier empresa, está en la obligación de exigir sólo aquellas garantías suficientes que le permitan cubrir a su satisfacción, los posibles daños o perjuicios que le pueda ocasionar un eventual incumplimiento por parte de la empresa contratista, ello no implica exigir con carácter obligatorio pólizas que cubran las obligaciones del contratista frente a terceros. Sin embargo, éstas pudieran ser exigidas, cuando analizadas las condiciones particulares de la contratación resultaran convenientes y oportunas sin que esto implique responsabilidad para el ente o empresa contratante tomando en consideración el principio de la sana administración.

Memorándum N° 04-02-137 del 15 de julio de 2003.

Pronunciamiento respecto a la consulta formulada por la Contraloría Interna de una empresa del Estado, relacionada con la obligatoriedad de exigir a los contratistas de esa empresa, la póliza laboral y la póliza de daños a terceros, so pena de incurrir en el supuesto de responsabilidad administrativa previsto en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Partiendo del carácter de empresa del Estado (...) y por ende, pertenecer dicho ente a la Administración Pública Descentralizada, efectivamente y en lo que concierne a los contratos de obras no le son aplicables las normas relacionadas con las **Condiciones Generales**

de Contratación para la Ejecución de Obras,¹ no obstante que en el primer aparte del artículo 1 de las referidas normas se instruye a los Institutos Autónomos y a las Empresas del Estado para que elaboren sus normas en concordancia con éstas.

Ahora bien, como quiera que según se desprende del texto de la consulta las aludidas normas aún no han sido elaboradas por la precitada empresa, por vía de la analogía y en vista de la “instrucción” contenida en el artículo 1 arriba citado, la empresa debería adherirse a las referidas “Condiciones Generales” las cuales tienen previsiones sobre la materia a que se contrae la consulta, como luego se verá.

Por otra parte, de cualquier manera ya se trate de contratos de obras, adquisición de bienes o servicios, hay que tener presente que el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², establece de manera **expresa y general** el deber que tienen los entes u organismos que se señalan en los numerales 1 al 11 del artículo 9 ejusdem, de implantar sus propios sistemas de control, los cuales tienen la obligación de asegurarse que se prevean las garantías que sean necesarias y suficientes para responder de un eventual incumplimiento de la obligación por parte de la empresa con quien se celebre un determinado contrato. Efectivamente, dicho artículo dice:

“Artículo 38. El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

(Omissis)

3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por as **obligaciones que ha de asumir el contratista**”. (Destacado nuestro).

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

Del análisis de la norma antes mencionada, se aprecia que el deber de exigir garantía es a los efectos de que el ente contratante pueda salvaguardarse de cualquier incumplimiento por parte de la empresa contratista y no para proteger los riesgos de terceros, ya que éstos los debe asumir la contratista.

A todo evento, también cabe agregar que la Ley de Licitaciones³ en su artículo 47, numeral 15, hace referencia a las condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato, de donde se concluye que éste es otro instrumento jurídico que constituye un fundamento legal para exigir garantías de fiel cumplimiento a los fines de proteger los riesgos del ente contratante en materia de contratos de obras, adquisición de bienes muebles y prestación de servicios, distintos a los profesionales y laborales.

Si se trata de contrataciones excluidas de la Ley de Licitaciones, en dictamen⁴ emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos de esta Contraloría General de la República se sostuvo:

“... debe acudirse a los principios de sana administración a fin de determinar si es necesario exigir la fianza de fiel cumplimiento. En este sentido, estimamos que cuando se trata de contratos de tracto inmediato no es necesaria la constitución de dicha fianza por cuanto la ejecución de la obligación se hace en una sola unidad de tiempo y el oferente del bien o servicio recibe su contraprestación en dinero contra presentación de bien o realización del servicio”.

Lo expuesto significa, que el ente contratante en general se encuentra obligado a exigir las garantías necesarias y suficientes que le permitan cubrir a su satisfacción, las obligaciones asumidas por el contratista ante un eventual incumplimiento. De no exigirse, el funcionario o empleado responsable incurriría en responsabilidad administrativa,

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

4 Dictamen Nro. 04-00-01-635 del 24-10-97, publicado en “Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República”, Año 1997. Tomo XIII. P. 261.

de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que prevé:

“Artículo 91. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

(omissis)

3. El no haber exigido garantía a quien deba prestarla o haberla aceptado insuficientemente.”

Con respecto a la exigencia obligatoria de las pólizas de responsabilidad civil ante terceros y laboral, que como se puede observar persiguen cubrir riesgos de terceros, nos encontramos con lo siguiente:

En materia de contratos de obra los artículos 75, 79, 82, 84 y 85 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras⁵ establecen:

“Artículo 75: El contratista **será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen durante la ejecución de los trabajos**, bien sea por errores, omisiones o negligencia del propio Contratista, o del personal a su cargo o causados con los equipos y maquinarias que utilice; por lo tanto deberá mantener estricta vigilancia **tomando las precauciones necesarias para evitar que se causen daños a las obras o a terceros**; así mismo, protegerá tanto las propiedades y bienes de la República como las de los particulares y el ambiente en general”. (Destacado nuestro).

“Artículo 79: Es obligación del Contratista colocar los avisos de señalamiento que sean necesarios, para advertir de los obstáculos en la vía que puedan constituir peligro para terceros. Todos los avisos, barreras y obstáculos deberán ser iluminados desde el atardecer

⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

hasta el amanecer.

El Contratista se obliga **a evitar que sean causados daños o perjuicios de cualquier naturaleza a terceras personas, con motivo de la ejecución de las obras objeto del contrato**. En todo caso, procurará que los derechos y bienes de las personas no sean afectados sino en el mínimo compatible con la normal ejecución de las obras”. (Destacado nuestro).

“Artículo 82: El Contratista deberá tomar todas las medidas y precauciones necesarias para evitar situaciones de insalubridad en la zona de los trabajos derivada de sus instalaciones, de los trabajos mismos o de cualquier otro hecho o circunstancia relacionados con éstos.”

“Artículo 84: El contratista **adoptará las precauciones necesarias para prevenir y evitar accidentes de trabajo** y tomará especial interés en el cumplimiento de las disposiciones de las autoridades del trabajo sobre seguridad industrial”. (Destacado nuestro).

“Artículo 85: El contratista **es el único patrono del personal que labore en la ejecución de la obra objeto** del contrato, y dará estricto cumplimiento a las disposiciones de las Leyes que le sean aplicables, asimismo **responderá del pago de las obligaciones que deriven de su relación laboral** de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico”. (Destacado nuestro).

A la luz de las citadas disposiciones, se puede afirmar que en el caso de contratos de obras, el ente contratante está liberado de responsabilidad civil o laboral puesto que el contratista es el único obligado a responder por los daños a terceros y por las obligaciones laborales derivadas de dichos contratos. Además, tal como se advirtió anteriormente, las precitadas “Condiciones Generales” aún cuando no son aplicables a las empresas del Estado a tenor de lo establecido en su artículo 1, no significa que no puedan ser utilizadas por las mencionadas empresas, siendo que, a todo evento, la normativa interna que dicten debe concordar con ellas.

Por consiguiente, no existiendo solidaridad entre el ente contratante y la empresa contratista, queda aquel liberado de cualquier responsabilidad ante los trabajadores del contratista y frente a terceros.

En apoyo a lo expuesto cabe ratificar, en el caso en particular, el contenido del dictamen⁶, emanado de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de este Organismo en donde se expresó:

“En las obras que realice la República y demás entes públicos a través de contratistas **no existe solidaridad de los primeros con los segundos** en materia laboral, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo. Por ello de constituirse una fianza laboral para la solidaridad se está asegurando un riesgo inexistente.

La República no puede ser legítimamente demandada con motivo de reclamaciones laborales de los trabajadores de sus contratistas. Por ello, no debe hacer provisiones presupuestarias a esos efectos y mucho menos efectuar pagos por ese concepto con sus propios recursos”. (Destacado nuestro).

Bajo los lineamientos que anteceden, no podría responsabilizarse a un funcionario o empleado por no haber exigido este tipo de pólizas, en un contrato de obras, dado que no existe una norma legal que así lo exija, y porque el ente contratante se encuentra liberado de responsabilidad frente a terceros.

Ahora bien, en cuanto a los contratos de servicios o de adquisición de bienes no existe norma donde expresamente se establezca la obligación de los entes contratantes de exigir pólizas o garantías de responsabilidad civil o laboral, aunado a que según el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo⁷, en general el contratista no compromete la responsabilidad laboral del beneficiario del “**servicio**”.

6 Dictamen N° DGSJ-1-037 del 14-09-92, publicado en “Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República” Tomo XI, Volumen I, 1992-1995. pág.237.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

Sentado lo anterior, es posible aseverar que la Compañía Anónima (...) de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, al momento de efectuar contrataciones con cualquier empresa está en el deber de exigir sólo aquellas garantías suficientes que le permitan cubrir a su satisfacción, los posibles daños o perjuicios que le pueda ocasionar un eventual incumplimiento por parte de la empresa contratista. Lo que implica, que no está en el deber de exigir con carácter obligatorio pólizas que cubran las obligaciones del contratista frente a terceros o frente a sus trabajadores. No obstante, tomando en consideración el principio de la sana administración, las pretendidas pólizas (laboral y de responsabilidad civil) pudieran ser exigidas, cuando analizadas las condiciones particulares de la contratación, éstas resultaren convenientes y oportunas al caso de que se trate, sin que esto implique responsabilidad para el ente o empresa contratante.

Así las cosas, esta Dirección considera que en lo referente a la posibilidad de incurrir en un supuesto generador de responsabilidad administrativa por no exigirse las pólizas laboral y de responsabilidad civil, se puede afirmar lo siguiente:

1. La Compañía Anónima (...) al momento de efectuar contrataciones está obligada a exigir las garantías necesarias y suficientes que le permitan resarcirse los daños y perjuicios que le ocasione un eventual incumplimiento de la obligación por parte de sus contratistas. En este sentido, si estas garantías no son exigidas se estaría en presencia del supuesto generador de responsabilidad administrativa previsto en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
2. Situación contraria, ocurre en el caso que no se exijan las garantías (póliza de responsabilidad civil y laboral), que permiten cubrir el eventual incumplimiento de las obligaciones que los contratistas asuman con los trabajadores o frente a terceros, dado que la Compañía Anónima (...) no tiene responsabilidad frente a ellos, razón por la cual,

al no exigir las, no se configura el hecho generador de responsabilidad administrativa tipificado en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Finalmente, respecto a la posibilidad de que la Compañía Anónima (...), fuera susceptible de reclamos judiciales por el incumplimiento de las obligaciones laborales de algunas de sus contratistas, por no haberse exigido la póliza laboral, se estima, en primer lugar, que el reclamo laboral no prosperaría puesto que el ente contratante no está obligado a responder por el incumplimiento de las obligaciones que sus contratistas hayan asumido con sus trabajadores o frente a terceros; en segundo lugar, es evidente que no existen elementos para responsabilizar al funcionario o empleado que no las exigió, puesto que la empresa o el ente contratante no está obligado a responder por estas obligaciones.

Memorándum N° 04-02-137 del 15 de julio de 2003.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: El titular de la Unidad de Auditoría Interna de una Empresa del Estado no tiene asignadas actividades relacionadas con la administración y liquidación de ingresos nacionales o con la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, de allí que no esté obligado a prestar caución en los términos previstos en los artículos 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y 52 y 53 de su Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario.

Dentro de las funciones atribuidas a las Unidades de Auditoría Interna no se encuentran asignadas actividades relacionadas con la administración y liquidación de ingresos nacionales o con la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, aunado a que éstas no integran la estructura para la ejecución del presupuesto de gastos, por ende quienes ejercen estas funciones no están obligados a prestar caución en los términos previstos en los artículos 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y 52 y 53 de su Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario.

Memorándum N° 04-02-169 del 22 de agosto de 2003.

Se solicita opinión de esta Dirección con relación a la obligación de prestar caución para el ejercicio de las funciones de Auditoría Interna en una empresa del Estado conforme a lo establecido en la Reforma Parcial del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema Presupuestario.

Sobre el particular se destaca que la naturaleza jurídica del ente consultante, es la de ser una empresa pública de derecho privado por lo cual califica legalmente dentro de la categoría de entes del sector público, sometidos a un régimen jurídico mixto, es decir, se le aplica el derecho privado por estar constituido bajo la figura de una sociedad anónima, y el derecho público porque su configuración económica debido a la participación del Estado, permite ubicarla dentro de la estructura u organización general del Estado¹.

En este sentido, por ser una sociedad mercantil con las características referidas, se encuentra sometida a las regulaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público² de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 ejusdem.

Partiendo de estas consideraciones, es preciso atender lo que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, con respecto a las atribuciones de las Unidades de Auditoría Interna.

Así, tenemos que, el artículo 40 de la precitada Ley señala:

“Artículo 40. (...) corresponde a las unidades de auditoría interna de las entidades a las que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficiencia de los sistemas de administración y de información gerencial, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y

1 Dictamen N° DGSJ-1-100 del 16-07-86 y el DGSJ-1-05 del 17-12-82, Tomos IX y VII.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

confiabilidad, y la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas”.

En el mismo orden de argumentación el artículo 41 ejusdem prevé:

“Artículo 41. Las unidades de auditoría interna en el ámbito de sus competencias, podrán realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el ente sujeto a su control, para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión”.

Las normas transcritas establecen claramente las funciones que deben desempeñar las Unidades de Auditoría Interna, entre las que se destacan la evaluación de los sistemas de control interno, examinar los registros y los sistemas financieros, realizar inspecciones, auditorías, fiscalizaciones, exámenes, estudios etc.; situación que evidencia que la misión de estas unidades es la de controlar, a los fines de verificar la sinceridad, legalidad y corrección de las operaciones efectuadas por los entes sujetos a su control.

Ahora bien, precisadas estas funciones es necesario especificar quienes son los funcionarios que por ley, se encuentran en la obligación de prestar caución.

La caución es definida por Manuel Osorio⁴, en su obra “**Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas**”, como:

“Prevención, precaución o cautela. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Es una expresión equivalente a **fianza**, ya que garantiza, con relación a uno mismo o a otra persona, el cumplimiento de una obligación, por lo general establecida judicialmente, ya sea de orden civil o de índole penal...”.

⁴ Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas, Editorial Heliasta, S.R.L., Pág. 116.

En virtud de esta definición se puede inferir que la caución es una medida que puede adoptar el legislador para asegurar o garantizar en forma suficiente los resultados de la gestión del funcionario comprometido, para con el Estado, a fin de garantizar los resultados de su gestión.

Sobre el particular la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en su artículo 161 señala:

“Artículo 161. Los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, prestarán caución antes de entrar en ejercicio de sus funciones, en la cuantía y forma que determine el reglamento de esta Ley.

La caución se constituye para responder de las cantidades y bienes que manejen dichos funcionarios y de los perjuicios que causen al patrimonio público por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o impericia en el desempeño de sus funciones.

(Omissis)”

Por su parte, los artículos 52 y 53 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema Presupuestario⁵, establecen:

“Artículo 52. La designación de los funcionarios responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, será efectuada por la máxima autoridad del organismo correspondiente y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Artículo 53. Los funcionarios a que se refiere el artículo anterior no podrán tomar posesión de sus cargos hasta tanto presten caución suficiente para el ejercicio de sus funciones, ante la Auditoría Interna de la respectiva unidad administradora, de conformidad con lo previsto en

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.592 Extraordinario del 27 de junio de 2002.

el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público”.

Siendo entonces el transcrito artículo 161 de la Ley *in commento*, quién establece de forma amplia y general la obligación que tienen **los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos**, y complementariamente, los dispositivos 52 y 53 del referido Reglamento, que regulan en forma específica y especial, **la obligación de los responsables de las unidades administradoras** integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, de prestar la caución correspondiente. Dichos dispositivos establecen, pues, la obligación que tienen los funcionarios que encuadran en estos supuestos, de prestar caución suficiente para responder de las cantidades y bienes que manejen y de los perjuicios que pudiesen causar al patrimonio público, por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o impericia en el desempeño de sus funciones.

De modo pues, que los artículos 52 y 53 del Reglamento antes identificado, están referidos únicamente a la caución que deben prestar todos aquellos sujetos que intervengan directa o indirectamente en la administración de los fondos o bienes públicos, producto de la designación de los distintos créditos presupuestarios girados a la unidad bajo su cargo o emitidos en favor de otra unidad.

Estos dispositivos sólo están referidos a los funcionarios que tienen la responsabilidad de gastos, ya que el propio artículo 52 lo dispone de forma clara y precisa, cuando establece: **“La designación de los responsables de las Unidades Administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos,...”**, lo cual permite concluir que dentro de esta estructura, no están incluidos quienes ejercen las funciones de Auditoría Interna; puesto que, el propio artículo 48 del Reglamento *in commento*, establece lo que debe entenderse por esa estructura al señalar que es: “el conjunto conformado por la unidad administradora central y las unidades administradoras desconcentradas que intervienen en el manejo de los créditos presupuestarios”.

El deber de prestar esta caución, es de carácter obligatorio para todos aquellos funcionarios que se encuentren en los supuestos de hecho

previstos en las referidas normas, y por tanto es condición indispensable prestarla, a los fines de poder investir el cargo y como consecuencia ejercer las funciones que le competen.

Ahora bien, visto los razonamientos que anteceden, y dado que dentro de las funciones atribuidas a las Unidades de Auditoría Interna no se encuentran asignadas actividades relacionadas con la administración y liquidación de ingresos nacionales o con la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, aunado a que éstas no integran la estructura para la ejecución del presupuesto de gastos, permite afirmar que quienes ejercen estas funciones no están obligados prestar la caución a la que hace referencia el citado artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y 52 y 53 de su Reglamento Sobre el Sistema Presupuestario.

Memorándum N° 04-02-169 del 22 de agosto de 2003.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Los recursos entregados a particulares por entes del sector público en forma de transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o cualquier otra modalidad similar, se consideran patrimonio público hasta tanto hayan logrado las finalidades para las cuales fueron entregados y en tal sentido, los particulares administradores de estos fondos podrán ser sujetos pasivos de cualquier acción fiscal, por su manejo irregular.

De acuerdo con lo establecido en el aparte final del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción, aquellos recursos entregados por entes del sector público a asociaciones civiles destinados al cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar, se consideran patrimonio público, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades; y los directivos y administradores de dichas asociaciones, como particulares administradores de los mencionados recursos quedarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en la Ley Contra la Corrupción y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por el manejo de tales recursos.

Memorándum N° 04-02-40 del 29 de marzo de 2004.

Se solicita la opinión de esta Dirección General, en relación con “el alcance del término ‘patrimonio público’; aludido en el artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción así como la procedencia de declarar la responsabilidad administrativa en el caso de los particulares referidos en el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”.

Realizado el análisis correspondiente, esta Dirección emite su opinión en los términos siguientes:

Del contenido del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción¹, se desprende con claridad que se **consideran como pertenecientes al patrimonio público, aquellos recursos entregados a particulares por entes del sector público** entre los cuales se encuentran las fundaciones estatales, **mediante transferencias**, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar, para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, **hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades**; vale decir, hasta tanto se compruebe, a través de los medios legales de prueba correspondientes, que se lograron los objetivos públicos que motivaron las transferencias de recursos del sector público, mediante su empleo para esos propósitos específicos.

Ello significa que **una vez demostrado tal logro**, los recursos transferidos para un determinado fin **tendrán que dejar de ser considerados, por imperativo de la misma norma, como parte del patrimonio público**, es decir que a partir del momento de dicha comprobación, se considerarán, en lo sucesivo, como parte del patrimonio privado del respectivo particular; **con la única salvedad de que posteriormente la prueba correspondiente sea desvirtuada mediante el procedimiento previsto legalmente al efecto por nuestro ordenamiento jurídico.**

Ahora bien, en cuanto a los recursos transferidos por la Fundación a particulares, en calidad de subsidio al denominado “pasaje estudiantil, deben considerarse pertenecientes a dicha Fundación Estatal y por

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 abril de 2003.

tanto, como recursos que integran el patrimonio **público**, hasta que los particulares receptores de esos fondos no comprueben el logro de las finalidades de interés público para las cuales se transfirieron esos recursos, en calidad de subsidio.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, que de acuerdo con lo establecido en el aparte final del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción, los fondos entregados por la Fundación a las asociaciones civiles y luego por éstas a los transportistas asociados, deben considerarse como recursos de dicha Fundación Estatal, hasta tanto los particulares receptores de los mismos no demuestren el logro de las finalidades públicas para las cuales se transfirieron esos fondos.

Cabe aclarar que nos referimos a “finalidades” en plural, no sólo porque así lo establece la referida norma, sino además porque, en realidad, el subsidio al pasaje estudiantil, que se ha venido abonando en cuentas de las asociaciones civiles de transporte, persigue la consecución no de uno, sino de dos fines de interés público, en beneficio de dos grupos sociales que interactúan en el sector transporte.

En primer término, se pretende beneficiar a los estudiantes usuarios del servicio, procurando lograr que disfruten del mismo a tarifas preferenciales.

En segundo lugar, se busca proteger a los transportistas prestadores del servicio mediante un pago compensatorio, evitándoles por este medio desmejoras económicas derivadas de la aplicación de esas tarifas preferenciales, procurando al mismo tiempo, como típica actividad administrativa de fomento, conseguir la colaboración de esos particulares en el mantenimiento de dichas tarifas y en la necesaria continuidad del servicio.

Esa dualidad de finalidades públicas implica, correlativamente, que para que los recursos transferidos por la Fundación en calidad de subsidio al pasaje estudiantil, dejen de ser considerados como patrimonio público, se requiere la comprobación del logro de ambas finalidades.

Mientras tal comprobación no se produzca, los fondos transferidos por la Fundación a esas asociaciones deben considerarse como

patrimonio público, de conformidad con lo dispuesto en el aparte final del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción. Y según se deriva de lo previsto en la misma norma, los directivos y administradores de dichas asociaciones, como particulares administradores de los mencionados recursos “quedarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en la Ley Contra la Corrupción y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”.

Sobre este particular, se debe reiterar, que con fundamento en lo establecido en el aparte final del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción, deben considerarse como recursos públicos, los fondos transferidos directamente por la Fundación a las cuentas de las asociaciones civiles de las cuales sean miembros los transportistas. Consideración que en nuestro criterio, debe mantenerse hasta tanto los administradores de esas asociaciones no demuestren que realizaron la efectiva transferencia de los montos correspondientes a sus legítimos beneficiarios: los transportistas asociados, prestadores del servicio, pues sólo así se lograría la otra finalidad pública para la cual se estableció el subsidio: la de compensar a los transportistas, evitándoles desmejoras económicas derivadas de la diferencia de precio entre las tarifas normales y las tarifas preferenciales.

Por lo tanto, el carácter público de esos fondos, el cual se mantiene hasta tanto se realice la referida comprobación, implica, evidentemente, que los administradores de esas asociaciones civiles serán sujetos pasibles de acciones fiscales, cuando no transfieran dichos recursos a sus transportistas asociados, quienes son los legítimos y finales destinatarios del subsidio. Tal interpretación resulta igualmente cónsona con lo establecido en el aparte final del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción.

En consecuencia, los directivos y administradores de esas asociaciones civiles, **sí serían, sujetos pasibles de acciones fiscales**, incluyendo la eventual formulación de **reparos** para hacer efectiva su responsabilidad civil y la **declaratoria de responsabilidad administrativa**, en aquellos casos en que no transfieran los recursos percibidos a sus legítimos destinatarios. Ello, debido a que con tal

conducta, impedirían que el subsidio al pasaje estudiantil lograra una de sus finalidades de Interés público: la de compensación económica de los transportistas que hayan asumido y cumplido el compromiso de prestarles, a los estudiantes, el servicio de transporte a unas tarifas preferenciales; precisamente a cambio del pago de dicho subsidio.

Tal apropiación implicaría, además, que sus autores le darían a esos fondos **una finalidad distinta** a la compensatoria, a la cual están destinados tales recursos por los actos administrativos reguladores del subsidio.

Al respecto, debemos señalar que en el numeral 22 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se contempla como supuesto generador de responsabilidad administrativa, sin hacer distinción entre particulares y funcionarios, la siguiente conducta: *“el empleo de fondos de alguno de los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley en finalidades diferentes de aquellas a que estuvieron destinados por Ley, reglamento o cualquier otra norma incluida la normativa interna o acto administrativo”*.

Finalmente, y sin perjuicio de las anteriores consideraciones, cabe advertir que los entes de la Administración Pública que realicen transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar de entrega de fondos, deben necesariamente implementar mecanismos de control, e incorporarlos dentro de los métodos y procedimientos correspondientes, de manera que le permitan, no sólo salvaguardar los recursos transferidos a otras entidades públicas y privadas, sino también propiciar el ejercicio de las acciones fiscales tendientes a verificar que efectivamente se cumplió con las finalidades de interés público o de utilidad pública previstas con la transferencia de dichos fondos.

Memorándum N° 04-02-40 del 29 de marzo de 2004.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: La tutela en el contexto del artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La tutela prevista en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal es aquélla que corresponde ejercer a un ente público respecto de otro, referida a la promoción y vigilancia de la implantación y funcionamiento del Sistema de Control Interno.

Memorándum N° 04-00-252 del 13 de diciembre de 2004.

Se solicita opinión sobre aspectos vinculados con la tutela que corresponde ejercer a un ente público respecto de otro al cual está adscrito de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su concordancia con las previsiones contenidas en el Decreto con Fuerza de Reforma Parcial de la Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Central, y la Ley Orgánica de la Administración Pública, en tal sentido esta Dirección procede a emitir la opinión en los términos siguientes:

Como punto previo, se hace menester señalar lo que doctrinariamente se concibe como el “control de tutela” dentro de la Administración Pública. A tal efecto, se observa que dentro del proceso de descentralización administrativa, los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente para lograr el mejor cumplimiento de los fines del Estado, los cuales pueden ser entes descentralizados funcionalmente **con forma de derecho privado**, regidos por normas de derecho privado en cuanto a su constitución y actos de funcionamiento, pero sometidos a ciertas normas del derecho público, dentro de los cuales se encuentran los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, así como los no empresariales y entes descentralizados funcionalmente **con forma de derecho público**, los cuales podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, regidos por normas de derecho público.

Ahora bien, dentro de las personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, se encuentran los **Institutos Autónomos**, los cuales sólo pueden ser creados por Ley u Ordenanza, sea que se trate del nivel nacional, estatal o municipal, dotados con personalidad jurídica

o moral y patrimonio propio distinto e independiente de la Hacienda Pública Nacional, Estatal o Municipal.

En relación a tal señalamiento, el autor José Peña Solís refiriéndose a dichos entes expone que *“(...) los Institutos Autónomos, precisamente porque están ligados a la Administración Central por una relación de tutela, son entes estatales, en virtud, insistimos, de que el “encuadramiento” en la organización administrativa nacional se deriva de la mencionada relación de tutela”*¹.

De lo antes citado se desprende, que para una parte de la doctrina venezolana, el “control de tutela” en **estrictu sensu** sólo se ejerce sobre los Institutos Autónomos por parte del órgano de la Administración Pública que mantiene una relación de jerarquía o de tutela configurada entre ellos.

Con respecto a la concordancia del referido artículo 45 con las previsiones contenidas en la Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Pública², cabe señalar con carácter previo, que dicha Ley tiene como objeto adecuar la adscripción de tales entidades a los órganos de la Administración Central, de acuerdo con el ámbito sectorial que corresponda atendiendo el contenido material de las actividades que desarrollan dichos entes descentralizados.

Así se estableció en el artículo 15 de la Ley in commento como consecuencia de la adscripción prevista los órganos de la Administración Pública señalados en ese cuerpo normativo (Ministerios) ejercerán sobre los entes adscritos tres tipos de control:

1. Control de tutela, en el caso de los Institutos Autónomos, el cual se ejercerá de acuerdo con los términos establecidos en las respectivas leyes de creación de los mismos.

1 Peña Solís, José. Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I. La Organización Administrativa Venezolana. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1995. p. 77

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

2. Control accionarial, cuando se trate de Empresas del Estado, el cual se verificará ejerciendo la representación de la República en las mismas.
3. Control estatutario, en los casos de Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley N° 677 de fecha 21 de junio de 1985, así como en el Decreto que autorizó su constitución y lo regulado en sus estatutos sociales.

Sobre el particular es preciso mencionar, que si bien es cierto que la referida Ley hace una diferencia entre los tres tipos de control, no es menos cierto que dicha clasificación obedece, a la naturaleza de cada una de las entidades de que se trate, es decir, Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles. Sin embargo, en esencia se trata de un “control de tutela” simplemente, el cual ejercen los entes u órganos sobre tales entidades, en razón de la transferencia de recursos que les realizan, por tanto lo que les corresponde la atribución de vigilar que sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron suministrados.

Cabe destacar, que el artículo 18 **eiusdem** dispone que los Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado **que no hayan sido expresamente previstos en ese Decreto Ley, continuarán adscritos a los organismos que se hayan determinado en los respectivos actos jurídicos de creación o constitución**, norma ésta que se trae a colación en virtud de que el presente caso está referido a una Fundación, adscrita a una Universidad Nacional, resaltando que esta última de acuerdo con su naturaleza jurídica, es un Ente Público Corporativo, según la clasificación de la autora Hildegard Rondón de Sansó³, caracterizado por la presencia de un sustrato personal, comunidad o corporación que da a éstos un carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas, constituida por un conjunto de personas con intereses comunes, que asumen

3 Peña Solís, José. Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I. La Organización Administrativa Venezolana. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1995. p. 82.

el carácter de miembros, carácter con el cual la organizan, lo cual quiere decir, que la Corporación va a expresar la voluntad de ellos a través de sus representantes.

En tal sentido, es importante señalar, que la doctrina venezolana ha coincidido en sostener que las Universidades Nacionales, en razón de los fines que persiguen, están dotadas de autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera, establecida en la Ley de Universidades, lo cual les permite entre otras situaciones, elegir a sus propias autoridades. No obstante, no puede escapar de nuestra consideración que al recibir recursos vía transferencia, de parte del Ministerio de Educación Superior, están sujetas al control de tutela, tal como se desprende del Título III “Presupuestos de Ingresos y Gastos y Operaciones de Financiamiento de los Entes Descentralizados Funcionalmente de la República, sin Fines Empresariales” de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2004, mediante el cual se aprueba la estimación de los ingresos y fuentes de financiamiento y se acuerdan los presupuestos de gastos y aplicaciones financieras de los Entes Descentralizados de la República, sin Fines Empresariales, dentro de los cuales se encuentra señalada la mencionada Universidad.

Expuesto lo anterior es menester acotar que, ha sido criterio reiterado por la jurisprudencia venezolana que las Universidades Nacionales se asemejan a los Institutos Autónomos, toda vez, que ambos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la Hacienda Pública Nacional, destacando además, que de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Universidades, se trata de una institución al servicio de la República, formando parte de la Administración Pública Nacional, por lo que cualquier acción o recurso que se ejerza en su contra corresponde, al igual que los Institutos Autónomos, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como se desprende del contenido de la sentencia emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de junio de 2000, recaída en el Expediente N° 6342.

De manera pues, que si bien no es posible aplicar directamente la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones

y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Pública, a la **Fundación (...) adscrita a la Universidad (...)**, toda vez que el ámbito subjetivo de aplicación de la norma está circunscrito a los entes allí señalados (Ministerios), -pese a que se enuncian a las Fundaciones adscritas a los órganos de la Administración Central, no se prevén a las Universidades Nacionales (entes públicos corporativos) en su condición de entes descentralizados funcionalmente- por tanto no puede escapar del presente análisis que la Universidad (...) constituyó la referida Fundación como un ente público, creado con forma de derecho privado, dotado de personalidad jurídica y de una universalidad de bienes para cumplir cometidos de beneficio colectivo, por lo que ejerce sobre ella la **tutela**, entendida en esencia como una “institución de amparo,”⁴ para vigilar el control de legalidad de sus actos, por haberla constituido con recursos públicos o por el hecho de transferirle recursos públicos para llevar a cabo sus objetivos, es decir, para controlar que las actividades que realicen estén dirigidas a cumplir el fin de su existencia jurídica, que por ende es de interés público. Dicha tutela “administrativa”, es la misma figura de vigilancia y control que utilizan los órganos de la Administración Pública en sus tres niveles político-territoriales tanto central como descentralizada (éstos últimos a su vez descentralizan) sobre los entes descentralizados funcionalmente que, bajo la fórmula organizativa de la “descentralización”, crean o constituyen entes con forma jurídica de derecho público y privado, transfiriéndoles competencias y servicios para llevar a cabo con mayor eficiencia y eficacia los cometidos del Estado, cuyo fin esencial es la satisfacción de las necesidades del colectivo: el interés público, o bien, aún cuando no fueron creados directamente por ellos le transfieren de manera regular recursos públicos, a los fines del cumplimiento de sus actividades.

Llegado a este punto, es oportuno indicar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁵, los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente

4 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo VIII. T-Z.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

que le están adscritos tienen, entre otras, las atribuciones de definir la política a desarrollar por tales entes, ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control, así como evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión. Dichas atribuciones previstas en la Ley in commento, son entendidas como la tutela administrativa que se ejerce sobre las entidades que han sido creadas o constituidas con recursos públicos por los órganos de la Administración Pública.

Con fundamento en lo antes expuesto se colige, que la tutela a que alude el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es aquella que corresponde ejercer a un ente público respecto de otro, referida y limitada a la promoción y vigilancia de la implantación y funcionamiento del Sistema de Control Interno, dado que es precisamente el ente que creó a otro organismo, o bien al que le transfiere los recursos públicos para que sean utilizados en las finalidades previstas en la Ley, al que le corresponde la promoción y vigilancia de la implantación y funcionamiento del Sistema de Control Interno de éste último.

Por otra parte, se considera oportuno indicar que aun cuando el Parágrafo Único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece de forma expresa que en el caso de **organismos y entidades**, cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados, no justifiquen el funcionamiento de una Unidad de Auditoría Interna propia, este Máximo Órgano Contralor evaluará dichas circunstancias y, de considerarlo procedente, autorizará que las funciones de los referidos órganos de control fiscal sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del **órgano de adscripción**, no obstante, tal institución jurídica pudiera aplicarse en los órganos o entidades con autonomía funcional que se encuentren dentro de las excepciones a las que hace referencia el aludido artículo, pero con relación al Ministerio que ejerce su tutela, la cual no es extensible a los órganos que estén dotados de personalidad jurídica con relación a otros organismos que la detentan, esto es, la Unidad de Auditoría Interna de un órgano podría asumir las funciones de control de un organismo con personalidad jurídica, que se encuentre bajo su tutela, pero a la Unidad de Auditoría Interna de un

organismo con personalidad jurídica, no le está dado ejercer las funciones de control de otro organismo con personalidad jurídica, toda vez que en criterio de esta Dirección General, estaría ejerciendo funciones de control fiscal externo.

En consecuencia, si el Consejo Universitario de la Universidad (...) no era el órgano competente para dictar el acto administrativo, mediante el cual se aprobó que las funciones de control interno de la Fundación antes identificada fueran ejercidas por la Contraloría Interna de la referida Universidad, dicho acto es susceptible de ser declarado absolutamente nulo por los órganos jurisdiccionales competentes, en atención a lo previsto en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Sin embargo, el Consejo Universitario tiene la potestad de revisar de oficio los actos administrativos que emanen de él y dejarlos sin efecto, en virtud del Principio de Autotutela que rige a la Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 eiusdem, siempre y cuando no se hayan causado derechos particulares a favor de terceros.

Memorándum N° 04-00-252 del 13 de diciembre de 2004.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3 Sobre el Sistema de Tesorería, posibilitan la utilización de instrumentos distintos al cheque para enterar los ingresos por concepto de liquidación y recaudación de derechos arancelarios consulares.

La normativa prevista en la Ley Orgánica del Servicio Consular establece al cheque como modalidad para enterar los recursos obtenidos por las Oficinas y Secciones Consulares por concepto de renta consular; sin embargo, en los artículos 116 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y 27 de su Reglamento N° 3 Sobre el Sistema de Tesorería, se contemplan distintas formas para cumplir con el enteramiento de los ingresos en general, de manera que de acuerdo con lo dispuesto en dicha normativa es factible la utilización de medios de pago distintos al cheque para enterar los ingresos recaudados por las Oficinas Consulares.

Memorándum N° 04-02-156 del 7 de agosto de 2003.

Se solicita opinión relacionada con la posibilidad de modificar la forma de enterar los ingresos por concepto de liquidación y recaudación de derechos arancelarios consulares, por parte de las Oficinas y Secciones Consulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Servicio Consular¹ dado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 ejusdem, se menciona al “Cheque” como la forma de enterar los ingresos percibidos por estos conceptos.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Consular señala:

“Artículo 58. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes las oficinas y secciones consulares remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores la totalidad de los derechos recaudados en el mes anterior, en cheque a favor del Banco Central de Venezuela, emitido en dólares de los Estados Unidos de América y acompañado de una relación de las actuaciones cumplidas y del triplicado de las planillas correspondientes” .

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.998 Extraordinario del 21 de agosto de 1987.

Tomando en consideración lo establecido en el artículo 4 del Código Civil Venezolano² cuando expresa que: “A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”, y analizado el contenido del artículo transcrito, se observa que el mismo no contiene la palabra **únicamente** para referirse al “cheque” como forma para enterar los referidos ingresos, por lo tanto puede afirmarse que la intención del legislador no fue la de excluir a cualquier otra modalidad que pudiera ser utilizada para la recaudación de los mismos, puesto que si la intención hubiese sido la de utilizar esa única modalidad así lo habría expresado, sin dejar margen de duda.

En este mismo orden de argumentación encontramos que el artículo 57 ejusdem, señala:

“Artículo 57. La liquidación y recaudación de los derechos y aranceles consulares por las Oficinas Consulares de las Embajadas de Venezuela, se hará conforme a las normas que dicte el Ejecutivo Nacional mediante Resolución conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda”.

Sobre el particular se observa que de conformidad con los artículos transcritos ut supra, los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda para ese momento, dictaron la Resolución Conjunta identificada con los números 058 y 2292, publicada en la Gaceta Oficial N° 34.247 del 21 de junio de 1989, que contiene las “Normas Sobre Liquidación y Recaudación de los Derechos y Aranceles Consulares Causados por las Actuaciones, Actos y Diligencias de los Funcionarios Consulares en Venezuela”. En las mismas, al referirse a las formas como pueden ser enviados estos ingresos, encontramos que en el artículo 4 se reprodujo el texto idéntico del artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Consular, antes transcrito, en el que se señala al cheque como la forma de remitirlos.

De la situación descrita, encontramos que los textos legales de referencia son de larga data específicamente de los años 1987 y 1989, por lo cual es importante destacar la existencia de la novísima Ley Or-

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

gánica de Administración Financiera del Sector Público³ cuyo alcance es de ser: *“un marco regulatorio de la gestión fiscal ajustado a los principios y reglas constitucionales; otorgar racionalidad y eficiencia a la administración económica y financiera del sector público (...) establecer una estructura de controles internos coordinados con el control externo, a los fines de lograr la mayor transparencia en la obtención y aplicación de los recursos públicos...”*⁴ Por lo tanto, al ser una ley que pretende modernizar las finanzas públicas del Estado, estatuye en su artículo 116 diferentes modalidades o formas para efectuar los ingresos o pagos al Tesoro Nacional, al expresar:

“Artículo 116. En las condiciones que establezca el reglamento de esta Ley **los ingresos y los pagos al tesoro podrán realizarse mediante efectivo, cheque, transferencia bancaria o cualquier otro medio de pago, sea o no bancario**. El Ministerio de Finanzas podrá establecer que en la realización de determinados ingresos o pagos sólo puedan utilizarse específicos medios de pago”. (Destacado nuestro).

Así pues, el Reglamento Especial N° 3 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema de Tesorería⁵, prevé en el artículo 27 las modalidades en que se pueden efectuar los ingresos o pagos al Tesoro.

“Artículo 27. Los ingresos y los pagos al Tesoro podrán realizarse en efectivo, cheque, transferencia bancaria, valores emitidos por la República con fuerza cancelatoria de tributos, o cualesquiera otros medios de pago, según las siguientes condiciones:

- 1) Que sean realizados únicamente a través de entidades financieras con la que se haya celebrado convenio de recaudación.
- 2) Que el emisor del cheque sea el propio contribuyente.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

4 Exposición de motivos de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.419 del 9 de abril de 2002.

- 3) Que los valores estén vigentes.
- 4) Que los medios de pagos que se utilicen puedan ser verificables.
- 5) Que se emitan soportes electrónicos o físicos.
- 6) Cualquier otra que determinen los convenios”.

Por su parte el artículo 28 ejusdem, señala:

“Artículo 28. El Ministerio de Finanzas, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, **determinará mediante resolución especial, cuando así lo considere pertinente, los ingresos y los pagos en los cuales sólo podrán utilizarse medios de pago específicos**”. (Destacado nuestro).

Las normas transcritas consagran de manera amplia la utilización de estas modalidades, siempre y cuando se cumplan con las condiciones expresamente señaladas, con la salvedad que para determinados ingresos o gastos el Ministerio de Finanzas puede establecer la utilización de una modalidad específica.

Ahora bien, tomando en consideración la vieja data de la normativa donde se establece al cheque como única modalidad de enterar los recursos obtenidos por las Oficinas y Secciones Consulares por concepto de renta consular, y dada la existencia de novísimas normas en donde se establecen distintas formas para cumplir con el enteramiento de ingresos en general, esta Dirección es del criterio que nada obsta para que éstas puedan ser tomadas en consideración a los fines de enterar los referidos ingresos al Tesoro Nacional.

Memorándum N° 04-02-156 del 7 de agosto de 2003.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: La prohibición de contratar, consagrada en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es aplicable a los funcionarios públicos al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o derecho privado estatales.

El artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contiene una limitación al principio de la libertad de contratación que abarca a todos los funcionarios públicos que estén al servicio de las personas jurídicas que en dicho artículo se mencionan.

Memorándum N° 04-02-19 de fecha 17 de enero de 2003.

Solicitud de opinión formulada por el Contralor Interno del Ministerio (...), en relación con la prohibición de contratación que afecta a los funcionarios públicos, consagrada en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, con el supuesto de responsabilidad administrativa previsto en el numeral 4 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En torno a la opinión sometida a nuestra consideración, esta Dirección General debe señalar como antecedentes históricos los siguientes:

La redacción actual de la norma comentada acusa variantes respecto de sus antecedentes Constitucionales. En efecto, la Constitución Nacional de 1953 disponía, en su artículo 47, que “Nadie que esté al servicio del Estado podrá celebrar contrato alguno con él, por sí mismo ni por medio de interpuestas personas, salvo las excepciones que establezcan las leyes”.

Al interpretar ese artículo, la Fiscalía General expresó en su informe al Congreso Nacional, en el año 1960, que al revisar las Actas contentivas de los debates suscitados en la Asamblea Constituyente de 1953, con motivo de la discusión de ese artículo, aparece que los parlamentarios que intervinieron en dichos debates tuvieron la intención de darle un carácter general, es decir, establecer que la prohibición allí contenida afectara a todas las personas que, en una u otra forma, estuvieren al servicio del Estado, comprendiendo desde el Presidente

de la República hasta el último de sus servidores. Se pensó con tal prohibición, crear una norma de moral pública al impedir que las personas que estuvieran al servicio del Estado pudieran, dada la posible influencia de que gozan, de obtener ventajas especiales al contratar con la Nación, cualquiera que fuere su rango, mencionándose especialmente entre tales personas a los militares en servicio. (Informe de la Fiscalía General, presentado al Congreso Nacional, año 1960, Págs. 493-494).

Así mismo, la Constitución de 1961 disponía, en su artículo 24, que “Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público, podrá celebrar contrato alguno con ellos, ni por sí mismo ni por interpuestas personas, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes”. De la prohibición para contratar, establecida en esta norma, se interpretó que afectaría a cada servidor público con relación a todas las personas públicas y no sólo en relación con aquellas a las que prestara servicio. En este sentido, esta Dirección en Dictamen N° CJ-30 de fecha 29-03-79, opinó que la prohibición no se limita al respectivo ente con el cual se está vinculado por la relación de empleo, con lo que se pretendió, dentro de la misma finalidad de garantizar el principio de fidelidad a la administración, evitar que determinados funcionarios, valiéndose de su condición, pudieran ejercer presión o influencia en el otorgamiento de contratos y obtener ventajas inusuales en detrimento de los intereses públicos. En Dictamen N° DGSJ-047 de fecha 02-07-1981, emanado de esta Dirección se estableció: *“Tal precepto prohíbe la contratación con quienes tengan alguna relación accidental o permanente de dependencia, bien sea que preste sus servicios bajo una relación estatutaria, es decir, funcionarios públicos, o bajo la forma de contrato”*.

Por otra parte, la Procuraduría General de la República llegó a la conclusión en cuanto a la amplitud de la prohibición, que era necesario referirse a la intención del legislador, que no es otra que salvaguardar la moralidad y la eficacia de la contratación de los entes públicos, impidiendo el juego de presiones y las influencias y que como cada persona jurídica de derecho público confronta este peligro no sólo en relación con quienes le prestan servicios, sino también en relación con quienes trabajan para las restantes entidades integrantes del poder público, porque la esfera de influencia posible de los funcionarios ordinariamente

se extiende a todos los organismos o a gran parte de ellos, es preciso entender la prohibición Constitucional en un sentido más amplio, pues de lo contrario no se lograría el propósito de la misma. Admite la Procuraduría que ello conduce a resultados rigurosos, pero señala que la propia norma permite a la ley atemperar ese rigor mediante el establecimiento de excepciones al principio general, (Doctrina de la Procuraduría General de la República, año 1969, Págs. 109-110).

Así pues, la regla general es que todo servidor público está incapacitado para contratar con cualquier ente público, pero se admiten excepciones por mandato legal expreso. En este sentido, se estableció un régimen de excepción legal en el último aparte del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Administración Central (Publicada en Gaceta Oficial N° 36.850 de fecha 14-12-1999, actualmente derogada), referido a los contratos que tuvieren por objeto la compra, construcción, refacción o arrendamiento de vivienda para uso de las personas mencionadas o de su familia; los convenios relativos a la enajenación de bienes por causa de utilidad pública; los contratos para la utilización de servicios públicos; los contratos de adhesión y cualquier otro contrato en el que la persona del negociador o contratante no pueda influir en el otorgamiento y condiciones de la contratación; así como los contratos con microempresas integradas por ex trabajadores al servicio del Estado cuya creación fuera prevista en procesos de reestructuración de los órganos de la Administración Pública. Sobre este punto, en Dictamen de esta Dirección se sostuvo: “Con base en las disposiciones legales puede contratar con un organismo público, puesto que el carácter de la prohibición y lo taxativo de su régimen exceptivo no permiten otros casos”. (Dictamen N° DGSJ-1-030 de fecha 30-10-1980).

Ahora bien luego de haber hecho referencia a esta norma dispuesta en las Constituciones de 1953 y 1961 y de haber citado dictámenes y doctrina de la época, pasamos a la norma contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en Gaceta Oficial N 5.453 Extraordinario de fecha 24-03-2000), la cual nos dice en su artículo 145 “Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la

República, y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley”.

En relación con esta disposición resulta claro que al igual que sus antecesoras Constitucionales, ha sido concebida como una limitación al principio de libertad de contratación. Asimismo consideramos que tal limitación comprende o abarca a todos cuantos estén al servicio de las personas jurídicas allí mencionadas, a cuyo elenco se agregan las personas de derecho privado estatales, las cuales no se mencionaban expresamente en los antecedentes Constitucionales a los que hemos aludido. Entendemos, igualmente, como se ha interpretado, según los precedentes mencionados, que la prohibición de contratar se establece en relación con todas las personas indicadas en la norma y no sólo respecto a aquélla a la que se preste servicio.

Aun con todo, sin embargo, consideramos que la prohibición de contratar contemplada en el artículo 145 de la Constitución vigente, no es absoluta, puesto que como la misma norma lo indica admite excepciones establecidas legalmente.

Pero es que aun, en defecto de excepciones legales expresas, como la que por ejemplo estuvo contenida en la hoy derogada Ley Orgánica de la Administración Central (publicada en Gaceta Oficial N° 36.850 de fecha 14 de diciembre de 1999, artículo 16), estimamos que no resulta procedente aplicar dicha prohibición Constitucional (artículo 145), sin tener en cuenta que su finalidad es evitar que quienes estén al servicio del Estado, valiéndose de esta condición obtengan ventajas indebidas al contratar con el mismo.

Es por ello que igualmente, creemos que tampoco es procedente aplicar la prohibición de contratar en desmedro de la operatividad de otras normas Constitucionales, como por ejemplo, las que consagran el derecho a la vivienda, a la salud o a los servicios básicos, (artículos 82 y 83) o la posibilidad de realizar expropiaciones por causa de utilidad pública (artículo 115), sin que en todos estos casos u otros similares, tal aplicación de la prohibición para contratar establecida en el artículo 145 Constitucional, encuentre fundamento en circunstancias o elemen-

tos de convicción o de prueba que permita afirmar que el servidor del Estado pretenda valerse de esa condición y obtener ventajas indebidas al contratar con el mismo. Tampoco cabe, a nuestro juicio, aplicar dicha prohibición en aquellos casos en que resulten prácticamente imposibles que operen tales circunstancias o conductas del servidor público como, eventualmente, puede suceder con los contratos de adhesión.

Por otra parte, cabe agregar que la adopción de un criterio interpretativo del artículo 145 de la Constitución vigente, referido a la prohibición de que los servidores públicos contraten con el Estado, que postule un carácter absoluto de dicha prohibición, unido a la inexistencia de excepciones legales expresas a la prohibición, puede conducir a soluciones injustas o manifiestamente contrarias a la intención del constituyente al establecer la misma, como por ejemplo, obstaculizar el acceso a servicios públicos básicos, o el ejercicio de derechos fundamentales, o la operatividad de otros postulados Constitucionales como los que ya se han indicado supra, a lo que cabría señalar que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, en materia de interpretación, proscribire las que conduzcan a tales soluciones.

Por ello concluimos que la prohibición establecida en el artículo 145 Constitucional, no es absoluta y está limitada tanto por las excepciones legales que puedan establecerse, como por la finalidad del mismo dispositivo Constitucional, la cual en defecto de excepciones legales expresas, debe tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación de dicha prohibición.

Como último punto de la consulta, es necesario determinar si todos los funcionarios públicos, o sólo aquellos que tengan a su cargo manejo de bienes o fondos públicos, son pasibles de ser declarados responsables con base en el supuesto generador de responsabilidad administrativa contemplado en el artículo 91 numeral 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Al respecto podemos decir que la hoy derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, (publicada en Gaceta Oficial N° 5.017 de fecha 13-12-1995), especificaba en su artículo 112 el ámbito de aplicación de la responsabilidad administrativa, en aquellos

funcionarios o particulares, que tuvieran a su cargo o intervinieran en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos de las entidades sujetas a su control.

Ahora bien el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (publicada en Gaceta Oficial N° 37.347 de fecha 17-12-2001), señala lo siguiente:

“Artículo 82: “Los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en los entes señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley, así como los particulares a que se refiere el artículo 52 de esta Ley, responden penal, civil y administrativamente de los actos, hechos u omisiones contrarios a norma expresa en que incurran con ocasión del desempeño de sus funciones”. (Resaltado nuestro).

Así mismo, el artículo 91 de la Ley in commento establece:

“Artículo 91.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionen a continuación:

(Omissis)

4. La celebración de contratos por funcionarios públicos, por interpuestas personas o en representación de otro, con entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, salvo las excepciones que establezcan las leyes”. (Resaltado nuestro).

En este mismo orden de ideas, el numeral 1 del artículo 93 de la precitada Ley de Contraloría señala:

“Artículo 93.- Las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la determinación de responsabilidades. Dicha potestad comprende las facultades para:

1. Declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en los entes señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, así como de los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad. (Resaltado nuestro).

(Omissis)”

De lo anteriormente expuesto se desprende, que la normativa vigente no establece distinción entre funcionarios públicos que tuvieran o no a su cargo o intervinieran o no de cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos.

Finalmente, podemos decir que tal prohibición de contratar, consagrada en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es aplicable a quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o derecho privado estatales.

Memorándum N° 04-02-19 de fecha 17 de enero de 2003.

CONTROL FISCAL

CONTROL FISCAL: La aplicación de métodos de control perceptivo por parte de los órganos de control fiscal, en los términos del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sólo puede producirse en una fase posterior a la realización efectiva o al menos aparente de las correspondientes operaciones y acciones administrativas y de ejecución de contratos; o de la operatividad de los sistemas contables; o de la realización de los registros contables.

De acuerdo con el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los órganos de control fiscal pueden hacer uso en forma facultativa o discrecional de los métodos de control perceptivo que sean necesarios, con la finalidad de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones y acciones administrativas, así como para verificar la ejecución de los contratos de los entes u organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la referida Ley .

Memorándum N° 04-02-112 del 3 de junio de 2003.

La consulta formulada por el Contralor Interno de la Compañía Anónima, versa respecto a la interpretación técnico-legal del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de precisar el alcance y los términos en que esa Contraloría Interna debe ejercer el control perceptivo.

Sobre el particular el consultante expone en su solicitud, lo siguiente:

“Esta Contraloría en ejercicio de control previo al pago, realizaba control perceptivo a la adquisición de materiales y bienes en... casa matriz, incluso con alcance hacia los contratos de obras que implicaban, además suministros.

Una vez eliminada la facultad de ejercer control previo, esta Contraloría continuó, no obstante, ejerciendo la función de control perceptivo por la dinámica administrativa y a tenor de las exigencias de la administración, incluso en los procedimientos de auditoría que llevaba adelante si el alcance de la actuación así lo ameritaba.

Los términos en que está expuesto el ejercicio del control perceptivo en el artículo 65 de la Ley, confunde su interpretación en términos de continuidad y alcance de su ejercicio, ya que a juicio de esta jefatura, **se consolida la obligatoriedad en el ejercicio de la función de control perceptivo con alcance hacia todas las operaciones de la empresa**, sólo con el cambio de enfoque en la profundización de la verificación que él implica, ya que la **discrecionalidad de su aplicación está referida, en nuestra interpretación a la utilización de los diferentes métodos de control que sean necesarios para realizarlo**". (Negrillas de la opinión de la Contralor Interno).

Sobre la base de estos razonamientos, formulan además las preguntas siguientes:

1. "¿Se debe aplicar obligatoriamente y consistentemente a todas las actividades de la empresa que impliquen percepción de ingresos, adquisición de materiales y suministros, administración de bienes (adquisición disposición y venta), así como a la construcción de obras?"
2. ¿Se debe requerir para soportar las decisiones administrativas para el finiquito de los procesos de adquisición, liquidación de ingresos o contratación de obras?"
3. ¿Se debe aplicar discrecionalmente por este órgano contralor, en el marco de su planificación anual de control, sobre las actividades que se seleccionen bajo la aplicación de los criterios de selección que se definan, en la oportunidad y con el alcance y el enfoque que se considere pertinente?"
4. ¿Debe ser dispuesto por la máxima autoridad de la empresa como función de esta Contraloría, asumiendo la responsabilidad de ese nivel en la fijación del sistema de control interno de la organización, definiendo para ello las operaciones sobre las cuáles recaerá el alcance de su aplicación como elemento de control en los procesos?"

Como cuestión preliminar, resulta pertinente y oportuno citar algunas posiciones doctrinales, con respecto a la temática del control concomitante y el control perceptivo. Al respecto, **Antonio Roque Citadini**¹,

¹ Antonio Roque Citadini. El Control Externo de la Administración Pública. Pág. 36 y 37.

señala que el control concomitante “...constituye la forma de verificación por la cual el órgano de control ejecuta su acción verificadora a partir del acto de la Administración, **cuando el administrador público aún está ejecutando su decisión**”; Siebel A. Girón², por su parte, sostiene que “*El control perceptivo consiste en toda actividad fiscal encaminada a comprobar en forma objetiva, en el lugar de los hechos, la corrección de todas las operaciones que de alguna manera se relacionen con la liquidación de rentas, el manejo e inversión de fondos nacionales, la adquisición de bienes su administración y enajenación*”; mientras que Gustavo Penagos³, sostiene que: “*El control perceptivo es concurrente con la decisión administrativa, no tiene carácter de simultáneo sino que se practica con el objeto de que no se le dé una finalidad diferente a los fondos, bienes y elementos que custodien y, se realiza en forma de arqueos diarios a los fondos de pagaduría, caja, tesorería o aquellos que reposen en poder de algún empleado; verificación de los estados diarios de caja y de los asientos en libros de primera entrada; visitas sorpresivas a los almacenes o depósitos para efectuar confrontaciones entre el inventario físico y los registros, por el sistema selectivo; intervención directa en el control de los ingresos y egresos en general...*” (Negrillas y cursivas nuestras).

Por otro lado, también resulta importante destacar el significado de las voces “concomitante”, “perceptivo” y “percibir”. Sobre el particular, al acudir al Diccionario de la Lengua Española⁴, nos encontramos que la voz “concomitante” significa: “que acompaña otra cosa u obra con ella”; en tanto que el vocablo “perceptivo” significa “que tiene virtud de percibir”, y la palabra “percibir” (ob.Cit. P. 1.571) tiene entre sus connotaciones la de “...**2. Recibir por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas...**”

Partiendo de estas definiciones y teniendo en cuenta las posiciones doctrinales citadas, podemos afirmar que el control fiscal concomitante y el control fiscal perceptivo, son nociones diferentes, puesto que la primera está caracterizada por que la actuación fiscal acompaña al acto u operación de administración de los recursos públicos, es decir, se realiza

2 Siebel A. Girón. El Control Perceptivo. Revista de Control Fiscal N° 17 pág. 10.

3 Gustavo Penagos, Curso de Control Fiscal Pág. 141.

4 Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena Edición, Págs. 337 y 1005.

en el mismo momento en que ésta tiene lugar, en tanto que el rasgo distintivo del control perceptivo consiste en que el mismo se realiza a través de métodos que privilegian la percepción directa por parte del órgano de control fiscal de la operación o acto sometido a control.

De esta manera el control concomitante se fundamenta en un criterio de temporalidad en tanto que el perceptivo se apoya en un criterio de intervención directa del órgano contralor. En otras palabras, el control concomitante responde a la interrogante ¿cuándo se hace el control?, esto es, se refiere a todas aquellas verificaciones que pueden o deben efectuarse en el mismo momento de la realización del acto controlado, conjuntamente con éste; mientras que el control perceptivo, responde a la pregunta ¿cómo se hace el control?, considerándose entonces, que más que una modalidad de control, su contenido se expresa en métodos que pueden ser utilizados en cualquier fase de las operaciones sometidas a control, con la finalidad de comprobar de manera objetiva, **a través de la percepción sensitiva**, la corrección de las operaciones y acciones administrativas, que se relacionan de una manera u otra, con la liquidación de rentas, el manejo o inversión de los fondos públicos, así como también de la adquisición de bienes, su administración y enajenación.

Finalmente, como otro aspecto destacable en forma preliminar, es importante señalar que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la utilización de métodos de control perceptivo sobre las operaciones de administración del patrimonio público, pueden ser asignadas a órganos de administración activa por las máximas autoridades jerárquicas de cada ente u organismo del sector público, con fundamento en la competencia que dichas autoridades tienen para organizar el sistema de control interno, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley antes mencionada.

Aclarado lo anterior, tenemos que el caso consultado gira en torno a la interpretación del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, que señala lo siguiente:

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

“Los órganos de control fiscal podrán utilizar los métodos de control perceptivo que sean necesarios con el fin de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones y acciones administrativas, así como la ejecución de los contratos de los entes u organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley.

La verificación a que se refiere este artículo tendrá por objeto no sólo la comprobación de la sinceridad de los hechos en cuanto a su existencia y efectiva realización, sino también examinar si los registros o sistemas contables respectivos se ajustan a las disposiciones legales y técnicas prescritas”.

Los órganos de control fiscal, conforme a lo establecido en la disposición transcrita, pueden hacer uso en forma facultativa o discrecional de los métodos de control perceptivo que sean necesarios, con la finalidad de **verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones y acciones administrativas**, así como también para verificar **la ejecución de los contratos** de los entes u organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 ejusdem.

Particularmente, el indicado artículo aclara que la verificación que se efectúe, haciendo uso de estos métodos de control perceptivo, tendrá por objetivo comprobar la sinceridad de los hechos en cuanto a su existencia y efectiva realización, y también examinar los registros y sistemas contables, para determinar si los mismos se ajustan a la normativa legal y técnica dictada sobre esta materia por los organismos competentes.

Puede afirmarse, con fundamento en lo expuesto precedentemente, que el control perceptivo a cargo de los órganos de control fiscal está concebido como una verificación, esto es, como la realización de actividades para comprobar o examinar la verdad – particularmente en relación a la sinceridad de los hechos en cuanto a su existencia y efectiva realización – de las operaciones, acciones administrativas y de ejecución de los contratos, sometidas a ese tipo de control. Asimismo tiene por objeto examinar la legalidad y ajuste a prescripciones técnicas de los sistemas y registros contables.

Tal verificación por parte de los órganos de control fiscal supone, a su vez, la previa conformación o perfeccionamiento, así sea aparente (ya que de la verificación puede resultar lo contrario), de las operaciones y acciones administrativas o de ejecución de contratos, así como la operatividad de los sistemas contables y la realización de los registros contables, que constituyen el objeto sobre el cual recae la aplicación de métodos de control perceptivo.

De modo, pues, que la aplicación de tales métodos por parte de los órganos de control fiscal, en los términos del artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sólo puede producirse en una fase posterior a la realización efectiva, o al menos aparente, de las correspondientes operaciones y acciones administrativas y de ejecución de contratos, de la operatividad de los sistemas contables; o de la realización de los registros contables.

En conclusión, podemos sostener que en las organizaciones del sector público pueden convivir dos formas de control perceptivo, una ejercida por los propios cuadros de la administración activa, y cuyos términos y alcance corresponde establecer a las máximas autoridades jerárquicas de dichas organizaciones, en ejercicio de su competencia para organizar el control interno; y la otra, la aplicación de métodos de control perceptivo, a cargo de los órganos de control fiscal, caracterizada por estar regulada directamente por la ley, ser de ejercicio discrecional y constituir mecanismos de control aplicables en una fase posterior a la de la realización o conformación de las operaciones, acciones y demás elementos que constituyen su objeto.

Establecido lo anterior, podemos precisar lo siguiente:

Como ya se ha expuesto, el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece que “Los órganos de control fiscal **podrán** utilizar los métodos de control perceptivo que sean necesarios...”, lo cual indica la naturaleza discrecional o facultativa que, por mandato expreso de la Ley, tiene la utilización de tales métodos por los órganos de control fiscal, e implica que dichos métodos se deben aplicar en la medida y sobre las operaciones que los mencionados órganos lo consideren pertinente.

Por consiguiente, no compartimos la interpretación que del citado artículo 64 hace la Contraloría Interna (...), al afirmar que a su juicio **“...se consolida la obligatoriedad en el ejercicio de la función de control perceptivo con alcance hacia todas las operaciones de la empresa (...) ya que la discrecionalidad de su aplicación está referida, en nuestra interpretación, a la utilización de los diferentes métodos de control que sean necesarios para realizarlo...”**.

En lo relacionado a si el control perceptivo ¿Se debe aplicar obligatoriamente y consistentemente a todas las actividades de la empresa que impliquen percepción de ingresos, adquisición de materiales y suministros, administración de bienes (adquisición disposición y venta), así como a la construcción de obras?, consideramos que los órganos de control fiscal, **podrán discrecionalmente** aplicar métodos de control perceptivo, **en la medida que lo consideren necesario**, en los términos y a los efectos indicados en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, e independientemente, de las actividades de control perceptivo que corresponda cumplir a los cuadros de administración activa, por disposición de las máximas autoridades jerárquicas de cada organización del sector público, en ejercicio de su competencia para organizar el control interno, según lo previsto en el artículo 36 de la misma Ley.

En cuanto si el control perceptivo ¿Se debe requerir para soportar las decisiones administrativas para el finiquito de los procesos de adquisición, liquidación de ingresos o contratación de obras?, consideramos que ni la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como tampoco ninguna otra Ley, exige a los fines del otorgamiento de finiquitos; en procesos de adquisición, liquidación de ingresos o contratación de obras, que los órganos de control fiscal competentes apliquen métodos de control perceptivo.

En lo que concierne a si el control perceptivo ¿Se debe aplicar discrecionalmente por este órgano contralor, en el marco de su planificación anual de control, sobre las actividades que se seleccionan, bajo la aplicación de los criterios de selección que se definan, en la oportunidad y con el alcance y el enfoque que se considere pertinente?, consideramos que la respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa.

Finalmente, en lo que se refiere a si el control perceptivo ¿Debe ser dispuesto por la máxima autoridad de la empresa como función de esta Contraloría Interna, asumiendo la responsabilidad de ese nivel en la fijación del sistema de control interno de la organización, definiendo para ello las operaciones sobre las cuáles recaerá el alcance de su aplicación de métodos de control en los procesos?, consideramos que la aplicación de métodos de control perceptivo por los órganos de control fiscal competentes, es una materia especialmente regulada en la ley, por lo que entendemos que no puede ser objeto de disposiciones o previsiones normativas emanadas de las máximas autoridades jerárquicas de cada organización del sector público, en ejercicio de la competencia que les confiere el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que la regulen de una manera distinta o contradigan lo dispuesto en el artículo 64 de la misma Ley.

Memorándum N° 04-02-112 del 3 junio de 2003.

CONTROL FISCAL: Los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal deben tener en funcionamiento una Unidad de Auditoría Interna, salvo las excepciones previstas en el Parágrafo Único del artículo 26 de dicha Ley.

El Fondo, es un servicio autónomo sin personalidad jurídica, de carácter sui generis, con autonomía administrativa, financiera y de gestión de sus recursos físicos, presupuestarios y de personal, que tiene por disposición expresa de su Ley Especial de creación una Unidad de Auditoría Interna propia, estas circunstancias aunadas a la cantidad de operaciones y actividades que tiene atribuidas, justifican que a pesar de estar adscrito a un ministerio, conserve su Unidad de Auditoría Interna que le permita efectuar el seguimiento y control de todas las actividades que realice, así como iniciar las potestades de investigación y determinar las responsabilidades en los casos que lo ameriten.

Memorándum N° 04-00-144 del 14 de septiembre de 2004.

Se solicita opinión con respecto a si la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio (...) es competente para evaluar el sistema de control interno del mencionado FONDO (...).

Analizado el planteamiento esta Dirección General de los Servicios Jurídicos expone lo siguiente:

Si bien es cierto, que el Fondo (...), es un servicio Autónomo sin personalidad jurídica, que se encuentra vinculado a una estructura organizativa mayor de la cual forma parte, como es el citado Ministerio y por ende, subordinado jerárquicamente a éste, no es menos cierto, que fue creado por Ley Especial, en virtud de lo cual debe tomarse en consideración el carácter sui generis que presenta originado por la cantidad de operaciones y actividades que tiene atribuidas, así como del hecho que en su ámbito de competencia le fue asignada autonomía administrativa, financiera y de gestión de sus recursos físicos, presupuestarios y de personal; aunado a que por voluntad del Legislador en el artículo 36 de su Ley de creación, se prevé que el Fondo tendrá un **Contralor Interno**, denominado actualmente Auditor Interno, de conformidad con lo establecido en el artículo 190 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, quien se designará de conformidad con las normas que al efecto dicte el Contralor General de la República.

Ahora bien, las Unidades de Auditoría Interna, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, en concordancia con el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, están llamadas a prestar un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas de cada ente u órgano; cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculadas de las operaciones sujetas a control, a los fines de garantizar la independencia, la objetividad e imparcialidad de sus actuaciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional¹; y en ese sentido, pueden realizar todo tipo de actuaciones y de cualquier naturaleza para el logro de las funciones legalmente encomendadas.

Por tanto, ante estas circunstancias, atendiendo al principio de legalidad administrativa y en función de que los órganos que ejercen el Poder Público deben sujetar sus actuaciones a la Constitución y las

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.783 del 25 de septiembre de 2003.

Leyes, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en ejercicio de la autonomía otorgada al FONDO (...), y dado el principio de universalidad del control, corresponde al Órgano de Control Fiscal de dicho Fondo, ejercer el control posterior de las operaciones efectuadas por este Fondo, sin perjuicio de las competencias del órgano de adscripción y de esta Contraloría General de la República.

Razonar lo contrario, sería estar en contra de la regla general, en el sentido de que todos los órganos y entes deben tener en funcionamiento una Unidad de Auditoría Interna, siendo la excepción a esta regla lo previsto en el Parágrafo Único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual copiado textualmente es del tenor siguiente:

“En caso de organismos o entidades sujetos a esta Ley cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados no justifiquen el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia, la Contraloría General de la República evaluará dichas circunstancias y, de considerarlo procedente, autorizará que las funciones de los referidos órganos de control fiscal sean ejercidas por la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción...”.

Situación que obviamente, no es la que confronta el Fondo (...) debido a que por las circunstancias anteriormente señaladas y en acatamiento del mandato expreso de su Ley de creación, este órgano debe tener, como en efecto la tiene, su propia Unidad de Auditoría Interna que le permita efectuar el seguimiento y control de todas las actividades que realice, así como iniciar las potestades de investigación y determinar las responsabilidades en los casos que lo ameriten.

Por último, queremos destacar, que no obstante, que esta Dirección en opiniones anteriores y para casos similares, ha sostenido un criterio diferente, en el presente caso el cambio de criterio obedece a las innovaciones que en los últimos años se han originado tanto a nivel constitucional como legal donde se encuentra incluida la materia de control fiscal, tomando en consideración que el Derecho no es estático

sino dinámico y en tal sentido, debe adecuarse a los cambios legales que implican per sé cambios económicos , sociales, culturales etc.

Memorándum N° 04-00-144 del 14 de septiembre de 2004.

CONTROL FISCAL: En los organismos o entes que tienen Juntas Directivas, Juntas Administradoras, Consejos Directivos u órganos similares, se concibe a estos como la máxima autoridad y, en consecuencia, los funcionarios que la integran son los considerados “de alto nivel”, a los fines previstos en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Los miembros de la Junta Directiva de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, integrada por un Presidente, un Primer Vicepresidente, un Segundo Vicepresidente y tres Directores, actuando como órgano directivo, en atención a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela son considerados funcionarios “de alto nivel”, a los fines previstos en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Esto no excluye de forma genérica a todos los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de la calificación de funcionarios de alto nivel, a los fines de dicho artículo, pues dadas las funciones que les corresponde ejercer sus actos, hechos u omisiones podrían constituir, eventualmente, supuestos generadores de responsabilidad administrativa, en los términos previstos en el artículo 91 de la citada Ley.

Memorándum N° 04-00-154 del 21 de septiembre de 2004.

Se solicita opinión respecto a quiénes deben considerarse funcionarios de alto nivel en el Tribunal Supremo de Justicia y en sus dependencias adscritas.

Como punto previo, es importante destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 2 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, este Máximo Órgano Contralor, goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, asimismo tiene

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

asignada competencia para ejercer el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes tanto públicos como nacionales, así como las operaciones que se derivan de los mismos, a los fines de velar por el correcto manejo del patrimonio público por parte de la administración activa, cuyo fin último es la efectiva prestación de los servicios a la colectividad, erigiéndose como Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, integrado por un conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos, que interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a control, así como al buen funcionamiento de la Administración Pública.

En tal sentido, al tener este Organismo el carácter de Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal y en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Orgánica in commento, le corresponderá recibir el expediente que a tal efecto le remitan los demás órganos de control fiscal en ejercicio de la potestad investigativa, o en virtud de haber realizado actuaciones de control, cuando a su juicio **existan elementos de convicción o prueba** que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas a funcionarios de alto nivel de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, **que se encuentren en ejercicio de sus cargos**, con el fin de que la Contraloría General de la República, mediante auto motivado que se notificará a los interesados, según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, continúe la investigación, decida el archivo de las actuaciones realizadas o inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades.

Es menester acotar, que a los efectos de la remisión a que se refiere el legislador, es imprescindible no solamente que existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparo, imposición de multa o a la declaratoria de responsabilidad administrativa, sino que adicionalmente los funcionarios “de alto nivel” deben encontrarse en el ejercicio de sus cargos, para el momento de realizarse la investigación o actuación de control. No obstante, esta Dirección General es del criterio que si bien el legislador no hizo distinciones sobre si dichos funcionarios deben estar ejerciendo el mismo

cargo bajo el cual ocurrieron los hechos presuntamente irregulares, es posible aseverar que a los fines de dar cumplimiento a la normativa en cuestión, basta que el funcionario objeto de investigación esté ocupando precisamente, para el momento de realizarse la investigación o actuación de control, algún cargo de alto nivel dentro de la Administración Pública, independientemente que no se trate del mismo cargo ni del mismo ente en el cual prestó servicios para el momento de la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, con el objeto de que la Unidad de Auditoría Interna del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de sus actividades de control o investigaciones, pueda determinar o definir a quiénes considera funcionarios de alto nivel, a los fines de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, debe tomarse en consideración lo previsto en el segundo y tercer aparte del artículo 55 del vigente Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República², según el cual:

(Omissis)

“Se considerará como máxima autoridad jerárquica al **órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo o entidad**, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable.

En caso de que el organismo o ente respectivo tenga **junta directiva**, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, **serán éstos los que se considerarán la máxima autoridad jerárquica**”. (Destacado nuestro).

Asimismo, es importante señalar que la Dirección de Determinación de Responsabilidades Administrativas de este Máximo Órgano Contralor, en las distintas decisiones que ha producido, así como en las oportunidades en las cuales ha emitido opinión sobre la expresión “funcionarios de alto nivel”, ha dejado sentado que dicha expresión está referida exclusivamente a los funcionarios que integran la máxima autoridad jerárquica, entendiéndose como tal al órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo o entidad, de

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.169 de fecha 29 de marzo de 2001.

acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable, no asimilándose así al término que se maneja en materia funcionarial.

De lo antes expuesto se colige que, en los casos de organismos o entes que tienen Juntas Directivas, Juntas Administradoras, Consejos Directivos u órganos similares, se concibe a éstos como la máxima autoridad y, en consecuencia, los funcionarios que la integran son los considerados “de alto nivel”, a los fines previstos en el artículo 97 ***ejusdem***.

Por otra parte, antes de hacer referencia al señalamiento referido a que la calificación de funcionarios de alto nivel, está vinculada a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, es oportuno indicar las consideraciones siguientes:

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue atribuir al Tribunal Supremo de Justicia el gobierno y administración del Poder Judicial, eliminando al Consejo de la Judicatura, el cual, como órgano con autonomía funcional, ejercía estas funciones por mandato de la Constitución de 1961.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.**

En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida en el citado artículo 267 de la Constitución, dictó la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial³, mediante la cual se creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerciera por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial. Así mismo, se creó la Comisión Judicial como órgano del Máximo Tribunal, con la finalidad de que ejerciera, por delegación, las funciones de control y supervisión

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.014 del 15 de agosto de 2000.

de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y las demás previstas en dicha Normativa. Cabe resaltar, que se estableció que la Inspectoría General de Tribunales y el Servicio de la Defensa Pública son unidades autónomas adscritas a la Comisión Judicial, mientras que la Escuela Judicial se debía regir por las políticas dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, siendo la organización y funcionamiento, así como sus orientaciones académicas, objeto de especial atención de la Comisión Judicial.

En ese mismo orden de ideas, y con relación a que los Magistrados son funcionarios de alto nivel, a los fines del artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es menester acotar lo siguiente:

Si bien es cierto, que en principio pareciera que solamente deben ser considerados funcionarios de alto nivel conforme al aludido artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tomando en consideración la definición sostenida por la Dirección de Determinación de Responsabilidades Administrativas de este Órgano Contralor, los miembros de la **Junta Directiva** de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, integrada por un Presidente, un Primer Vicepresidente, un Segundo Vicepresidente y tres Directores, actuando como **órgano directivo**, en atención a lo dispuesto en el artículo 3 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela⁴, no puede escapar de nuestra apreciación –sin apartarnos totalmente de dicho criterio– pues dadas las funciones que les corresponde ejercer a los Magistrados del Máximo Tribunal, entre ellas la de velar en esencia por la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Fundamental, sus actos, hechos u omisiones podrían constituir, eventualmente, supuestos generadores de responsabilidad administrativa, en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. A tal efecto, basta traer como ejemplo los supuestos previstos en los numerales 2 y 19 del aludido artículo 91, referidos el primero a la omisión, retardo, negligencia o imprudencia

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio de un ente u organismo de los señalados en la Ley *in commento* y el segundo a dejar prescribir o permitir que desmejoren acciones o derechos de los entes y organismos señalados en la Ley, por no hacerlo valer oportunamente o hacerlos negligentemente. De manera que, con fundamento en el razonamiento que antecede no podemos excluir de forma genérica a todos los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de la calificación de funcionarios de alto nivel, a los fines del artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

A mayor abundamiento, conviene traer a colación que de conformidad con lo previsto en el artículo 265 del Texto Fundamental, los Magistrados podrán ser removidos por la Asamblea Nacional, mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de falta grave ya calificada por el Poder Ciudadano. A tal efecto, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano⁵ establece en su artículo 10, numeral 10, que el Consejo Moral Republicano tiene, entre sus competencias, calificar las faltas graves de los Magistrados. Asimismo, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que los Magistrados podrán ser removidos de sus cargos, en los términos establecidos en el artículo 265 de la Carta Magna, siendo causa grave las previstas en los numerales 1 al 17 del aludido artículo 12 de la Ley que rige su organización y funcionamiento entre las cuales destaca el incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes.

Ahora bien, cabe destacar que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Inspectoría General de Tribunales y la Escuela Nacional de la Magistratura son órganos que dependen jerárquica, organizativa y funcionalmente de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no obstante, no son funcionarios de alto nivel, a los fines del artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Consideración que igualmente vale realizar, en el caso del Servicio de la Defensa Pú-

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.310 del 25 de octubre de 2001.

blica, al cual no hace mención la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pero que por sus características y según lo dispuesto en las aludidas Normas del 15 de agosto de 2000, es una unidad dependiente del Tribunal Supremo de Justicia.

En este orden es oportuno destacar, que en criterio de este Organismo Contralor, los jueces de la República no son considerados funcionarios de alto nivel, en los términos del análisis realizado con motivo de lo previsto en el artículo 97 eiusdem.

Memorándum N° 04-00-154 del 21 de septiembre de 2004.

CONTROL FISCAL: Marco jurídico para incorporar la variable ambiental dentro del control fiscal.

El concepto de ambiente, a que alude la Constitución como bienes jurídicos ambientales está integrado por los elementos del medio físico así como el componente biológico expresado en la diversidad genética, de especies, de ecosistemas y de culturas, así podemos afirmar que constituyen bienes jurídicos ambientales, entre otros, los elementos del medio ambiente como el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, la atmósfera, las especies vivas, los recursos genéticos, los procesos ecológicos o ecosistemas, los parques nacionales, monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Estos bienes jurídicos ambientales, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1° y 19 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en concordancia con lo previsto en el artículo 539 del Código Civil Venezolano y en la Ley Orgánica del Ambiente, son bienes nacionales comprendidos dentro de la Hacienda Pública Nacional afectados a una finalidad de evidente interés y utilidad general, que los clasifica como bienes nacionales del dominio público. Son bienes jurídicos susceptibles de valoración económica, de allí que las operaciones que se realicen con los mismos tienen importancia para el concepto de costos beneficios. Tratándose entonces de bienes del dominio público, su administración o gestión está sujeta al control por parte de esta Contraloría General de la República, conforme con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Memorándum N° 04-00-196 del 27 de octubre de 2004.

Solicitud de opinión sobre el marco jurídico para la incorporación de la variable ambiental dentro del control fiscal.

En el Oficio que origina la consulta se expone lo siguiente:

*“...en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se hace referencia en su parte final a, ‘...**los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común de la humanidad**’. Ahora bien, una vez planteado este enunciado y tomando en consideración lo dispuesto en el Capítulo IX de los Derechos Ambientales, es de nuestro interés conocer su alcance y definición, a objeto de determinar: ¿están los bienes jurídicos ambientales, sujetos a control por parte de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal? (Negrillas y subrayado nuestro).*

Con el propósito de resolver estas interrogantes, debemos comenzar por señalar que el interés mundial en la preservación del medio ambiente, no es reciente, en los últimos tiempos, se ha hecho patente la preocupación por la necesidad de un ambiente sano, libre de factores que afecten el desarrollo de las actividades del hombre y que, al mismo tiempo, permita lograr el aprovechamiento de la diversidad biológica y de los recursos naturales en beneficio colectivo de las presentes y futuras generaciones, armonizando conservación y desarrollo económico, en el entendido que la biodiversidad es una fuente de riqueza productiva y que la degradación del medio ambiente afecta la salud.

En ese sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, además de establecer por primera vez un Capítulo, especialmente, dedicado a los derechos ambientales, supera la concepción del conservacionismo clásico que sólo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos. Los postulados constitucionales exigen que la normativa en materia ambiental responda a políticas de amplio alcance que se inscriban en los parámetros contenidos en los tratados internacionales de carácter ambiental, con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable en el que el uso de los recursos por las presentes generaciones no comprometa el patrimonio de las futuras.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

En consonancia con lo dispuesto en la Exposición de Motivos, el Preámbulo de la Constitución comprende dentro de los fines que debe promover la sociedad, **la protección del equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad**. Consecuente con este postulado, el Texto Constitucional al referirse a los derechos ambientales hace énfasis en la protección del ambiente y la conservación del equilibrio ecológico como instrumentos para impulsar el desarrollo sustentable del país. Así que la elevación de los derechos ambientales a rango constitucional se inserta dentro del proceso de evolución del derecho ambiental en el ámbito internacional, encaminado al logro del desarrollo humano y social de la población, permitiendo la configuración de un bien jurídico objeto de protección.

En efecto, la Constitución en consideración a que se trata de un área en la cual se precisan estrategias, iniciativas e instituciones del Estado para orientar una acción eficaz que pueda resolver los problemas ambientales, consagra como derecho y como deber de cada generación la protección y mantenimiento del ambiente, entendido en su acepción más amplia; es decir, la conservación del ambiente en general y de sus elementos en particular, como interés individual y colectivo que garantice el equilibrio ecológico y por ende, el bienestar de la población humana y demás seres vivos. Asimismo, reconoce al ordenamiento como principio regulador del desarrollo sustentable del país y al mismo tiempo a la participación de la ciudadanía como instrumento de gestión ambiental. Establece, además, la obligación del Estado de incorporar la dimensión ambiental dentro de los planes, programas, proyectos y procesos de desarrollo económico, tecnológico, científico, educativo y social del país, asegurando la debida participación ciudadana en la toma de decisiones. Ordena la elaboración de estudios de impacto ambiental y sociocultural, como instrumentos de control en la ejecución de actividades capaces de causar daños al ambiente o a cualquiera de sus elementos y la implementación de tecnologías y el establecimiento de estímulos financieros y fiscales.

En ese orden de ideas, la Constitución alude al ambiente en el régimen socio económico, en los derechos económicos, en las relaciones internacionales, en la educación ambiental, en los derechos de los pueblos

indígenas. En ese sentido, en el Título III DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES, Capítulo VI, De los Derechos Culturales y Educativos, introduce en el artículo 107 la educación ambiental con carácter obligatorio a todos los niveles y modalidades del sector educativo y en la educación ciudadana no formal. Asimismo en el Capítulo VII De los Derechos Económicos, artículo 112, coloca dentro de las limitaciones a las personas para dedicarse a la actividad económica de su preferencia, aquéllas que establezcan la Constitución y las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Igualmente en el Capítulo VIII, De los Derechos de los Pueblos Indígenas, en los artículos 119 y 120, les reconoce un hábitat y prevé que el aprovechamiento de sus recursos naturales por parte del Estado se hará sin lesionar su integridad cultural, social y económica.

Mención aparte merece lo dispuesto en el en el Capítulo IX, De los Derechos Ambientales, donde se establecen principios para la conservación y defensa del medio ambiente en los términos siguientes:

“Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. **Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.** El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiere a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, **garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley**”. (Negrillas nuestras).

“Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades eco-

lógicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento”.

“Artículo 129. ***Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.***

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado, en los términos que fije la ley. (Negrillas y subrayado nuestro).

Asimismo, en su afán de proteger el ambiente, la Constitución consagra dentro de las competencias del Poder Público las siguientes:

“Artículo 156 Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(Omissis)

16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas del país....

(Omissis)

23. Las políticas nacionales y la legislación en materia

naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio...”.

En lo que atañe a la competencia de los Estados en materia ambiental advertimos que en el artículo 164 que contempla la competencia exclusiva de dichos entes territoriales no se incluye alguna vinculada con la materia ambiental. Caso contrario, ocurre, con respecto a los Municipios, pues, el artículo 178 dispone que es de la competencia del Municipio, entre otras materias, el mejoramiento en general de las condiciones de vida de la comunidad en las áreas de ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público; así como la protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos. Los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.

Prosigue el enfoque Constitucional proteccionista del medio ambiente, al señalar en el Título VI, DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO, Capítulo I, Del Régimen Socio Económico y la Función del Estado en la Economía, lo siguiente:

“Artículo 299. “El régimen socio económico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad...”.

Asimismo, en los artículos 304 y 305 el texto Constitucional dispone que:

“Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio”.

“El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral...”.

Finalmente, el Texto Constitucional en el TITULO VII, DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN, Capítulo II, De los Principios de Seguridad de la Nación precisa en los artículos 326 y 327 lo siguiente:

“La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, **promoción y conservación ambiental** y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.” (Negrillas nuestras).

“La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial”.

Este artículo debe interpretarse en conexión con lo dispuesto en el artículo 15 ejusdem, que pone a cargo del Estado la “responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una ley orgánica de fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad.

Como se aprecia, los artículos reseñados constituyen evidencias de la preocupación del Constituyente de 1999, por establecer un

sistema que protegiera el medio ambiente como un bien jurídico de inestimable valor para las generaciones presentes y futuras, reflejo de los compromisos adquiridos por Venezuela al firmar y ratificar los diferentes convenios Internacionales orientados a la conservación y uso sustentable del medio ambiente.

Aunado a las previsiones constitucionales, debemos destacar otras disposiciones vigentes en materia ambiental, integradas dentro de un ordenamiento jurídico homogéneo en tanto consagran y desarrollan el derecho a un medio ambiente sano, fundamentado en la Constitución de 1961, instrumento que valoraba a los recursos naturales como bienes a preservar y explotar en función del hombre. Este marco normativo resulta ilustrativo, a los fines de precisar los elementos constitutivos del ambiente como bien jurídico objeto de protección.

En ese orden, citamos la Ley Forestal de Suelos y de Aguas², destinada a regir la conservación, fomento y aprovechamiento de los recursos naturales, la cual determina ciertos elementos constitutivos del medio ambiente cuya protección declara como materia de utilidad general e interés público.

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.004 Extraordinario del 26 de enero de 1966. Dicha Ley dispone, lo siguiente:

Artículo 2. Se declara de utilidad pública:

1. La protección de las cuencas hidrográficas.
2. Las corrientes y caídas de aguas que pudieran generar fuerza hidráulica.
3. Los Parques Nacionales, los monumentos naturales, las zonas protectoras, las reservas de regiones vírgenes y las reservas forestales.

Artículo 3. Se declara de interés público:

1. El manejo racional de los recursos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley.
2. La conservación, fomento y utilización racional de los bosques y de los suelos.
3. La introducción y propagación de especies forestales no nativas.
4. La prevención, control y extinción de incendios forestales.
5. La repoblación forestal.
6. La realización del inventario forestal nacional.

Artículo 4. Las disposiciones de esta Ley se aplican a:

1. Los bosques y sus productos.
2. Las aguas públicas o privadas.
3. Los suelos; y
4. Las actividades relacionadas con los recursos enumerados en los ordinales anteriores y que se rigen por la presente Ley.

Por su parte, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre³ regula la protección y aprovechamiento racional de este elemento del medio ambiente, entendiendo como constitutivos de éste a los mamíferos, aves, reptiles y batracios que viven libremente y fuera del control del hombre en ambientes naturales y que no pueden ser objeto de ocupación sino por la fuerza; los animales de igual naturaleza amansados o domesticados, que tornen a su condición primitiva y que por ello sean susceptibles de captura, como lo son los animales silvestres apresados por el hombre y que posteriormente recobren su libertad.

Otro importante avance en materia ambiental fue la sanción de la Ley Orgánica del Ambiente⁴, que consagró las bases y los principios del Derecho

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 29.289 del 11 de agosto de 1970. Dicha Ley precisa lo siguiente:

Artículo 5.- Se declara de utilidad pública:

- 1°.- La creación de Reservas, Refugios y Santuarios de Fauna Silvestre;
- 2°.- La conservación, el fomento y aprovechamiento racional de la fauna silvestre;
- 3°.- La ordenación y el manejo de las poblaciones de animales silvestres;
- 4°.- La importación y aclimatación de animales silvestres, previas las regulaciones que establezca el Ministerio de Agricultura y Cría.
- 5°.- La conservación y fomento de los recursos que sirvan de alimentación y abrigo a la fauna silvestre.
- 6°.- La investigación científica de la fauna silvestre.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 31.004 del 18 de junio de 1976. precisamente, respecto de los elementos que componen el medio ambiente dispone lo siguiente:

Artículo 2.- Se declaran de utilidad pública la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente.

Artículo 3.- A los efectos de esta Ley, la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprenderá:

- 1°.- La ordenación territorial, y la planificación de los procesos de urbanización, industrialización, poblamiento y desconcentración económica, en función de los valores del ambiente;
- 2°.- El aprovechamiento nacional de los suelos, aguas, flora, fauna, fuentes y demás recursos naturales, continentales y marinos, en función de los valores del ambiente;
- 3°.- La creación, protección, conservación y mejoramiento de parques nacionales, reservas forestales, monumentos naturales, zonas protectoras, reservas de regiones vírgenes, cuencas hidrográficas, reservas nacionales hidráulicas; refugios, santuarios y reservas de fauna silvestres, parques de recreación a campo abierto o de uso intensivo, áreas verdes en centros urbanos o de cualesquiera otros espacios sujetos a régimen especial en beneficio del equilibrio ecológico y del bienestar colectivo(...)

Artículo 4.- La suprema dirección de la política nacional sobre el ambiente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros. A tal efecto, dictará las normas sobre coordinación de las competencias de los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en función de los objetivos de la presente Ley.

Ambiental en Venezuela y estableció dentro de la política del desarrollo integral de la Nación, los principios rectores para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en beneficio de la calidad de la vida.

Esta Ley prevé la coordinación entre las actividades públicas y privadas, ordenando a todos los organismos de la Administración Pública, a los Estados y los Municipios, entre otros, a programar y ejecutar sus actividades conforme a lo previsto en el Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente el cual debe formar parte del Plan Nacional de Desarrollo, y le asigna la responsabilidad de establecer orientaciones respecto a la ordenación del territorio, normar la explotación racional de los recursos naturales, garantizar la conservación y mejoramiento de áreas claves y la investigación en materia ecológica y contener la instrumentación de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Para este fin, consagra mecanismos de prohibición o corrección de actividades degradantes del ambiente y de control, reducción o eliminación de factores, procesos o componentes del ambiente que puedan ocasionar perjuicios a la vida del hombre y de los demás seres. Para la vigilancia y fiscalización ambiental institucionaliza la Guardería Ambiental y las Juntas para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente.

Por su parte, el aspecto del medio ambiente vinculado con la regionalización, urbanización, localización industrial etc., es tratado en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio⁵ que contempla la optimi-

⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.238 Extraordinario, de fecha 11 de agosto de 1983. Esta Ley precisa:

Artículo 3.- A los efectos de la presente Ley Orgánica la ordenación del territorio comprende:

1. La definición de los mejores usos de los espacios de acuerdo a sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas.
(omissis)
5. El desarrollo agrícola y el ordenamiento rural integrados, para mejorar las condiciones de habitabilidad del medio rural y para la creación de la infraestructura necesaria para el fomento de la actividad del sector agropecuario;
(omissis)
7. La desconcentración y localización industrial con el objeto de lograr un desarrollo económico más equilibrado y un racional aprovechamiento de los recursos naturales;
(omissis)
9. La protección del ambiente, y la conservación y racional aprovechamiento de las aguas, los suelos, el subsuelo, los recursos forestales y demás recursos naturales renovables y no renovables en función de la ordenación del territorio.

zación de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente, como objetivos fundamentales del desarrollo integral.

Esta Ley también regula aspectos de la conservación del ambiente y el uso de los recursos naturales y establece las disposiciones que rigen la ocupación del territorio, de acuerdo con la estrategia de desarrollo económico y social de la Nación a largo plazo; define los mejores usos del espacio según sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas. Asimismo, determina como instrumentos básicos de la ordenación del territorio, un sistema de planes fundamentados en el Plan Nacional de Ordenación del Territorio que debe, entre otras cosas, señalar los espacios sujetos a regímenes especiales de conservación y contener las políticas para la administración de los recursos naturales y su identificación y régimen de explotación. Asimismo define las áreas de régimen de administración especial, tales como: parques nacionales, monumentos naturales, reservas forestales, refugios de fauna silvestre, zonas protectoras, reservas nacionales hidráulicas, etc.

En armonía con las disposiciones de esta ley, encontramos la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística⁶, cuyo objeto es la ordenación del desarrollo urbanístico en todo el territorio nacional con el fin de procurar el crecimiento armónico de los centros poblados, salvaguardando los recursos ambientales y la calidad de vida.

Desde el punto de vista penal, el ambiente también es objeto de protección a través de la Ley Penal del Ambiente⁷, cuyo propósito es tipificar como delitos aquellos hechos que violen las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y establecer las sanciones penales correspondientes. Así, a fin de garantizar la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente como bien jurídico tutelado por dicha Ley, tipifica como delitos aquellos hechos que violen las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, y establece las sanciones penales correspondientes. Así a fin de garantizar la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente como bien jurídico tutelado por dicha ley, tipifica como delitos aquellos hechos que violen las disposiciones relativas a la conservación, defensa,

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.868 del 16 de diciembre de 1987.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992.

y mejoramiento del ambiente, y establece las sanciones penales correspondientes.

En ese sentido, la Ley Penal del Ambiente, dispone en su artículo 8 que “Cuando los tipos penales que esta Ley prevé, requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, ésta deberá constar en una Ley, reglamento del Ejecutivo Nacional, o en un decreto aprobado en Consejo de Ministros y publicado en la Gaceta Oficial, sin que sea admisible un segundo reenvío.” En desarrollo de esta disposición el Ejecutivo ha decretado una serie de normas técnicas en materia de protección del medio ambiente, entre las cuales destacan las siguientes:

- Normas para la protección de manglares y espacios vitales asociados.⁸
- Normas técnicas y procedimientos para el manejo de material radioactivo.⁹
- Normas para la administración de actividades forestales, en reservas forestales, lotes boscosos bajo protección y áreas boscosas en terrenos de propiedad privada destinadas a la producción forestal permanente.¹⁰
- Normas para controlar el uso de sustancias agotadoras de la capa de ozono.¹¹
- Normas para el manejo de los desechos sólidos de origen doméstico, comercial, industrial o de cualquier naturaleza que no sean peligrosos¹².

8 Decreto 1.843 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.819 del 14 de octubre de 1991.

9 Decreto N° 2.210 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

10 Decreto N° 2.214 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

11 Decreto N° 2.215 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

12 Decreto N° 2.216 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

13 Decreto N° 2.217 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

14 Decreto N° 2.219 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

- Normas sobre el control de la contaminación generada por ruido.¹³
- Normas para regular la afectación de los recursos naturales asociados a la explotación y extracción de minerales.¹⁴
- Normas para regular las actividades capaces de provocar cambios de flujo, obstrucción de cauces y problemas de sedimentación.¹⁵
- Normas para regular la introducción y propagación de especies exóticas de la flora y fauna silvestre acuáticas.¹⁶
- Normas ambientales para la apertura de picas y construcción de vías de acceso.¹⁷
- Normas técnicas conservacionistas para controlar el ejercicio de la actividad pesquera.¹⁸
- Normas sobre la caza en áreas especiales y ecosistemas naturales.¹⁹
- Normas sobre movimientos de tierra y conservación ambiental.²⁰
- Normas sobre calidad de aire y control de la contaminación atmosférica.²¹
- Normas para la clasificación y el control de la calidad de los cuerpos de agua, vertidos o afluentes líquidos.²²

15 Decreto N° 2.220 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

16 Decreto N° 2.223 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

17 Decreto N° 2.226 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

18 Decreto N° 2.227 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992.

19 Decreto N° 2.304 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.987 del 17 de junio de 1992.

20 Decreto N° 2.212 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.206 del 7 de mayo de 1993.

21 Decreto N° 638 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.899 Extraordinario del 19 de mayo de 1995 y derogado parcialmente por el Decreto 2.673 Gaceta Oficial N° 36.532 del 4 de septiembre de 1998.

22 Decreto 883 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.021 Extraordinario del 18 de diciembre de 1995.

- Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente.²³
- Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas²⁴.
- Normas para el control de la recuperación de los materiales peligrosos y el manejo de los desechos peligrosos.²⁵
- Normas para reducir el consumo de las sustancias agotadoras de la capa de ozono.²⁶

Dentro del marco legal en materia ambiental ubicamos también la Ley de Diversidad Biológica²⁷, que establece la obligación de elaborar y actualizar la estrategia nacional con la finalidad de incorporar la gestión de la diversidad biológica en los planes de la nación, de tal forma que se tome

23 Decreto 1.257 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.946 del 25 de abril de 1996.

24 Decreto 1.400 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.013 del 2 de agosto de 1996.

25 Decreto 2.635 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.245 Extraordinario del 3 de agosto de 1998.

26 Decreto 3.220 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.293 Extraordinario del 26 de enero de 1999.

27 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.468 Extraordinario del 24 de mayo de 2000. Las disposiciones de esta Ley resultan orientadoras en cuanto a la definición de bienes jurídicos ambientales, pues, dentro de las normas que regulan el medio ambiente, precisa:

Artículo 2°.- La Diversidad Biológica son bienes jurídicos ambientales protegidos, fundamentales para la vida. El Estado Venezolano, conforme a la Convención Sobre la Conservación de la Diversidad Biológica, ejerce derechos soberanos sobre estos recursos. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles, inembargables, sin perjuicio de los tratados internacionales válidamente celebrados por la República.

Parágrafo Único: Se declara de utilidad pública la conservación y el uso sustentable de la Diversidad Biológica. Su restauración, el mantenimiento de los procesos esenciales y de los servicios ambientales que estos prestan.

Artículo 3°.- El patrimonio ambiental de la Nación lo conforman los ecosistemas, especies y recursos genéticos, que se encuentren dentro del territorio nacional y su ámbito jurisdiccional, incluyendo la zona marítima contigua y la zona económica exclusiva.

Artículo 10.- El Estado establecerá las políticas sobre la conservación y el aprovechamiento sustentable de la Diversidad Biológica, de conformidad con las disposiciones establecidas en esta Ley.

Artículo 11.- El Estado promoverá y planificará las acciones tendentes al logro del equilibrio entre el desarrollo socio-económico y la conservación y uso sustentable de la Diversidad Biológica, a los fines de satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones.

en cuenta el diseño de una política internacional ambiental de cooperación técnica y económica y la preservación de la áreas naturales protegidas.

Importa destacar en esta Ley el concepto de patrimonio ambiental de la nación a que se refiere el artículo 3°, dentro del cual se incluyen los elementos del medio ambiente regulados por ella. Asimismo, destaca lo dispuesto en los artículos 61 y 62 que establece como competencias del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales la de promover la investigación sobre la valoración económica de la Diversidad Biológica y el patrimonio ecológico de la República, así como la obligación del Ejecutivo Nacional de realizar anualmente auditorías ambientales sobre la Diversidad Biológica, a los fines de cuantificar los activos y pasivos ambientales de la Nación, precisando que el daño o pérdida causado sobre los activos naturales de la Nación se convertirá en obligación líquida y exigible en dinero, para el causante del daño.

Ello es así, porque a dicho Ministerio, a tenor de lo dispuesto en el Decreto N° 3125 Sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central²⁸ se le establecen competencias como órgano especializado y rector del Ejecutivo Nacional en la política ambiental, las áreas relativas a formulación de políticas, planificación, administración del ambiente y de los recursos naturales, vigilancia y control ambiental de los recursos, regulación, autoridad nacional de las aguas, cartografía, catastro y equipamiento ambiental para el aprovechamiento de los recursos hídricos.

Esta normativa concuerda con lo previsto en la Ley Orgánica de Ambiente, citada supra, conforme a la cual la suprema dirección de la política nacional sobre el ambiente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, quien dictará las normas sobre coordinación de las competencias de los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en función de los objetivos de la Ley.²⁹

28 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.024 del 16 de septiembre de 2004.

29 La Ley citada establece lo siguiente:

Artículo 5.- La planificación del desarrollo nacional, regional o local deberá realizarse integralmente a los fines de dar cumplimiento al objeto de la presente Ley.

Artículo 6.- Los organismos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios; las instituciones, operaciones o entidades de carácter público y aquellas de carácter privado en las cuales el Estado, directa o indirectamente participe con 50% o más de su capital social, deberán programar y ejecutar sus actividades de acuerdo con las previsiones del Plan Nacional de Conservación, Defensa y mejoramiento del Ambiente y de conformidad con las reglas que se dicten en virtud de lo dispuesto en el Artículo 4 de esta Ley.

Así las cosas, junto al Ministerio del Ambiente coexisten otros despachos ministeriales vinculados al manejo de recursos naturales y al medio ambiente (Ministerios de Agricultura y Tierra, Salud y Desarrollo Social, Infraestructura, Planificación y Desarrollo, Alimentación, etc.), así como entes descentralizados adscritos a éstos, que conforman una estructura administrativa encargada de la gestión del medio ambiental y de velar que se cumplan los cometidos previstos en los textos normativos citados. De modo que Venezuela cuenta con una estructura legal e institucional suficientemente coordinada y articulada por el lado de la Administración Pública, para la ejecución de la política nacional sobre el ambiente y del Plan Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente.

Como característica común de este marco normativo observamos que su objeto es la preservación y restauración del medio ambiente, la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional, en consideración a que los problemas ambientales ponen en riesgo la salud humana, la vida silvestre y la vitalidad de los ecosistemas que constituyen los cimientos de la vida actual y futura, tanto así, que toda actividad susceptible de generar daños a los ecosistemas debe ser previamente acompañada de estudios de impacto ambiental y socio cultural y como se señaló anteriormente, en los contratos que la República

Artículo 7. - El Plan Nacional de conservación, defensa y mejoramiento ambiental, formara parte del Plan de la Nación y deberá contener:

- 1°. La ordenación del territorio nacional según los mejores usos de las especies de acuerdo a sus capacidades, condiciones específicas y limitaciones ecológicas;
- 2°. El señalamiento de los espacios sujetos a un régimen especial de protección, conservación o mejoramiento;
- 3°. El establecimiento de criterios prospectivos y principios que orienten los procesos de urbanización, industrialización desconcentración económica y poblamiento en función de los objetivos de la presente Ley;
- 4°. Las normas para el aprovechamiento de los recursos naturales basadas en el principio del uso racional de los recursos, en función de los objetivos de la presente Ley;
- 5°. Los programas de investigación en materia ecológica;
- 6°. Los objetivos y medidas de instrumentación que se consideren favorables a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considera incluida aun cuando no estuviere de forma expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma, en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste fuese alterado.

En ese orden de razonamiento, luce evidente que el Estado tiene la obligación de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales, monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; al tiempo que se obliga a velar por un medio ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, gocen de especial protección y a desarrollar una política de ordenación del territorio, que atienda las exigencias del desarrollo sustentable para lo cual debe contar con la participación ciudadana.

Sobre la base de lo dispuesto en las leyes citadas, se infiere que el concepto de ambiente, a que alude la Constitución como bienes jurídicos ambientales está integrado por los elementos del medio físico así como el componente biológico expresado en la diversidad genética, de especies, de ecosistemas y de culturas, podemos afirmar que constituyen bienes jurídicos ambientales, entre otros, los elementos del medio ambiente como el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, la atmósfera, las especies vivas, los recursos genéticos, los procesos ecológicos o ecosistemas, los parques nacionales, monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. En términos de los dispositivos Constitucionales se trata de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, autónomos de los bienes jurídicos tradicionales de carácter individual, y referidos al hombre y a la ordenación de su vida en sociedad. Se incluye entonces como bien jurídico al medio ambiente, constituido por el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc, que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la “vida” en el planeta tierra, así como los elementos que lo integran señalados precedentemente, en el entendido de que el equilibrio entre todos estos factores es lo que

finalmente constituye el medio ambiente como presupuesto de la vida en sociedad.

Estos bienes jurídicos ambientales, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1° y 19 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional³⁰, en concordancia con lo previsto en el artículo 539 del Código Civil Venezolano³¹ y en la Ley Orgánica del Ambiente, **son bienes nacionales comprendidos dentro de la Hacienda Pública Nacional afectados a una finalidad de evidente interés y utilidad general, que los clasifica como bienes nacionales del dominio público.**

Como tales, los bienes jurídico-ambientales tienen una existencia concreta en la naturaleza, y reúnen las cualidades de *utilidad, sustantividad o individualización y apropiabilidad*, características de los bienes del dominio público, a saber: son “útiles”, por cuanto constituyen un medio para satisfacer necesidades humanas; son individualizables por tener una existencia separada en la naturaleza; son susceptibles de apropiación, en el sentido de que a pesar de ser de utilidad pública pueden ser objeto de sumisión jurídica por el hombre aunque son patrimonio común de la humanidad, ya que la utilización que se hace de ellos está sujeta al principio de no apropiación por los Estados ni por las personas físicas o jurídicas que rige para los bienes del patrimonio de la humanidad.

Son bienes jurídicos susceptibles de valoración económica, de allí que las operaciones que se realicen con los mismos tienen importancia para el concepto de costos beneficios. En ese sentido, la tendencia mundial se orienta a expresar en los estados contables el componente

30 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974, “Artículo 1°.- La Hacienda Pública Nacional comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y pasivo de la Nación, y todos los demás bienes y rentas cuya administración corresponde al Poder Nacional.

Artículo 19. Son bienes nacionales:

- 1) Los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones que por cualquier título entraron a formar el patrimonio de la Nación al constituirse ésta en Estado Soberano, y los que por cualquier título haya adquirido o adquiera la Nación o se hayan destinado o se destinaren a algún establecimiento público nacional o algún ramo de la Administración Nacional.
- 2) Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la república y que no tengan dueño.”

31 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

ambiental, mediante su incorporación en las cuentas nacionales como valores monetarios con las características que permitan evaluar la gestión desarrollada por las entidades que tienen a su cargo la inversión y el control en esta materia, para lo cual debe hacerse el inventario de estos recursos que permita formar el patrimonio de los recursos naturales. Por lo tanto, debe disponerse de un sistema de información necesario, para identificar todas las acciones que incidan tanto en el comportamiento cuantitativo como cualitativo de los activos naturales en un sector, para poder elaborar cuentas ambientales institucionales vinculadas al Sistema de Cuentas Nacionales, que informen sobre el estado de estos recursos constitutivos del patrimonio jurídico ambiental de la nación.

Tratándose entonces de bienes del dominio público, su administración o gestión está sujeta al control por parte de esta Contraloría General de la República, conforme con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 289 que atribuye a este Órgano **el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales**³², así como de las operaciones relativas a los mismos.

Conforme al Texto Constitucional este Órgano Contralor tiene potestad para 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, y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes, dentro de los cuales debemos incluir los denominados bienes jurídicos ambientales que integrarán el patrimonio jurídico ambiental.

³² La Constitución Política de Colombia, a diferencia de la nuestra, contiene una disposición expresa en la cual (Artículo 267) dispone que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Debiendo el Contralor General presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³³, en desarrollo del dispositivo constitucional le atribuye a este Máximo Órgano de Control Fiscal, **el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos**, así como de las operaciones relativas a los mismos, y precisa que sus actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control, y en el ejercicio de sus funciones, verificará la legalidad, exactitud y sinceridad, así como la eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones y de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control.

En ese mismo sentido, se expresan los artículos 41 (en concordancia con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³⁴) y 46 ejusdem, al referirse a las competencias de los restantes órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal, precisando que las unidades de auditoría interna y los órganos de control fiscal externo, en el ámbito de sus competencias, pueden realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el ente sujeto a su control, para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión.

Por su parte, en lo que atañe al control de gestión los artículos 61 y 62 de la Ley que rige las funciones de este Organismo Contralor, especifican que los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias, **pueden realizar auditorías, estudios, análisis e investigaciones respecto de las actividades de los entes y organismos sujetos a su control, para evaluar los planes y programas en cuya ejecución intervengan dichos entes u organismos**. Igualmente, podrán realizar los estudios e investigaciones que sean necesarios para evaluar el cumplimiento y los resultados de las políticas y decisiones

33 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

34 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.978 del 13 de julio 2004.

gubernamentales. En virtud de lo cual podrán efectuar estudios organizativos, estadísticos, económicos y financieros, análisis e investigaciones de cualquier naturaleza, para determinar el costo de los servicios públicos, los resultados de la acción administrativa y, en general, la eficacia con que operan las entidades sujetas a su vigilancia, fiscalización y control.

No cabe duda entonces que a pesar de las dificultades propias de la materia **los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal a que alude el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, están en la obligación de ejercer control sobre la administración y gestión de los bienes jurídicos ambientales realizadas por los entes y órganos a que alude el artículo 9 ejusdem.**

En ese sentido, en el caso concreto de las Contralorías estatales y municipales debe atenderse a las disposiciones de la Leyes respectivas, considerando además, las limitaciones que en materia de gestión ambiental prevé la Constitución para los entes territoriales.

Por su parte, en los restantes órganos y entes del sector público es responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas la incorporación de la variable ambiental dentro del sistema de control interno, en atención a la estructura organizativa de cada órgano o ente, lo que harán, dentro del marco de las normas que esta Contraloría como Máximo Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal dicte, para definir los métodos, criterios técnicos y parámetros para la práctica de auditorías ambientales, que permitan determinar, no sólo el cumplimiento de los aspectos de legalidad financiera, en el manejo de los recursos presupuestarios asignados a los organismos y entidades a cargo de la administración de la política ambiental, susceptibles de verificación, dentro de procedimientos tradicionales, sino la eficiencia y eficacia en dicha gestión ambiental.

Es decir, aparte de un control financiero o de cumplimiento se requiere de un control de rendimiento o gestión para verificar si efectivamente la variable ambiental se ha integrado a las políticas nacionales, a través de programas y actividades de los órganos y entes del sector público, que permita evaluar el uso, administración, protección y preservación del medio ambiente, considerando que la gestión, programas,

proyectos y actividades del Estado deben conducir como lo establece la Constitución, al crecimiento económico, sin agotar, ni deteriorar el medio ambiente con el fin de preservar el derecho de las generaciones futuras, al disfrute y uso para la satisfacción de sus necesidades. Al respecto, como una herramienta para el desarrollo de la práctica de auditorías medioambientales, el grupo de trabajo de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) sobre auditoría medioambiental elaboró una guía base que contiene las orientaciones para la ejecución de auditorías de actividades con una perspectiva medioambiental.

Memorándum N° 04-00-196 del 27 de octubre de 2004.

DERECHO TRIBUTARIO

DERECHO TIBUTARIO: Procedimiento implementado por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, para el cobro de los tributos contemplados en la Ordenanza de Timbre Fiscal.

La regulación de las funciones de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como componente del sistema financiero, compete al Poder Nacional, de conformidad con lo previsto en el numeral 11 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicho instituto no tiene el carácter de contribuyente, ni el de responsable de los tributos establecidos en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, por lo tanto, no existe instrumento jurídico que permita sostener que la referida Superintendencia está obligada a sujetarse al procedimiento previsto por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, para recaudar el tributo previsto en la Ordenanza de Timbre Fiscal.

Memorándum N° 04-02-32 del 30 de enero de 2003.

El timbre fiscal (estampillas y papel sellado) constituye un ramo de ingresos públicos cuya recaudación, en principio, se realiza en el momento en que se adquiere el timbre fiscal, para su incorporación en documentos o escritos (estampillas) o su utilización en actos (papel sellado), que constituyan hechos generadores de ese tributo.

La emisión de planillas para la determinación o liquidación y consecuente recaudación del producto o ingreso derivado del timbre fiscal es, usualmente, en estos casos, si así lo autoriza la ley, sustitutiva del mecanismo de recaudación (venta de timbre fiscal) señalado en el párrafo precedente.

El contribuyente de este tributo es quien adquiere el timbre para utilizarlo en la forma indicada, o aquél a cuyo cargo se expiden las planillas que constituyen el mecanismo sustitutivo de recaudación del timbre fiscal, al que nos hemos referido.

Lo que hemos señalado hasta ahora puede deducirse de lo previsto en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas¹, especialmente con lo dispuesto en su artículo 2, cuyo texto es el siguiente:

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.493 Extraordinario del 19 de octubre de 2000.

“Artículo 2.- La renta de timbre fiscal comprende los ramos de los ingresos siguientes:

1°.- El de estampillas, constituidos por las contribuciones recaudables por timbres móviles u otros medios previstos en esta ordenanza.

2°.- El del papel sellado, constituidos por recaudables mediante timbre fijo, por los actos o escritos realizados en jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas y regulados en esa ordenanza.

Se faculta al Ejecutivo del Distrito Metropolitano de Caracas para que a través de sus organismos, elabore las planillas con el objeto de recaudar las tasas y contribuciones de su competencia y ordenar el enteramiento del pago en las oficinas Receptores que disponga, en los casos en que no sean utilizados los timbres móviles”.

Cabe destacar del texto que se acaba de transcribir, que el mecanismo sustitutivo de emisión de planillas como instrumento de recaudación del timbre fiscal, pareciera estar concebido para ser empleado por el Ejecutivo del Distrito Metropolitano de Caracas, solamente a través de sus propios organismos, según lo establecido en su último aparte.

Por otro lado, es importante también resaltar que la definición del sujeto pasivo, bien como contribuyente o como responsable (especialmente, cuando éste último actúa como agente de retención o de percepción de tributos); del pago como medio de extinción de la obligación tributaria; y de las facultades de la Administración Tributaria en cuanto a la liquidación de tributos, constituyen el objeto de regulaciones expresas del Código Orgánico Tributario², el cual, como se sabe es aplicable supletoriamente “...a los tributos de los Estados, Municipios y **demás entes de la división político territorial...**”, de acuerdo con lo establecido en el segundo aparte del artículo 1° de dicho Código.

Así, los artículos 19 y 27 (encabezamiento), 41 y 21 numeral 3, del mismo instrumento legal establecen, respectivamente, lo siguiente:

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

“Artículo 19. Es sujeto pasivo el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o responsable”.

“Artículo 27. Son responsables directos, en calidad de agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley o por la Administración previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente (...)”.

“Artículo 41. El pago debe efectuarse en el lugar y la forma que indique la ley o en su defecto la reglamentación (...)”.

“Artículo 121. La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos, y en especial:

(...)

3. Liquidar los tributos, intereses, sanciones y otros accesorios, cuando fuere procedente. (...)” (Énfasis nuestro).

Finalmente, tampoco debe olvidarse que la regulación de las funciones de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como componente del sistema financiero, competen al Poder Público Nacional, a tenor de lo previsto en el numeral 11 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con fundamento en las consideraciones precedentemente expuestas, cabe concluir lo siguiente:

- 1.- La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, no tiene el carácter de contribuyente de los tributos establecidos en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, en razón de que los hechos imponibles de ese tributo no se pueden verificar a su cargo, pues para el ejercicio de sus funciones –las cuales sólo pueden ser reguladas por los órganos competentes del Poder Público Nacional-

no requiere de la utilización de los timbres fiscales emitidos conforme a dicha Ordenanza.

- 2.- Carece igualmente la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras del carácter de responsable tributario (agente de retención o percepción) en relación con el indicado tributo (timbre fiscal metropolitano) pues ninguna ley le impone ese carácter ni regula la autorización para ser investida como tal por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas o alguna otra autoridad administrativa de ese Distrito, en la forma prevista por el artículo 27 del Código Orgánico Tributario.
- 3.- El procedimiento para el pago de los tributos establecidos en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, al que se pretende sujetar a la mencionada Superintendencia, no está contenido en algún instrumento de rango legal o reglamentario, como lo ordena el artículo 41 del Código Orgánico Tributario, por lo que carece de fuerza obligatoria.
- 4.- Finalmente dicha Superintendencia no forma parte de los cuadros de la Administración Tributaria Metropolitana, por lo que no es competente para expedir planillas de liquidación a fin de recaudar los tributos del Distrito Metropolitano de Caracas.

De modo pues que, en criterio de esta Dirección General no existe fundamento jurídico alguno, que permita sostener que la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, esté obligada a sujetarse o someterse al procedimiento descrito en el Oficio N° 01064 del 09 de agosto de 2002, emanado de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Por otra parte, se estima necesario aclarar que resulta correcto como lo sostiene el consultante que la Superintendencia de Bancos no realiza "...ninguna actividad que constituya el hecho generador de una obligación tributaria de las expresamente reguladas en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas...", pues, por ejemplo, pudiera expedir copias certificadas destinadas a particulares,

que es el hecho generador contemplado en el artículo 5, numeral 2 de la citada Ordenanza.

En lo que se refiere al artículo 19 de la citada Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, esta Dirección observa que el citado artículo establece lo siguiente:

“Artículo 19. Se gravan con un impuesto del uno por mil (1 x 1000) todo pagaré bancario al suscribirse el respectivo documento. Igualmente, se gravarán con esta tarifa del uno por mil las letras de cambio libradas por **bancos y otras instituciones financieras** domiciliadas en la Jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas o descontadas por ella, salvo que en este último caso, las letras sean emitidas o libradas para la cancelación de vehículos automotores, de viviendas y 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 del Distrito Metropolitano de Caracas el importe de la contribución que corresponda a la evaluación 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 (1 x 1000) 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.

Las contribuciones a que se refiere este artículo, serán enteradas en una oficina receptora de Fondos Distritales mediante planilla que para tal efecto elabora o autorice el Ejecutivo del Distrito Metropolitano de Caracas”. (Negritas nuestras).

Aunado a lo anterior, en fecha 13 de noviembre de 2001, se dicta el Reglamento Parcial de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito

Metropolitano de Caracas sobre la Emisión de Instrumentos Bancarios³, el cual en su artículo 1 dispone que el mismo regula y desarrolla la aplicación e instrumentación del impuesto previsto en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas.

A tal efecto, en sus artículos, 2, 4, 10 y 11 respectivamente dispone lo siguiente:

“Artículo 2.- **Las instituciones bancarias o de crédito** reguladas por la Ley General de Bancos otras Instituciones Financieras o por cualquier otra ley especial quedan obligadas a efectuar la retención del impuesto del uno por mil, a que se refiere el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, al momento en que suscriban, libren, descuenten o acepten letras de cambio o pagarés, según sea el caso; y emitan órdenes de pago a favor de contratistas por la ejecución de obras y servicios al sector público, según lo dispone dicho artículo” .(Negrillas nuestras).

“Artículo 4. En su condición de agentes de retención, las entidades señaladas en el artículo 2 de este Reglamento, deberán remitir mensualmente a la Dirección de Recaudación de Tasas e Impuestos de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, un reporte detallado de las operaciones sujetas a la aplicación del impuesto del uno por mil, consagrado en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas dentro de los primeros cinco días hábiles del mes siguiente a aquel en que las mismas fueron realizadas. Dicho reporte deberá estar acompañado de las planillas bancarias y demás documentos que soporten los enteramientos efectuados por las referidas entidades a favor de la Hacienda Pública del Distrito Metropolitano de Caracas, por concepto de dicho impuesto”.

“Artículo 10. La Dirección de Recaudación de Tasas e Impuestos de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, podrá designar a cualesquiera de aquellas ins-

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.324 del 14 de noviembre de 2001.

tituciones bancarias o de crédito, señaladas en el artículo 2 de este Reglamento, como entes recaudadores del impuesto consagrado en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas”.

“Artículo 11. Las instituciones designadas conforme al artículo anterior para recaudar el impuesto a que se refiere el presente Reglamento, remitirán mensualmente a la Dirección de Recaudación de Tasas e Impuestos de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, un reporte detallado de los enteramientos realizados por los agentes de retención por concepto del impuesto del uno por mil, a que se refiere el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, el cual deberá estar acompañado de las planillas bancarias demostrativas de dichos enteramientos. Tal remisión la efectuarán dentro de los primeros cinco días hábiles del mes siguiente a aquel en que los mismos fueron realizados”.

De lo anterior se desprende que el artículo 19 de la tantas veces mencionada Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, dispone que los agentes de retención, del impuesto allí consagrado, son los institutos de crédito a que se refiere la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o cualesquiera otras reguladas por leyes especiales, es decir, bancos universales, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, bancos de desarrollo, bancos de segundo piso, arrendadoras financieras, fondos del mercado monetario, entidades de ahorro y préstamo, casas de cambio, grupos financieros, operadores cambiarios fronterizos; así como las empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.

En este sentido, es oportuno señalar, que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras es, de conformidad con el artículo 213 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, un instituto autónomo adscrito al Ministerio de Finanzas, sólo a los efectos de la tutela administrativa, goza de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario y procesal que la Ley otorga a la República, y a cuyo cargo estará la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras, casas de cambio, operadores

cambiarlos fronterizos, y empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito. En otras palabras, no puede confundirse a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras con los entes a los cuales ella inspecciona, supervisa, vigila, regula y controla, ya que son entes a los que el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas establece como agentes de retención del impuesto consagrado en la citada norma.

En este orden de ideas, queda claro que el artículo 19 de la Ordenanza arriba citada, así como el Reglamento Parcial de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, Sobre la Emisión de Instrumentos Bancarios, no son aplicables a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras en virtud de que ésta, por sus fines y naturaleza, no efectúa las operaciones gravadas de conformidad con el referido artículo.

Finalmente, en lo que respecta a la doble tributación a la que se pretende someter a los contribuyentes del Distrito Metropolitano de Caracas, por parte de la respectiva Alcaldía, sosteniendo ésta que los pagos de impuestos realizados por los contribuyentes, mediante la Forma 16 utilizada por el Poder Nacional a través del SENIAT, para la evacuación de la actuación que da lugar a la tasa (artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas), no es un medio válido para cancelar las obligaciones tributarias contraídas con el mencionado Distrito, razón por la que deberá pagarse nuevamente a través de las planillas y el procedimiento indicado en el oficio N° 01064 del 09-08-2002, emanado de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, debe observarse lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, el hecho imponible lo constituye la realización de alguna de las operaciones a que se refiere el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, es decir, cuando alguno suscriba un pagaré bancario o letra de cambio librada por bancos u otras instituciones financieras, nace la obligación tributaria para dicha persona de pagar el impuesto allí establecido. Esta persona es el sujeto pasivo de la referida obligación tributaria, ya que es “el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable” (artículo 19 del Código Orgánico Tributario).

Ahora bien, ¿cómo se extingue esta obligación tributaria? Sobre este particular el artículo 39 del Código Orgánico Tributario dispone: “La obligación tributaria se extingue por los siguientes medios comunes: 1. Pago; 2. Compensación; 3. Confusión; 4. Remisión; y 5. Declaratoria de incobrabilidad....” En este sentido, es oportuno señalar que es indudable que tratándose de una obligación de “dar”, el medio idóneo de extinción es el pago pues, toda obligación por su propia naturaleza, tiene como finalidad procurar al acreedor la satisfacción de su prestación, la cual debe ser cumplida por el deudor. En consecuencia, el efecto del pago es la extinción del vínculo jurídico tributario ocasionando la liberación del deudor.

En este orden de ideas, es oportuno señalar que si bien es cierto que los artículos 2 primer aparte y 19 segundo aparte, de la citada Ordenanza de Timbre Fiscal, disponen que el Ejecutivo del Distrito Metropolitano de Caracas está facultado para elaborar y autorizar las planillas para la recaudación de los tributos en ella establecidos, no es menos cierto, que escapan y son ajenas para el contribuyente (sujeto pasivo de la obligación tributaria) las razones que tenga el Ejecutivo del Distrito Metropolitano de Caracas para la elaboración o no de las aludidas planillas. Aunado a lo anterior, debe mencionarse que para la fecha de la comunicación suscrita por el ciudadano Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas (09-08-2002), objeto de la presente consulta, y según se desprende de la misma, “se discutía con la banca el diseño de una planilla única para el pago de tributos metropolitanos”, de donde se deduce que las planillas a las que se refieren los artículos 2, primer aparte y 19 segundo aparte, arriba indicados, no existían o no existen, por lo que a falta de las mencionadas planillas la FORMA 16 emitida por el SENIAT podría ser admitida como válida, siempre que el pago efectuado mediante la referida forma ingrese a las arcas del tesoro de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

En consecuencia, considera esta Dirección General que el pago de los tributos establecidos en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas efectuado mediante la FORMA 16 del SENIAT, podría ser considerado como válido y extinguir de esa manera la obligación tributaria, siempre que el pago se acredite a favor de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, en caso contrario, constituiría un pago de lo indebido a favor del SENIAT sujeto a reintegro. Sostener que

debe producirse un nuevo pago por la sola utilización de la Forma 16, antes mencionada, es decir, en aquellos casos que se ha acreditado el pago a favor del Distrito Metropolitano de Caracas, equivaldría al establecimiento de una doble tributación, la cual se produce cuando un mismo ente público o diversos entes dentro de un mismo Estado, pretenden gravar a un mismo sujeto pasivo con motivo de un mismo hecho generador, contrariando de esta manera el principio de la capacidad contributiva consagrado en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, entendiéndose éste como la aptitud para soportar las cargas tributarias en la medida económica y real de cada contribuyente, individualmente considerado en un período fiscal y que actúa como límite material al poder de imposición del Estado, garantizando la justicia y razonabilidad del tributo.

Memorándum N° 04-02-32 del 30 de enero de 2003.

DERECHO TRIBUTARIO: Los entes públicos designados como agentes de retención, de conformidad con lo previsto en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, tienen la obligación de efectuar la retención de dicho Impuesto en el momento de efectuar el pago a cualquier empresa proveedora de bienes muebles o prestadora de un servicio, siempre y cuando el contribuyente no se encuentre dentro de las exclusiones previstas en la Ley.

El artículo 11 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado dispone la posibilidad que tiene la Administración Tributaria para designar a los entes públicos como agentes de retención de dicho impuesto, quienes están en la obligación de retenerlo al momento de efectuar el pago a sus proveedores de bienes y servicios.

Memorándum N° 04-02-83 del 10 de abril de 2003.

Se solicitó el pronunciamiento en relación a la procedencia de efectuar la retención del Impuesto al Valor Agregado a la empresa (...) de conformidad con la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1454 de fecha 29 de noviembre de 2002¹, emitida por el Servicio Nacional

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.585 del 5 de diciembre de 2002.

Integrado de la Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Se aduce la negativa por parte de la empresa (...) a que se le practique la retención del impuesto in commento en razón del “conocimiento de la existencia de un Amparo Constitucional interpuesto ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, mediante el cual fue admitido el recurso de nulidad intentado contra la providencia administrativa N° SNAT/1419, donde se nombran a los contribuyentes especiales agentes de retención.

En tal sentido es necesario acudir a la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado², la cual en su artículo 11, establece la posibilidad que tiene la Administración Tributaria para que a través de su máximo representante, como lo es el Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributario, pueda designar a quien él considere, agentes de retención de este impuesto, al señalar:

Artículo 11. “La Administración Tributaria podrá designar como responsables del pago del impuesto, **en calidad de agentes de retención**, a los compradores o adquirentes de determinados bienes muebles y los receptores de ciertos servicios.

Asimismo, la Administración Tributaria podrá designar como responsables del pago del impuesto que deba devengarse en las ventas posteriores, en calidad de agentes de percepción, a quienes por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas intervengan en operaciones gravadas. A tal fin, la Administración Tributaria podrá designar como agentes de percepción a sus oficinas aduaneras”. (Destacado Nuestro).

En cumplimiento a esta normativa legal, el Superintendente Nacional Tributario dictó las Providencias Administrativas Nros. SNAT/2002/1418 y la 1454 del 15 y 29 de noviembre de 2002³, mediante las cuales se designaron a **los Entes Públicos Nacionales**, agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado y las Nros. SNAT/2002/1419 y 1455 con idénticas fechas y publicadas en las mismas Gacetas que

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.601 Extraordinario del 30 de agosto de 2002.

3 Gacetas Oficiales de la República Bolivariana de Venezuela Nros. 37.573 del 19 de noviembre de 2002 y 37.585 del 5 de diciembre de 2002.

las anteriores, con la única variante en cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la segunda, es decir la 1455, a partir del 01-01-03; en las que se designaron agentes de retención del impuesto al valor Agregado **a los Contribuyentes Especiales**. (Destacado Nuestro).

Analizado el asunto sometido a consulta, se entiende que la misma gira en torno a determinar si la empresa (...) es o no, susceptible de la retención del Impuesto al valor agregado, duda que surge como consecuencia de la admisión por parte de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, del recurso de nulidad y el haber acordado la medida de amparo cautelar ejercido por la empresa (...), en contra de la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1419 del 15 de noviembre de 2002, antes referida.

Sobre el particular se observa que se han producido las siguientes situaciones:

- 1.- Sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2003, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró con lugar la pretensión de Amparo Constitucional y en consecuencia suspendieron los efectos de la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1454, emanada del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, mediante la cual se designó como agente de retención del Impuesto al Valor Agregado a los contribuyentes especiales.
- 2.- Escritos presentados ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por diferentes contribuyentes, entre los que se encuentra la Corporación (...), solicitando la adhesión al fallo de fecha 15 de enero de 2003.
- 3.- En fecha 23 de enero de 2003, los apoderados de la empresa solicitaron a la mencionada Corte, aclaratoria de la referida decisión a los fines de precisar su alcance.
- 4.- Sentencia de fecha 26 de febrero de 2003, mediante la cual entre otros particulares, aclara que el fallo emitido con el N° 2003-4 de fecha 15 de enero de 2003, *“suspende en su totalidad los efectos de la providencia recurrida, en el entendido que, mientras se resuelve en la definitiva el recurso principal del cual pende la medida acordada, los contribuyentes espe-*

ciales con los que se vincula (...) parte recurrente, al adquirir de ella bienes y servicios, que han acudido a esta Corte y todos aquellos a quien se admitirá su intervención en el juicio (...) se encuentran protegidos con la medida cautelar dictada en este juicio y en tal virtud deberán cumplir con la obligación de pagar el Impuesto al Valor Agregado en los términos en que se encuentre establecido en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado”

De la aclaratoria que antecede, se infiere sin lugar a dudas, que efectivamente todos aquellos contribuyentes que pidieron o que pidan a la Corte la adhesión a la decisión del 15 de enero de 2003, siempre y cuando logren demostrar que se encuentran en la misma situación que el accionante, están amparados por la misma, hasta tanto se decida la acción principal y en este sentido, no están obligados a ser agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado por los pagos que reciban de otros contribuyentes especiales.

Ahora bien, con respecto a la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1454 de fecha 29 de noviembre de 2002, que designó a los Entes Públicos Nacionales agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado, pues a pesar que el contenido es similar a la Providencia que fue objeto de impugnación, en este caso, los sujetos activos que tienen a su cargo la obligación de efectuar la retención del impuesto son distintos, tal como se desprende de artículo 1 de esta Providencia, al señalar:

“Artículo 1. Se designan agentes de retención del impuesto al valor agregado a los **entes públicos nacionales**, por las adquisiciones de bienes muebles y las recepciones de servicios gravados que realicen los proveedores que sean contribuyentes ordinarios de este impuesto”. (Destacado nuestro).

La Providencia Administrativa y por ende, la norma transcrita, al designar a los Entes Públicos Nacionales como agentes de retención, les creó la obligación de practicar la retención del Impuesto al Valor Agregado a todas las empresas que realicen actividades comerciales con estos, a excepción de aquellos casos a que se contrae el artículo 3 de la precitada Providencia al establecer:

“Artículo 3. No se aplicará la retención a que se contrae esta Providencia en los siguientes casos:

1. Cuando las operaciones no se encuentren sujetas al pago del impuesto al valor agregado, o cuando estén exentas o exoneradas del mismo.
2. Cuando con ocasión de la importación de los bienes, los proveedores hayan sido objeto de algún régimen de percepción anticipada del impuesto al valor agregado. En estos casos, el proveedor deberá acreditar ante el agente de retención la percepción practicada, mediante la presentación de la liquidación correspondiente.
3. Cuando se trata de compras de bienes muebles que vayan a ser pagadas con cargo a la caja chica del agente de retención, siempre que el monto de la operación no exceda de 10 unidades tributarias (10 U.T.)”.

De la interpretación de las normas transcritas se infiere la obligación que tienen los entes públicos de efectuar la retención del impuesto in commento, en el momento de efectuar el pago, de conformidad con la modalidad prevista en el artículo 10 ejusdem, a cualquier empresa por la venta de bienes muebles o la prestación de un servicio, siempre y cuando el contribuyente no se encuentre dentro de las exclusiones previstas en el transcrito artículo 3.

Sobre el particular, es importante destacar que la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1454 de fecha 29 de noviembre de 2002, no ha sido objeto de impugnación alguna, por lo tanto mantiene su plena vigencia, en consecuencia, mal puede pretender la empresa (...), hacer extensiva una decisión que, aunque le es favorable, recayó sobre un acto administrativo distinto a la Providencia por la cual los Entes Públicos Nacionales están en la obligación de practicar la retención del Impuesto al Valor Agregado.

Sentado lo anterior, se considera que se debe efectuar la retención del Impuesto al Valor Agregado a la empresa (...) de lo contrario incurriría el Organismo Contralor en incumplimiento de la obligación impuesta a través de la tantas veces mencionada Providencia, haciéndose acreedora de las sanciones previstas en el Código Orgánico Tributario.

Conclusiones:

- 1.- Los contribuyentes especiales con los que se vincula la empresa (...), y todos aquellos a quienes la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, les admitió su adhesión al fallo de fecha 15 de enero de 2003, no pueden ser sujetos de retención del Impuesto al Valor Agregado, por parte de los agentes de retención llamados Contribuyentes Especiales.
- 2.- Todo contribuyente que mantiene relaciones comerciales con los Entes Públicos Nacionales es sujeto de retención del Impuesto al Valor Agregado, de conformidad con lo establecido en la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1454 de fecha 29 de noviembre de 2002, mientras la misma no sea derogada por la Administración Tributaria, o el órgano jurisdiccional competente decida suspender sus efectos o declare su nulidad.

Memorándum N° 04-02-83 del 10 de abril de 2003.

DERECHO TRIBUTARIO: El procedimiento administrativo a seguir por la Contraloría General de la República, para la determinación de obligaciones tributarias y para la formulación de reparos tributarios en materia aduanera es el previsto en el Código Orgánico Tributario hasta tanto sea dictado el Código Orgánico Aduanero a que alude la Disposición Transitoria establecida en el artículo 335 de dicho Código.

La Contraloría General de la República, en el supuesto de encontrarse elementos para formular un reparo tributario en materia aduanera a contribuyentes o responsables, según el caso, deberá aplicar el procedimiento pautado en la Sección Sexta, Capítulo III, Título IV del Código Orgánico Tributario.

Memorándum N° 04-02-150 del 30 de julio de 2003.

Una de las manifestaciones del amplio poder de control que tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, otorgan a este máximo órgano de control, en resguardo de los intereses patrimoniales del Estado, es la potestad de “imponer” o “formular” reparos.

Sobre el particular, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 289 establece:

“Artículo 289. Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

(Omissis)

3. 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”. (Destacado Nuestro).

(Omissis)”

En relación con la formulación de reparos establecidos en los artículos 84 y 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, ubicados en el Capítulo II del Título III, concerniente a las “Responsabilidades”, disponen:

“Artículo 84, La responsabilidad civil se hará efectiva de conformidad con las leyes que regulen la materia y **mediante el procedimiento de reparo regulado en esta Ley y su Reglamento, salvo que se trate de materias reguladas por el Código Orgánico Tributario, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones en él contenidas**”. (Destacado nuestro).

“Artículo 85. Los órganos de control fiscal procederán a formular reparos, cuando en el curso de las auditorías, fiscalizaciones, inspecciones, exámenes de cuentas o investigaciones que realicen en ejercicio de sus funciones de control, detecten indicios de que se haya causado daño al patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, como consecuencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno, así

como por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos.

Cuando se detecten indicios de que se ha causado daño al patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley **pero no sea procedente la formulación de un reparo**, los órganos de control fiscal remitirán al Ministerio Público los indicios de **responsabilidad** civil.

Las diligencias efectuadas por los órganos de control fiscal, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial”. (Destacado nuestro).

Se puede apreciar, que desde la óptica de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la figura del reparo se nos presenta inserta en el marco de la “responsabilidad civil”, lo que viene a constituir una modalidad de persecución de responsabilidades civiles en vía administrativa de los funcionarios públicos y, excepcionalmente, de particulares, en los casos previstos en la Ley, que requiere la detección de indicios de un daño patrimonial a algún ente u organismo público o perteneciente al sector público y, por consiguiente, lleva implícita una pretensión de contenido patrimonial resarcitoria o indemnizatoria. Además, la potestad para formular reparos no sólo deriva del examen de la cuenta, sino también del ejercicio de las amplias facultades de investigación, auditoría, inspección y fiscalización, con motivo de una acción u omisión contraria a una norma legal o sublegal, o a los elementos integradores del sistema de control interno.

En lo que atañe al procedimiento administrativo constitutivo del “reparo”, es decir, del acto administrativo que contiene la manifestación de disconformidad u objeción del Órgano Contralor expresamente autorizada por la Ley que lo rige, en los términos anteriormente expuesto, si bien la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, diseñó en el Capítulo IV del Título III un procedimiento especial de determinación de responsabilidades, único y común para los reparos, la declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de multas, no es menos cierto que dicho

instrumento legal dio un tratamiento distinto al reparo de naturaleza “tributaria”, cuando en su artículo 84 deja a salvo las materias reguladas por el Código Orgánico Tributario¹, en cuyo caso debe aplicarse el procedimiento en él previsto.

Es importante señalar, que el Código Orgánico Tributario es aplicable a los tributos nacionales y regula las relaciones jurídicas derivadas de los referidos tributos, que no son otras que las que surgen entre el ente público acreedor del tributo y el sujeto pasivo obligado a la prestación tributaria, sea en calidad de contribuyente o de responsable. Téngase presente que este mismo texto legal se encarga de definir a la obligación tributaria como aquélla que surge entre el Estado, en las distintas expresiones del Poder Público, y los sujetos pasivos, en cuanto ocurra el presupuesto de hecho previsto en la ley.

Sin embargo, no se puede pasar por alto en lo específicamente concerniente a los tributos aduaneros, el artículo 1 del Código Orgánico Tributario que establece algunas limitaciones, pues dispone que sus normas se aplicarán a esos tributos en forma directa, en lo referente a los medios de extinción de las obligaciones tributarias, a los recursos administrativos y judiciales, la determinación de los intereses y en relación a las normas para la administración de esos tributos, en tanto que para los demás efectos (distintos a los mencionados), sólo se aplicará en forma supletoria, es decir, a falta de normativa expresa en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento.

En este orden de ideas, todo lo relacionado con el procedimiento administrativo a seguir para la determinación de obligaciones tributarias y para la formulación de reparos de naturaleza tributaria, del Código Orgánico Tributario se encuentra regulado en el Capítulo III “De los Procedimientos”, siendo de destacar su Sección Sexta titulada “Del procedimiento de fiscalización de determinación”, ubicado en el Título IV, denominado “De la Administración Tributaria”, que en su artículo 1 ejusdem ordena que a los tributos aduaneros se aplique en forma directa las normas en él contenidas, referentes a la administración de los tributos, resulta forzoso concluir que el procedimiento aplicable para la formulación de reparos tributarios

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

en el área aduanera es el allí previsto. Ello, al margen de que la Contraloría General de la República sea un órgano de control fiscal y no de la administración tributaria.

Por otra parte, la anterior conclusión no queda desvirtuada por la Disposición Transitoria establecida en el artículo 335 del Código Orgánico Tributario, que reza así:

“Artículo 335. Hasta tanto se dicte el Código Orgánico Aduanero se aplicará respecto de los tributos aduaneros lo previsto en el artículo 1 de este Código”.

En efecto, mientras no sea dictado el Código Orgánico Aduanero a que alude la norma supra transcrita, se mantiene en plena vigencia el artículo 1 del Código Orgánico Tributario, en lo concerniente a los tributos aduaneros.

Memorándum N° 04-02-150 del 30 de julio de 2003.

DERECHO TRIBUTARIO: Preeminencia de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas sobre la Ley de Timbre Fiscal.

La norma contenida en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, prevalece en todo el territorio de dicho Distrito con respecto a la norma contenida en el segundo aparte del artículo 28 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, razón por la cual la Administración Tributaria del referido Distrito es la competente para exigir el cumplimiento del impuesto del uno por mil (1 x 1000), allí previsto.

Memorándum N° 04-02-048 del 12 abril de 2004.

Solicitud de opinión respecto a la preeminencia de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas sobre las disposiciones del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal. El ente consultante considera que entre el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y el segundo aparte del artículo 28 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Timbre Fiscal, *“pareciera evidenciarse un conflicto de normas según el cual un mismo tributo es exigido por dos entes territoriales distintos, a saber: la República y el Distrito Metropolitano de Caracas, lo cual se*

traduce, en principio, en un doble pago del tributo a partir de las órdenes de pago emitidas por un monto igual o superior a 150 U.T.”.

Sobre el particular citan criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 978 de fecha 30 de abril de 2003, en la cual se expresó lo siguiente:

“...Que en el territorio que comprende el Distrito Metropolitano de Caracas, la norma tributaria contenida en el artículo 19 de la ORDENANZA DE TIMBRE FISCAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.493, Extraordinario del 19 de octubre de 2000, PREVALECE y desplaza la norma tributaria contenida en el artículo 28 del DECRETO CON FUERZA DE LEY DE TIMBRE FISCAL, publicado en Gaceta Oficial N° 5.146 Extraordinario del 22 de diciembre de 1999, en virtud de lo cual la Administración Tributaria del Distrito Metropolitano de Caracas y no el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), es la competente para exigir el cumplimiento del impuesto establecido en el artículo 19 de la referida Ordenanza”.

Adicionalmente, indican que las razones de derecho que motivaron al Tribunal Supremo de Justicia a pronunciarse en el sentido indicado, serían los artículos 164, 167 y la Disposición Transitoria Decimotercera de la Constitución de la República, y el artículo 24, numeral 1 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, y concluyen expresando su parecer en los términos siguientes:

“De manera que, teniendo el Distrito Metropolitano el mismo poder tributario que corresponde a los Estados según la Constitución, nada impide que dicho Distrito, mediante la respectiva ordenanza, fije los elementos del tributo que nos ocupa (hecho imponible, base imponible, alícuota, etc.), aún cuando estos sean distintos a los contemplados en la ley nacional”.

Una vez analizado el asunto sometido a consulta esta Dirección General observa que la interrogante se plantea en términos de precisar cuál normativa legal debe prevalecer entre la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y la Ley de Timbre Fiscal Nacional, particularmente, ante la colisión entre normas contenidas en dichos textos legales, que gravan de similar manera con un impuesto del uno por mil (1 x 1000), entre otros instrumentos, la emisión de ór-

denes de pago a favor de contratistas por ejecución de obras y servicios prestados al sector público.

Antes de asumir cualquier posición sobre la materia consultada resulta de obligatoria referencia el examen de las competencias que en esta materia de timbre fiscal realizó el constituyente de 1999.

En ese sentido, se aprecia que dentro de las competencias asignadas al Poder Nacional por el artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, y salvo lo establecido en la Disposición Transitoria decimotercera, no figura expresamente la relativa a las contribuciones de timbre fiscal, contrario a lo que ocurría bajo el imperio de la Constitución de 1961, cuyo artículo 136, ordinal 8° contemplaba como competencia exclusiva del Poder Nacional la de organizar, recaudar, controlar y administrar el ramo de timbre fiscal,² Ramo que fue regulado por la Ley de Timbre Fiscal³, reformada mediante Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal⁴.

Cabe agregar, que en el artículo 156, numeral 12 de la Constitución vigente, se mantuvo la limitación de competencia tributaria del Poder Nacional, en términos similares a los contemplados en la disposición citada de la Constitución de 1961, en el sentido de que es competencia del Poder Público Nacional los demás **impuestos, tasas y rentas “no atribuidos a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la Ley”**. (Negrillas nuestras).

En la mencionada Ley de Timbre Fiscal, el impuesto que nos ocupa es regulado de la manera siguiente:

“Artículo 28. 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

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

2 Competencia que en cuanto al papel sellado fue transferida a algunos Estados en ejecución de lo dispuesto por la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, quienes a los fines de asumirla dictaron las respectivas leyes estatales.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.727. Extraordinario del 27 de mayo de 1994.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.416 Extraordinario de 22 del diciembre de 1999.

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 de 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 (1x 1000) y a partir de un monto de Ciento Cincuenta Unidades Tributarias (150 UT), 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 que se refiere este artículo, deberán cancelarse en una oficina receptoras de fondos nacionales, mediante planilla que para tal efecto elabore o autorice la Administración Tributaria”. (Negrillas nuestras).

Por su parte, **la Constitución de 1999**, con una evidente intención de descentralizar del Poder Nacional al Poder Estatal la competencia en esta materia, le **atribuyó, expresamente, a los Estados (artículo 164, numerales 4 y 7), como competencia exclusiva la organización,**

⁵ Era suficiente hacer referencia a timbres fiscales, teniendo en cuenta que la renta de timbre fiscal comprende los ramos de estampillas-timbres móviles y de papel sellado-timbres fijos.

recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales; así como la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas⁵.

Sin embargo, esta atribución expresa de la competencia en materia de timbre fiscal a los Estados, no constituye una transferencia automática de la competencia del Poder Nacional al Estatal, toda vez, que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Decimotercera de la Constitución, hasta tanto los Estados asuman, mediante ley estatal, las competencias referidas, se mantiene el régimen vigente, es decir, el previsto en el Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal⁶.

En el presente caso, cobra particular importancia la competencia atribuida al Distrito Metropolitano de Caracas en materia tributaria, pues la colisión de normas planteadas se produce entre el artículo 28 del Decreto-Ley citado y el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas. En ese orden de ideas, tenemos que la atribución de competencias en esta materia al Distrito Metropolitano de Caracas, deviene de la voluntad del Constituyente de 1999, toda vez que por mandato del artículo 18 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Asamblea Nacional Constituyente debía establecer, mediante una ley especial, la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, que integrara, en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda; ley que además, debía establecer su organización, gobierno, adminis-

⁶ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nos. 572 del 18-3-2003 y 978 del 30-4-2003, concluyó que “ el Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal perderá progresivamente su vigencia en aquellas materias en las que los Estados y el Distrito Metropolitano creen mediante sus respectivas normas de timbre fiscal, aplicables dentro de sus límites territoriales, tasas por concepto de servicios públicos que eran competencia del Poder Nacional, pero que en la actualidad, por mandato constitucional, le han sido -o le sean en el futuro por ley especial- transferidos a los mencionados entes político-territoriales, asimismo perderá su vigencia dicho régimen nacional en materia de impuesto por timbre fiscal sobre letras de cambio y pagarés a la orden a favor de bancos y otras instituciones financieras, en la medida que dicha competencia sea asumida por los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas mediante sus leyes de timbre fiscal. En este último supuesto, lo recaudado con motivo de dicho impuesto, corresponderá al Estado en el que se encuentre el domicilio fiscal de la entidad bancaria o financiera beneficiaria de la letra de cambio o del pagaré a la orden.”

tración, competencias y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad⁷.

De allí que, con el propósito de dar cumplimiento a este mandato constitucional la Asamblea Nacional Constituyente dictó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas⁸ y adoptó la figura

7 En efecto, los dispositivos constitucionales citados disponen lo siguiente:

“**Artículo 18.** La ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional.

Lo dispuesto en este artículo no impide el ejercicio del Poder Nacional en otros lugares de la República.

Una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno.”

“**Disposición Transitoria Primera:** La ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18 de esta Constitución, será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, y preservará la integridad territorial del Estado Miranda. Mientras se aprueba la ley especial, se mantiene en vigencia el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.906 del 8 de marzo de 2000. Respecto a la naturaleza de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1563 de fecha 13-12-2000 dejó sentado lo siguiente: “Tratándose la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, de una Ley emanada del Poder Constituyente, lo que le da una connotación especial, y como ella sirve de marco normativo a las leyes que hayan de dictarse que tengan relación con el Distrito Metropolitano de Caracas, además de que en alguna forma organiza el Poder Público Municipal del Distrito Capital, ella puede contener regulaciones no previstas en el artículo 18 de la vigente Constitución, siempre que lo desarrolle y lo complementa. Al fin y al cabo, el espíritu de la ley, viniendo del Constituyente, es el mismo que gobierna a la Constitución, y por ello la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, tiene que ostentar al menos, el carácter de Ley Orgánica, así no se le haya dado tal denominación, porque una ley emanada de la Asamblea Nacional Constituyente, que organiza la unidad político-territorial prevenida en el artículo 18 aludido; que igualmente regula el gobierno, la administración, las competencias y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la Capital de la República, es necesariamente una ley marco, donde el constituyente está –con su poder– imponiendo las directrices generales a ser respetadas en el área prevenida en el artículo 18 eiusdem, y mal pueden otras leyes colidir o contradecir el marco señalado por el constituyente, siendo una de las características de las leyes orgánicas, actuar como leyes marco, como lo reconoce el artículo 203 Constitucional. De allí, que esta sala reconozca a dicha ley la naturaleza de una ley orgánica, entre otras razones, además de lo ya señalado, porque los Distritos Metropolitanos, conforme al artículo 171 de la Constitución de 1999, serán el resultado de leyes orgánicas, y porque el artículo 16 eiusdem, al contemplar las divisiones político-territoriales del país, las remite a leyes orgánicas, que además, garanticen la autonomía municipal.”

del Distrito Metropolitano, como una integración a nivel municipal entre el Distrito Capital y los Municipios del Estado Miranda que integran la ciudad de Caracas, quedando éste conformado como unidad político-territorial por el Municipio Libertador del Distrito Capital y por los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda.

Este Distrito Metropolitano goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la Ley y funciona con un sistema de gobierno municipal a dos niveles; el metropolitano, que ejerce sobre la totalidad de la unidad político-territorial funciones ejecutivas (Alcalde Metropolitano), y legislativas (Cabildo Metropolitano) y un segundo nivel, formado por los órganos ejecutivos (Alcaldes) y Legislativos (Concejos Municipales) de cada municipio.

Entre las competencias asignadas a esta unidad político-territorial en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, el constituyente incluyó, específicamente en materia impositiva, las siguientes:

“Artículo 24. El Distrito Metropolitano de Caracas podrá crear, recaudar e invertir ingresos de naturaleza tributaria conforme a la Ley, y en particular:

- 1.-Los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República, así como los que les sean asignados de acuerdo con la Ley prevista en el numeral 5 del artículo 167 de la Constitución de la República.
- 2.-Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la Ley”.

Conforme con lo expuesto en la normativa precedentemente transcrita⁹ el Distrito Metropolitano de Caracas (a través del Cabildo

9 En sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1563 citada supra, la Sala sostuvo que “El encabezamiento del artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, otorga al Distrito Metropolitano las competencias municipales atribuidas a los Municipios por el artículo 178 Constitucional. Tal declaratoria general es un contrasentido con la organización municipal a dos niveles a que se refiere el artículo 18 eiusdem, ya que no pueden coincidir totalmente las competencias del Distrito Metropolitano, con las atribuidas a los municipios que lo conforman, ya que de ser así no se trataría de una organización a dos niveles, sino de una única con iguales competencias. Por ello de seguidas, dentro del mismo artículo 19, se reducen las amplísimas competencias atribuidas en el encabezamiento del artículo al Distrito Metropolitano de Caracas, y se especifican las competencias, (...), que a juicio de esta Sala coincide en gran parte con las competencias de los municipios señaladas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, realmente limita las competencias del Distrito Metropolitano en relación con los Municipios que lo integran, reduciendo en cuanto a sus competencias el ámbito de aplicación del artículo 178 de la Constitución vigente.”

Metropolitano), tiene la potestad de crear y recaudar los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República, así como los que le sean asignados de acuerdo con el numeral 5 del artículo 167 de la Constitución. Aunado a esto le corresponde, a través de su órgano legislativo, dictar la normativa para armonizar las tasas y definir principios, parámetros y limitaciones para el ejercicio de la potestad fiscal de los municipios que integran el Distrito Metropolitano (artículo 19, numeral 10 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas).

En ese orden de razonamiento conforme con lo dispuesto en los artículos 164 numerales 4 y 7 y 167, numerales 2, 3 y 5 de la Constitución, las competencias e ingresos de los Estados en esta materia son las siguientes:

“Artículo 164. Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(omissis)

4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales.

(omissis)

7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas”.

Disposición Transitoria Decimotercera

“Hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 de esta Constitución, se mantendrá el régimen vigente”.

“Artículo 167. Son ingresos de los Estados:

(omissis)

2. Las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que les sean atribuidas.

3. El producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.

(omissis)

5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales...”.

Como consecuencia de lo expuesto hasta el momento, no cabe duda que conforme con los dispositivos constitucionales citados **el Distrito Metropolitano de Caracas, tiene las mismas competencias tributarias que un Estado de la Federación,¹⁰ a quienes, precisamente, les corresponde conforme al numeral 7 del artículo 164 Constitucional, la creación, organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado y timbre fiscal.**

En el presente caso, el Cabildo del Distrito Metropolitano de Caracas, en ejercicio de las atribuciones contenidas en el numeral 2 del artículo 12 y el numeral 1 del artículo 24 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 167 de la Constitución de la República, sancionó la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas¹¹, en la cual regula la creación, organización,

10 En este sentido Allan R. Brewer Carías (Consideraciones sobre el Régimen Constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas, en Revista de Derecho Público N° 82 abril-junio 2000) considera que “Atribuir al Distrito Metropolitano la posibilidad de crear, recaudar o invertir los ingresos tributarios que corresponde a los Estados conforme al artículo 167 de la Constitución, constituye una violación de la competencia tributaria del Estado Miranda, pues ésta es la entidad política encargada de crear, recaudar e invertir esos tributos en lo que respecta a los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda. En consecuencia, el artículo 24 ordinal 1° de la Ley especial, consideramos que viola el artículo 167 de la Constitución, la autonomía del Estado Miranda garantizada en el artículo 159 del texto fundamental y el principio de que la creación del Distrito Metropolitano debe respetar la integridad territorial del Estado Miranda, previsto en la Disposición transitoria Primera constitucional.” En ese mismo orden de pensamiento Juan Cristóbal Carmona Barajas (Principales aspectos a ser tomados en consideración al momento de la asunción e instrumentación por parte de los Estados de la competencia a ellos reconocida en materia de timbre fiscal. Revista de Derecho Tributario N° 89, octubre a diciembre 2000) señaló que “... atribuirle al DMC idénticas potestades tributarias que a los estados, quebrantó una máxima de armonización tributaria como lo es la no concurrencia respecto de entes de distinto nivel de las mismas potestades tributarias, salvo que medien mecanismos de coordinación y armonización efectivos (Art. 183.1).”

11 Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0015 Extraordinario del 12 de noviembre de 2003. Esta Ordenanza deroga la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.493 del 19 de octubre de 2000, cuyo artículo 19 se refiere a los impuestos que se desglosan en los artículos 8 y 9 de la Ordenanza vigente.

recaudación, control y administración de los ramos del tributo de timbre fiscal y cuyo artículo 9 dispone lo siguiente:

“Artículo 9. Se grava con un impuesto del 1x1000 la emisión de órdenes de pago, cheques, transferencias o cualesquiera otros medios de pago por parte de entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas, cuyo monto total sea igual o superior a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.), que sean realizados en calidad de anticipos, pagos parciales o pagos totales a favor de contratistas, derivados de contratos de ejecución de obras, de prestación de servicios o de adquisición de bienes o suministros.

(...)”

De modo pues, que con la entrada en vigencia de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas se produjo una colisión¹² de normas tributarias en materia de timbre fiscal, entre el artículo 9 de dicha Ordenanza y el segundo aparte del artículo 28 del Decreto N° 363 con Fuerza y Rango de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal, en virtud de que ambas regulan en términos muy similares el llamado impuesto del uno por mil. Así, ambas, comprenden como supuesto de hecho la emisión de órdenes de pago a favor de contratistas, por parte de órganos o entes del sector público derivadas de contratos de obras o de servicios, cuya alícuota impositiva es del uno por mil (1 x 1000), aplicable en el primer caso a las órdenes de pago, cuyo monto sea igual o superior a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y en el segundo caso, a partir de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), obligación de pago del tributo que está a cargo del contratista como sujeto pasivo.

Ahora bien, no obstante las coincidencias anteriores, las normas difieren en cuanto al monto a partir del cual se aplicará el impuesto y

12 El autor Joaquín Sánchez Covisa. “La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano”, señala que: “existe colisión en todos aquellos casos en que se duda cuál de dos leyes de contenido contradictorio es aplicable a una misma situación de hecho, sin que ello implique negar la vigencia total de una de las dos, ya que, en un sentido estricto, sólo existe colisión entre dos preceptos legales cuando la vigencia de uno de ellos supone la falta absoluta de vigencia del otro”.

al sujeto a favor del cual debe satisfacerse la obligación, si es a la Administración Tributaria Nacional o a la Metropolitana, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto- Ley el impuesto se debe cancelar en una Oficina Receptora de Fondos Nacionales, mediante la planilla elaborada o autorizada por la Administración Tributaria Nacional, mientras, que conforme al artículo 18, numeral 3 de la Ordenanza el impuesto debe ser cancelado por el contratista, mediante pago en las cuentas receptoras de fondos metropolitanos.

Se trata, entonces, de dos normas dictadas por órganos con competencia para ello, dentro del marco constitucional y legal, vigente para el momento en que fueron dictadas, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho¹³ de forma contradictoria entre sí y al cual vinculan consecuencias jurídicas diversas, de modo que su aplicación simultánea da lugar a soluciones sobre las cuales no existen normas de Armonización y que requieren por tanto, una decisión respecto a cuál de las normas colidentes debe ser la aplicable en el territorio del Distrito Metropolitano de Caracas y cuál debe quedar sin efecto en cuanto al supuesto de hecho que genera la colisión.

Sobre este particular, ya existe pronunciamiento expreso del órgano constitucional (artículo 336 numeral 8) llamado a resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál prevalece¹⁴.

13 El supuesto de hecho previsto en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, grava con este impuesto otros instrumentos de pago tales como cheques, transferencias y cualquier otro medio de pago por parte de entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas, que sean realizados en calidad de anticipos, pagos parciales o pagos totales a favor de contratistas, derivados de contratos de ejecución de obras, de prestación de servicios o de adquisición de bienes o suministros.

14 En sentencia N° 978 de fecha 30 de abril de 2003, la Sala Constitucional precisó: “en cuanto a la colisión denunciada entre las normas tributarias contenidas en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal, en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, publicada en Gaceta Oficial N° 5.493, Extraordinario, del 19 de octubre de 2000; y en el artículo 30 de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Miranda, Gaceta Oficial del Estado Miranda, Número Extraordinario, del 26 de octubre de 2000, la Sala juzga que efectivamente existe antinomia entre las referidas normas, (...) Para resolver la antinomia normativa encontrada, la Sala advierte que fundará surazonamiento no en el criterio jerárquico, sino en el criterio de competencia, el cual atiende al principio de distribución de materias que se realiza en un ordenamiento jurídico, caracterizado por una distribución horizontal del sistema mediante el cual se asigna a

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha emitido varios pronunciamientos cuya importancia los hace de obligatoria referencia en virtud de que su contenido incide directamente en el asunto que motiva la consulta.

El primero de los fallos al que haremos referencia es la sentencia interpretativa de la Sala Constitucional N° 1563 de fecha 13-12-2000, mediante la cual se decidió el recurso de interpretación de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, ejercido por el ciudadano Alfredo Peña. En este fallo el Tribunal precisó la naturaleza del Distrito Metropolitano y de la Ley que lo rige, así como las competencias cuyo ejercicio le compete en atención a las previsiones constitucionales y legales.

En ese sentido el Tribunal Constitucional precisó:

“En materia impositiva, el artículo 24 de la Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, otorgó al Distrito, y por lo tanto, a un órgano legislativo, el

determinadas normas la regulación de una serie de materias, determinándose ámbitos exclusivos para los cuales esas normas son competentes y que es el idóneo para resolver las colisiones existentes entre las normas dictadas por los órganos legislativos de los distintos niveles político-territoriales previstos en la Constitución de la República. Al hilo de tal razonamiento, la Sala quiere igualmente dejar sentado que al ser incorrecto por razones de técnica jurídica declarar en casos de colisión de normas legales que una norma ha sido derogada expresamente por otra, salvo que exista en alguno de los instrumentos que las contienen una cláusula derogatoria expresa (caso en el cual no habría colisión alguna), que procederá a resolver la colisión advertida en el presente caso apelando al efecto del desplazamiento según el cual una norma desplaza o prevalece en su aplicación a las otras, haciéndola ineficaz, pues como ha sido señalado *‘la técnica de la prevalencia o del desplazamiento del Derecho estatal en este punto es una técnica flexibilizadora, que resuelve con simplicidad el problema de las oscilaciones de los límites divisorios de las dos competencias, oscilaciones que son, en cierto modo, la respiración del sistema, que hay que facilitar y no entorpecer con la rigidez de un criterio abrogatorio’* (Eduardo García de Enterría, *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 319-320). Precisado lo anterior, en atención a las normas contenidas en los artículos 164, numeral 7, 167, numeral 3, y la disposición transitoria decimotercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido por la Asamblea Nacional Constituyente en el artículo 24, numeral 1, de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, congruente con la motiva contenida en la presente decisión. **Esta Sala declara que en el territorio que comprende el Distrito Metropolitano de Caracas, la norma tributaria contenida en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, prevalece y desplaza a la norma tributaria contenida en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal.”**

poder crear sus ingresos de naturaleza tributaria, y en ese sentido el numeral 1, permite crear los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República, así como los que sean asignados de acuerdo a lo previsto en el numeral 5 del artículo 167 de la Constitución.(...).

El numeral 3 del artículo 167 aludido, señala a los Estados el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.

Entre las formas de pago de los tributos se encuentran las especies fiscales, entre los cuales se cuentan los ramos de papel sellado y estampillas (artículo 39 del Decreto N° 363 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, de fecha 22 de octubre de 1999) por lo que este rubro podría ser explotado, pero sólo para pechar servicios metropolitanos, y no otros distintos. Las especies fiscales como instrumentos de pago, pueden ser creadas por cualquier municipalidad, y por el Distrito Metropolitano, pero estas especies sólo pueden ser usadas para cancelar los impuestos, tasas o contribuciones que el Distrito Metropolitano o el Municipio puedan probar al no colidir con otros impuestos nacionales o estatales. Sin embargo, la acumulación de cargas tributarias no puede asfixiar las actividades económicas de los contribuyentes y crear una situación confiscatoria como resultado de un conjunto de tributos. De allí que es imperativo que el Poder Legislativo Nacional dicte la legislación para garantizar la coordinación y organización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente, para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial (numeral 13 del artículo 156 Constitucional)...”.

En armonía con los criterios allí expuestos, la Sala Constitucional en su sentencia N° 572 de fecha 18 de marzo de 2003, en la oportunidad en que declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por

inconstitucionalidad interpuesto por los ciudadanos Rodolfo Plaz Abreu, Alejandro Ramírez y otros, contra los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, sancionada por el Cabildo Metropolitano de Caracas y publicada en la Gaceta Oficial N° 5.493, Extraordinario de fecha 19 de octubre de 2000¹⁵, concluyó que:

“...una interpretación sistemática y coherente de las disposiciones constitucionales y legales antes citadas y comentadas¹⁶, orientada por los principios de descentralización como política nacional, contenidos en el Preámbulo y en los artículos 4, 16 y 158 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y armónica con el sentido literal posible que se desprende del artículo 164, numeral 7, eiusdem, esta Sala Constitucional juzga que la inequívoca intención del constituyente de 1999 fue atribuir de manera originaria a los Estados de la Federación, así como al Distrito Metropolitano de Caracas, tanto el poder de crear como el poder de recaudar tributos en materia de timbre fiscal a fin de dotar a dichas entidades político-territoriales de mayores recursos para el financiamiento de sus actividades y para la optimización de los servicios públicos cuya prestación les ha sido encomendada por la propia Constitución o las leyes, ello en el marco de la llamada descentralización fiscal, sin la cual la descentralización política y administrativa del Poder no sería más que una simple aspiración de las regiones, como fue durante buena parte de la vigencia de la derogada Constitución de 1961.”

(...) “el Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal perderá progresivamente su vigencia en aquellas materias en las que los Estados y el Distrito Metropolitano creen mediante

15 Esta Ordenanza fue derogada por la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano publicada en Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0015 Extraordinario del 12 de noviembre de 2003, cuyos artículos 8 y 9 se corresponden con el contenido del artículo 19 de la Ordenanza derogada, de allí que sean pertinentes respecto del artículo 9 los razonamientos expuestos en esta sentencia.

16 Se refiere a los artículos 164, numeral 7, 163 numeral 3, disposición transitoria decimotercera de la Constitución y artículo 24 numeral 1 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas.

sus respectivas normas de timbre fiscal, aplicables dentro de sus límites territoriales, tasas por concepto de servicios públicos que eran competencia del Poder Nacional, pero que en la actualidad, por mandato constitucional, le han sido -o le sean en el futuro por ley especial- transferidos a los mencionados entes político-territoriales, asimismo, perderá su vigencia dicho régimen nacional en materia de impuesto por timbre fiscal sobre letras de cambio y pagarés a la orden a favor de bancos y otras instituciones financieras, en la medida que dicha competencia sea asumida por los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas mediante sus leyes de timbre fiscal. En este último supuesto, lo recaudado con motivo de dicho impuesto, corresponderá al Estado en el que se encuentre el domicilio fiscal de la entidad bancaria o financiera beneficiaria de la letra de cambio o del pagaré a la orden.”

Precisó el Tribunal que: “no son contrarias a la vigente Constitución las normas contenidas en los artículos 17 y 19¹⁷ de la Ordenanza impugnada, ya que para pechar con timbre fiscal los supuestos contenidos en las mismas (que no guardan vinculación con servicios o actividades de control del Poder Nacional), el Distrito Metropolitano de Caracas no está obligado a esperar que una ley nacional previa establezca el marco general conforme al cual puede éste ejercer su poder de crear y recaudar tributos en el ramo de timbre en dichas materias, en ejecución directa e inmediata de lo dispuesto en los artículos 164, numeral 7, y la disposición transitoria decimotercera de la Norma Fundamental, y el artículo 24, numeral 1, de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, al no ser requisito indispensable en tales casos contar con el régimen legal nacional previsto en el artículo 164, numeral 4, constitucional, que armonice la distribución de competencias tributarias entre los distintos niveles político-territoriales y resguarde los derechos de los contribuyentes”.

17 El segundo aparte del artículo 19 se corresponde sustancialmente con el contenido del artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas vigente.

Los postulados contenidos en la sentencia citada, fueron ratificados en la oportunidad en que la Sala Constitucional decidió (sentencia N° 978 del 30 de abril de 2003) el recurso por colisión de normas legales entre las disposiciones contenidas en el artículo 28 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y el artículo 30 de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Miranda, interpuesto por Bolívar Banco Universal C.A. En dicho fallo el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“...tal colisión de normas en el interior del ordenamiento jurídico vigente ha tenido su causa, no en la inconstitucionalidad de alguna de las normas involucradas en el conflicto, ni tampoco en la ausencia de base constitucional de la República, los Estados o el Distrito Metropolitano para crear –en cada una de las fechas en que fueron dictadas las leyes que las contienen- la obligación tributaria contenida en cada una de las disposiciones analizadas¹⁸, sino en la transferencia de la República a los Estados y al Distrito Metropolitano de Caracas, que efectuaron tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a través de sus artículos 164, numeral 7, y 167, numeral 3, como la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, a través de su artículo 24, de la competencia tributaria en el ramo de timbre fiscal que anteriormente, de acuerdo al artículo 136, numeral 8, de la Constitución de 1961, bajo cuya vigencia fue dictado el Decreto con Fuerza de Ley sobre Timbre Fiscal, estaba atribuida al Poder Nacional.”

“...en atención a las normas contenidas en los artículos 164, numeral 7, 167, numeral 3, y la disposición transitoria decimotercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido por la Asamblea Nacional Constituyente en el artículo 24, numeral 1, de la Ley Especial sobre el Régimen del Dis-

18 Se refiere a los artículos 28 de la Ley de Timbre Fiscal Nacional; 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y 30 de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Miranda.

trito Metropolitano de Caracas, congruente con la motiva contenida en la presente decisión, esta Sala declara que en el territorio que comprende el Distrito Metropolitano de Caracas, la norma tributaria contenida en el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, publicada en Gaceta Oficial N° 5.493, Extraordinario, del 19 de octubre de 2000, prevalece y desplaza a la norma tributaria contenida en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal, publicado en Gaceta Oficial N° 5.146, Extraordinario, del 22 de diciembre de 1999, en virtud de lo cual es la Administración Tributaria del Distrito Metropolitano de Caracas y no el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), la competente para exigir el cumplimiento del impuesto establecido en el artículo 19 de la referida Ordenanza”.

Sobre la base de la normativa y los criterios jurisprudenciales citados precedentemente, esta Dirección concluye que en el territorio del Distrito Metropolitano de Caracas, la norma contenida en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, prevalece sobre la norma contenida en el segundo aparte del artículo 28 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, en virtud de lo cual la Administración Tributaria de dicho Distrito es la competente para exigir el cumplimiento del referido impuesto del uno por mil (1 x 1000), allí previsto.

Memorándum N° 04-02-048 del 12 de abril de 2004.

EMPRESAS DEL ESTADO

EMPRESAS DEL ESTADO. Las Unidades de Auditoría Interna de las empresas filiales, son las llamadas a ejercer las funciones atribuidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y en ese sentido, pueden realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis, investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, con la finalidad de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones.

Las empresas filiales a través de las Unidades de Auditoría Interna, como órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, están en la obligación de asumir el ejercicio de las competencias que les atribuye el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, todo bajo la rectoría de la Contraloría General de la República.

Memorándum N° 04-00-015 del 24 de mayo 2004.

A los fines de la solicitud de opinión formulada a esta Dirección General, el órgano consultante expone que en reiteradas oportunidades esa Unidad de Auditoría Interna es objeto, por parte de las empresa filiales, así como de sus Auditorías Internas, de consultas, opiniones, procedimientos, asesorías, dictámenes, remisión de expedientes y solicitud de inicio de averiguaciones administrativas, no obstante que dichos conceptos son materia de la competencia de los órganos de control fiscal interno de las mencionadas empresas.

Sobre el particular, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos es del criterio que las empresas filiales de (...), por contar con unidades de Auditoría Interna, son las llamadas a ejercer las funciones claramente atribuidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Conviene destacar que las filiales poseen independencia con relación a (...), y que, con fundamento en lo anterior, tienen la posibilidad de crear su propia estructura administrativa dentro de la cual estará prevista la existencia de un órgano que coadyuve con las máximas autoridades a ejercer el control que garantice el adecuado uso de los recursos que conforman el patrimonio de la citada sociedad estatal.

Por otra parte cabe destacar, que la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹ señala en su artículo 135, que la

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 1° de enero de 2003.

auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones y recomendaciones y el correspondiente dictamen. Dicho servicio se prestará por una unidad especializada de auditoría interna de cada ente u órgano, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculados de las operaciones sujetas a su control.

Siendo así las cosas, es lógico pensar que los entes u organismos y, en el caso particular que nos ocupa, las empresas filiales a través de las Unidades de Auditoría Interna, como órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, están en la obligación, tal y como está previsto en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de asumir el ejercicio de las amplísimas competencias que legalmente les fueron encomendadas para el funcionamiento del control fiscal interno, y en ese sentido, pueden realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis, investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, con la finalidad de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones y así evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y de las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión, y en el ejercicio de estas mismas competencias pueden perfectamente activar la potestad investigativa, formular reparos, imponer multas y determinar la responsabilidad administrativa, todo esto, bajo la rectoría de la Contraloría General de la República.

Memorándum N° 04-00-015 del 24 de mayo 2004.

ESTADOS Y MUNICIPIOS

ESTADOS Y MUNICIPIOS: Los Consejos Locales de Planificación Pública, al participar en la elaboración de los Planes de Inversión Municipal, proceden a su aprobación de una manera preliminar, mientras que la aprobación definitiva está atribuida a la Cámara Municipal, con fundamento en el artículo 18 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública.

La intención del legislador al establecer los Consejos Locales de Planificación Pública fue la de crear un órgano encargado de incorporar la participación ciudadana, establecida como un derecho constitucional, que coadyuve con el gobierno local en los procesos de planificación y ejecución de la gestión municipal. En el artículo 1 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, se señala que estos Consejos están llamados a intervenir junto con el gobierno local respectivo en la planificación. En este sentido, se considera que al participar éstos en la elaboración de los Planes de Inversión Municipal, en definitiva se evidencia que proceden a su aprobación de una manera preliminar, pues la aprobación definitiva está atribuida a la Cámara Municipal, con fundamento en el artículo 18 ejusdem.

Memorándum N° 04-00-019 del 28 de mayo de 2004.

Se solicita a esta Dirección General opinión con respecto a varios planteamientos relacionados con la aprobación por parte de diferentes Alcaldes, de los Planes de Inversión correspondientes al año 2003, sin el concurso de los Consejos Locales de Planificación Pública.

A los fines de la opinión solicitada es importante hacer referencia al marco normativo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999¹ en su artículo 182 establece: “Se crea el Consejo Local de Planificación Pública, presidido por el Alcalde o Alcaldesa e integrado por los concejales y concejalas, los Presidentes y Presidentas de las juntas parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley.”

Por otra parte, la Ley Orgánica de Planificación² señala en su artículo 27: “Corresponde a cada Consejo Local de Planificación Pública

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

asegurar la coordinación y participación social en la elaboración y seguimiento del Plan Municipal de Desarrollo, de los programas y acciones que se ejecuten en el municipio, y garantizar que los Planes Municipales de Desarrollo estén debidamente articulados con los planes Estadales de Desarrollo”. En este mismo sentido, se observa que el artículo 26 ejusdem establece: “Corresponde al Alcalde de cada municipio elaborar el Plan Municipal de Desarrollo en concordancia con los planes nacionales, regionales **y estadales, y en coordinación con el Consejo Local de Planificación Pública**”. (Destacado nuestro).

Ahora bien, en acatamiento al citado artículo 182 de la Constitución de 1999, en fecha 12 de junio de 2002 se publicó en la Gaceta Oficial N° 37.463, la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, la cual en su artículo 1°, expresa que: “tiene por objeto establecer las disposiciones y bases para la organización y funcionamiento de los Consejos Locales de Planificación Pública, para hacer eficaz **su intervención en la Planificación que conjuntamente efectuará con el gobierno municipal respectivo**, y el concurso de las comunidades organizadas”. (Destacado nuestro).

Este Consejo Local de Planificación Pública, según lo señala el artículo 2 de la Ley comentada, es el órgano encargado de la planificación integral del gobierno local, incorporando la participación ciudadana en dicho proceso, y en el control y evaluación de sus resultados, estableciéndole este instrumento legal -sin menoscabo de cualquier otra función conferida al municipio-, amplias funciones las cuales aparecen enumeradas en el artículo 5, entre las que se destacan: recopilar, procesar y priorizar las propuestas de las comunidades organizadas; presentar propuestas y orientar el Plan Municipal de Desarrollo hacia la atención de las necesidades y capacidades de la población; controlar y vigilar la ejecución del Plan Municipal de Desarrollo; formular y promover ante el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas o el Consejo Federal de Gobierno los programas de inversión para el municipio; impulsar y planificar las transferencias de competencia y recursos que el municipio realice hacia las comunidades organizadas, así como la de elaborar los mapas de necesidades de la jurisdicción respectiva y la evaluación de la ejecución de los planes; funciones que se pueden resumir como de planificación, cooperación y de coordinación.

Como puede apreciarse del análisis concatenado de las disposiciones legales que anteceden, la intención del legislador al establecer estos Consejos Locales de Planificación Pública, fue la de crear un órgano encargado de incorporar la participación ciudadana, establecida como un derecho constitucional, que coadyuve con el gobierno local en los procesos de planificación y ejecución de la gestión municipal.

Efectuadas estas consideraciones pasamos a analizar los planteamientos referidos en la comunicación remitida vía correo electrónico y señalados por la Dirección consultante.

Refiere el primer planteamiento lo siguiente:

“Los lapsos legales para la conformación e instalación de dicho órgano cogestionario se ha establecido en los artículos N° 28 y N° 25, por lo que es notorio que la totalidad de los Alcaldes, han aprobado el plan de inversiones respectivas, correspondiente al año fiscal 2003, sin el concurso de los Consejos Locales de Planificación Pública y que por lo tanto las inversiones, obras y servicios que se estén ejecutando en el presente período fiscal del año 2003, estarían incurriendo en una presunta violación de los derechos constitucionales establecidos en el artículo N° 25 de la C.R.B.V y del artículo N° 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública...”.

Sobre el particular transcrito, se considera importante efectuar las consideraciones siguientes:

El artículo 25 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública establece:

“El Alcalde o Alcaldesa, o el funcionario accidental que, en los primeros ciento veinte (120) días de la vigencia de esta Ley dejare de poner en funcionamiento el Consejo Local de Planificación Pública, en su respectiva Alcaldía, previa aprobación de la partida de funcionamiento, será sancionado por la Contraloría Municipal con multa de mil unidades tributarias (1000 U.T) a dos mil unidades tributarias (2000 U.T). El monto de la multa ingresará al Fisco del respectivo municipio”.

De la norma transcrita se desprende que efectivamente se establece un lapso de 120 días contados a partir de la publicación de dicha Ley, a los fines que la máxima autoridad de municipio respectivo, **siempre y cuando tenga asignada la partida de funcionamiento**, ponga en actividad, el respectivo Consejo Local de Planificación Pública.

No obstante, esta Dirección considera que la aplicabilidad de este artículo implica el cumplimiento de determinados parámetros, que la propia Ley establece a los fines de la conformación de los Consejos Locales de Planificación Pública, como son: que se haya dictado y aprobado la Ordenanza que regule la estructura organizativa y el sistema de elección, a que se refiere el artículo 28; asimismo a los fines de nombrar los integrantes de estos Consejos y, específicamente los referidos en el numeral 4 del artículo 3, (representantes de las comunidades organizadas), se debe proceder de acuerdo con lo previsto en los artículos 4, 9 y 10 respectivamente, lo que evidencia el cumplimiento de una serie de requisitos y trámites que la propia Ley impone en atención a la naturaleza de cada municipio.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que aquellas Alcaldías que pasados los ciento veinte (120) días a que se refiere la Ley, que no hayan puesto en funcionamiento los Consejos Locales de Planificación Pública, sin motivos justificados, son susceptibles de la imposición de multa a que se contrae el citado artículo 25 ejusdem, la cual compete a las Contralorías Municipales.

Por otra parte, con respecto a la afirmación de que la totalidad de los alcaldes han aprobado los planes de inversiones respectivos, correspondientes al año fiscal 2003, sin el concurso de los Consejos Locales de Planificación Pública, es preciso destacar que se trata de una afirmación muy generalizada que no se corresponde con la realidad pues se tiene conocimiento que existen 271 Municipios en los cuales ya operan dichos Consejos Locales de Planificación Pública, lo cual representa el 81.1 % del total de Municipios.

En relación con la afirmación de que las inversiones, obras y servicios ejecutadas en el año 2003, estarían incurriendo en una presunta violación de los derechos constitucionales, establecidos en los artículos 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Vene-

zuela y el 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, considera importante esta Dirección aclarar que tanto el artículo 25 del Texto Constitucional, como el artículo 28 de la mencionada Ley Orgánica, no establecen derechos, sino supuestos en que se describen las circunstancias de hecho por las cuales un acto dictado en ejercicio del Poder Público puede considerarse nulo, con la consecuente determinación de responsabilidades. Ahora bien, partiendo del supuesto hipotético de que lo que quiso afirmarse fue que los actos dictados sin la participación de los Consejos Locales de Planificación Pública podrían estar viciados de nulidad, esta Dirección advierte que la Contraloría General de la República no puede pronunciarse al respecto, en razón a que los llamados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a decidir sobre la nulidad de dichos actos son los órganos jurisdiccionales competentes y por tanto, escapa al ámbito de competencias que constitucional y legalmente tiene atribuidas este órgano de control.

Por otra parte con relación al segundo planteamiento que señala:

“...los recursos provenientes de los órganos de la administración pública nacional, destinados a inversión a los municipios, deben ser aprobados los respectivos proyectos, por los Consejos Locales de Planificación Pública respectiva...”

Sobre este señalamiento es importante precisar que, en efecto, tal como lo señala el artículo 1 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, los referidos Consejos están llamados a intervenir junto con el gobierno local respectivo, en la planificación, en este sentido, se considera que al participar éstos, en la elaboración de los Planes de Inversión Municipal, proceden a su aprobación de una manera preliminar, ya que la aprobación definitiva está atribuida a la Cámara Municipal, con fundamento en el artículo 18 que establece:

“Las decisiones del Consejo Local de Planificación Pública se tomarán por mayoría absoluta de sus miembros.

El Plan de Inversión Municipal, aprobado mediante este mecanismo, será remitido a la Cámara Municipal para su aprobación definitiva.

La Cámara Municipal, de acuerdo con su competencia, podrá reformar el Plan de Inversión Municipal previa consulta con los sectores o espacios de la vida civil y las organizaciones de la comunidad inscritas en el Consejo Local de Planificación Pública y, mediante una exposición razonada sobre los supuestos de hecho y de derecho que motiva la reforma. De no cumplirse estos extremos de ley, el plan original se considerará aprobado”.

Es de observar que una vez aprobado el Plan de Inversión éste pasa a formar parte de la Ordenanza de Presupuesto de ingresos y gastos, y no puede ser objeto de reconsideración, de conformidad con lo previsto en el artículo 176 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Finalmente, con relación al último planteamiento formulado en el sentido de que este Organismo Contralor analice el marco jurídico de la actuación de los Contralores Municipales para aprobar el pago de las inversiones municipales del año 2003 sin el concurso de los Consejos Locales de Planificación Pública, es preciso acotar que de 335 Municipios, sólo existen 183 Contralorías Municipales, así pues la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en la Gaceta Oficial N° 4.109 Extraordinario del 15-06-89, en el artículo 95 señala:

“La Contraloría Municipal o la Distrital, según el caso, tendrá las funciones que le asignen las Ordenanzas y, fundamentalmente, las siguientes:

1° El control previo y posterior de los ingresos y egresos de la Hacienda Pública respectiva y el control posterior de los organismos descentralizados, empresas y fundaciones del Municipio o Distrito.

*La Ordenanza respectiva fijará el límite máximo de la excepción al control previo de los compromisos financieros **y establecerá los requisitos** que deberán cumplirse en tales casos; todo ello, sin perjuicio del control posterior que deberá ejercer la Contraloría Municipal sobre tales operaciones”. (Destacado nuestro).*

Tomando en consideración el contenido de la norma citada, efectivamente se evidencia que la aprobación o no por parte de los Contralores

Municipales de estos pagos, va a depender de lo que esté establecido en la Ordenanza respectiva, lo cual implica el estudio de cada caso en particular.

Por último, se sugiere exhortar a todas las Contralorías Municipales con la finalidad que den estricto cumplimiento a la normativa legal que involucra la creación de los Consejos Locales de Planificación Pública.

Memorándum N° 04-00-019 del 28 de mayo de 2004.

FUNCIÓN PÚBLICA

FUNCIÓN PÚBLICA: *Un funcionario jubilado por la Contraloría General de la República puede reingresar a la Administración Pública, sin embargo no le será posible percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del nuevo cargo público, a menos que se trate de alguno de los cargos exceptuados como son los cargos académicos, asistenciales, accidentales o docentes.*

El Reglamento sobre Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República no regula expresamente el reingreso de funcionarios jubilados por el Organismo a la Administración Pública, sin embargo lo regula de manera indirecta en el artículo 37 al disponer que son incompatibles el disfrute de la jubilación o pensión otorgada por este Organismo Contralor con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público, salvo las excepciones previstas. Por lo tanto, no existe prohibición expresa para que reingrese a la Administración Pública, sin embargo, no puede percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del nuevo cargo público.

Memorándum 04-02-45 del 18 de febrero de 2003.

Se requiere pronunciamiento sobre la situación en la que se encuentran los jubilados de este Organismo Contralor que ingresen a la Administración Pública Nacional con respecto al régimen de incompatibilidades aplicables, en virtud que en el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República¹, no existe previsión normativa que regule dicho supuesto.

Sobre el particular, esta Dirección General observa que los funcionarios públicos están sometidos en el desempeño de un cargo público a ciertas restricciones o prohibiciones que limitan o impiden el ejercicio simultáneo de otro cargo público, y que a su vez limitan el goce de los beneficios que pudieran derivarse de las situaciones anteriores. Estos aspectos están comprendidos dentro de las denominadas “incompatibilidades”. La primera y la principal de estas incompatibilidades está consagrada en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se establece que nadie podrá desempeñar

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.218 del 13 de junio de 2001.

de manera simultánea más de un destino público remunerado, salvo que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes determinados por la ley, estableciéndose como consecuencia que el desempeño de un segundo destino público remunerado, que no sea de los exceptuados en la norma constitucional, acarrea la renuncia del primero de manera automática.

La segunda de las incompatibilidades también está consagrada a nivel constitucional en el mencionado artículo 148, y se conoce con el nombre de incompatibilidad de haberes pasivo, la cual está referida a la imposibilidad de disfrutar, de manera simultánea, más de una jubilación o pensión, salvo en los casos expresamente determinados por la ley.

Y la tercera de ellas está referida a la imposibilidad de que un funcionario jubilado reingrese a la Administración Pública, salvo que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción (artículo 24 de 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 Municipios², y artículo 13 de su Reglamento.³). Estableciéndose que el pago de la pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a la Administración en alguno de los cargos exceptuados.

Ahora bien, cuál es la situación en la que se encuentran los funcionarios jubilados de este Organismo. En este sentido, es conveniente distinguir dos situaciones: a) el reingreso al Organismo Contralor, y b) el reingreso a la Administración Pública. En lo que se refiere a la primera de las situaciones, es decir, el reingreso al Organismo Contralor, la misma está expresamente prevista en el citado Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, en su artículo 8, el cual 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

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 del 11 de enero de 1999.

la pensión de jubilación. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión de jubilación, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo mensual percibido durante el ejercicio del último cargo y el nuevo tiempo de servicio acumulado”.

Pues bien, en lo que se refiere a la situación del jubilado de esta Contraloría General de la República que reingrese a la Administración Pública, no existe una norma que regule de manera expresa tal situación, no obstante el artículo 37 del mismo si la regula de manera indirecta. En este sentido, dicho artículo dispone que no son compatibles el disfrute de la jubilación o pensión otorgada por este Organismo Contralor con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público, salvo que se trate de cargos académicos, asistenciales, accidentales o docentes. De donde se infiere, en primer término, que no existe prohibición expresa para que un funcionario jubilado por esta Contraloría General reingrese a la Administración Pública, sin embargo no le sería posible a dicho funcionario percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del nuevo cargo público, a menos que se trate de alguno de los cargos exceptuados en la norma.

En razón de estas excepciones, considera esta Dirección General que la pensión de jubilación que percibe el funcionario jubilado por este Organismo, debe ser suspendida, ello en virtud que el régimen de incompatibilidades lo que persigue es evitar que una misma persona acumule percepciones que tienen un mismo origen (fondos públicos), de lo contrario se estaría incurriendo en un pago de lo indebido, sujeto a repetición, por lo que no tendría sentido para el beneficiario mantener el goce de su pensión de jubilación, mientras ejerce un cargo público, para en definitiva tener que reintegrarla. Se puede advertir que esta solución es precisamente la que se prevé para los casos de reingreso de funcionarios jubilados por 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, así como, para los casos de funcionarios jubilados por este Organismo Contralor que reingresan en él por el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General

de la República, por lo que este criterio les es aplicable en razón de lo previsto en el artículo 37 del Reglamento de Jubilaciones de este Organismo Contralor.

Memorándum 04-02-45 del 18 de febrero 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *El cargo de Auditor Interno no puede ser ocupado por funcionarios jubilados mediante reingreso por cuanto las notas que lo distinguen, particularmente la estabilidad y designación por concurso, no están presentes en los cargos o empleos de libre nombramiento y remoción o en los de similar jerarquía.*

El reingreso de jubilados en los organismos o entidades regidos por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, está limitado a los cargos o empleos ubicados en los más altos niveles jerárquicos que sean de libre nombramiento y remoción, es decir que carezcan de estabilidad, características que no se cumplen en el cargo de Auditor Interno.

Memorándum N° 04-02-54 del 5 de marzo de 2003.

El Presidente de la Compañía Anónima (...) solicita opinión con relación a la posibilidad de acceder al cargo de Auditor Interno del personal jubilado o de militares retirados y a tal fin, anexa a su consulta opinión favorable al reingreso.

De acuerdo con los términos de la mencionada opinión favorable, sí podrían participar en el concurso para optar al cargo de Auditor Interno los jubilados por alguno de los organismos o entidades mencionados en el artículo 2° de 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 Municipios¹, siempre que estén regidos por leyes especiales (art. 4° ejusdem) y éstas no dispongan lo contrario, caso en el cual se encontrarían los miembros de la Fuerza Armada Nacional en situación de retiro. Igualmente plantean que los

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986.

jubilados no incluidos en el supuesto regulado por el artículo 4° de esta Ley, estarían amparados por la excepción de los artículos 12 en concordancia con el 11 ejusdem, pues el reingreso al cargo de Auditor Interno se produciría en un cargo de alto nivel.

Analizado el asunto sometido a consulta esta Dirección General acerca de la posibilidad de que jubilados y militares retirados puedan ejercer el cargo de Auditor Interno, emite opinión en los términos siguientes:

Los Artículos 11 y 12 de la citada 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, expresan:

“Artículo 11.- El organismo respectivo podrá autorizar la continuación en el servicio de las personas con derecho a la jubilación.

Sin embargo, el funcionario o empleado no podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3°, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

“Artículo 12.- El jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2°, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior...”.

De acuerdo con lo establecido en los transcritos artículos de la referida Ley, los jubilados pueden reingresar:

- a) En los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa.

- b) En los cargos de similar jerarquía a los mencionados en el literal anterior, en los organismos no regidos por la Ley de Carrera Administrativa, y;
- c) En los cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales (que obviamente no es el caso que nos ocupa, por lo que en adelante prescindiremos de toda consideración a estas categorías de cargos).

Los preceptos referidos ponen de manifiesto que el legislador quiso limitar el reingreso de jubilados a una categoría de cargos con rasgos muy específicos. En el caso de organismos regidos por la Ley de Carrera Administrativa (hoy Ley del Estatuto de la Función Pública), permitió el reingreso a los cargos de libre nombramiento y remoción regulados en los ordinales 1° y 2° de su artículo 4°, caracterizados todos por estar ubicados en el más alto nivel jerárquico, pero también por que pueden ser designados y removidos libremente por las autoridades competentes; es decir, por estar excluidos de la carrera administrativa, y por ello carecer de la garantía de estabilidad correspondiente a los cargos de carrera, lo cual indica que el legislador no ha querido extender dicha garantía a los jubilados que pretendan reingresar al servicio activo.

El segundo supuesto planteado en las indicadas regulaciones es el de reingreso de jubilados en organismos no regidos por la Ley de Carrera Administrativa. Entendemos que en este supuesto se incluyen los casos de reingreso de jubilados a las empresas públicas mencionadas en el numeral 9 del artículo 2° de 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 (en lo sucesivo Ley del Estatuto).

Para estos casos, el reingreso de jubilados se limita a los cargos (en relación con las empresas públicas valdría decir más exactamente “empleos” dada su forma de derecho privado) que en dichos organismos sean de similar jerarquía a aquellos calificados como de libre nombramiento y remoción en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley derogada de Carrera Administrativa.

La manera como está regulado este último supuesto indica que el legislador lo que hizo fue equiparar ambas categorías de cargos; es

decir, a los fines del reingreso de jubilados en organismos o entidades regidos por la Ley del Estatuto consideró equivalentes los cargos de libre nombramiento y remoción que preveía la derogada Ley de Carrera Administrativa, en su artículo 4°, ordinales 1° y 2° y que hoy regula el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública², con los cargos o empleos de similar jerarquía en organizaciones a las cuales no resulta aplicable esa Ley y, por consiguiente, tampoco tal denominación de cargos (de libre nombramiento y remoción). Los equipara precisamente porque considera que al ser de similar jerarquía, ambas categorías de cargos o empleos se encuentran, desde la perspectiva de su estabilidad en el ejercicio de los mismos, en situación similar frente al patrono.

En otras palabras, tratándose de una misma finalidad (limitar el reingreso de funcionarios jubilados), la regulación legal comentada se refiere a categorías de cargos o empleados caracterizados concretamente, por estar ubicadas en los más altos niveles de sus respectivas organizaciones y carecer de la estabilidad que es propia en otros cargos o empleos públicos. Ello, para facilitar la rotación de ese tipo de personal, si así conviniera a los intereses de las organizaciones del Estado a la que prestarán sus servicios; lo cual por lo demás es una característica distintiva de (ausencia de estabilidad) de los cargos ubicados en el más alto nivel jerárquico.

Es inusual que un cargo o empleo de nivel directivo en nuestra Administración Pública no sea al mismo tiempo de libre nombramiento y remoción, precisamente es excepcional un cargo con las características que tiene el de Auditor Interno (directivo pero con estabilidad). Cabe recordar que dicho cargo no existía para el momento en que entra en vigencia la Ley del Estatuto (1986), pues no es sino hasta 1995 cuando la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República crea la figura del Contralor Interno con las características señaladas, el cual constituye el antecedente inmediato del cargo de Auditor Interno.

En conclusión, la posibilidad de reingreso de jubilados en los organismos o entidades regulados por la Ley del Estatuto está limitada

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

a aquellos cargos o empleos ubicados en los más altos niveles jerárquicos y que sean sustancialmente de libre nombramiento y remoción, es decir que carezcan de estabilidad, según el régimen jurídico que sea aplicable. Estas notas no se encuentran presentes en el cargo de Auditor Interno, puesto que, como se sabe, dicho cargo no puede ser designado libremente sino en atención a los resultados del concurso previsto al efecto, y tampoco puede ser objeto de remoción, destitución o despedido libremente, pues se requiere a tal fin la autorización del Contralor General de la República, previa formación de un expediente a esos efectos en el régimen que sea aplicable. Por consiguiente, el cargo de Auditor Interno no es de aquellos que pueden ser ocupados por jubilados mediante reingreso, a tenor de lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley de Estatuto.

Finalmente esta Dirección General concluye que:

- a) El reingreso de funcionarios jubilados en los Órganos y Entes regulados por la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones está limitada a los cargos o empleos en los más altos niveles jerárquicos y a los de libre nombramiento y remoción previstos el artículo 4°, ordinales 1° y 2° de la Ley de Carrera Administrativa, hoy contemplados en el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.
- b) La expresión cargos de “similar jerarquía” utilizada en el artículo 11 de la Ley del Estatuto debe entenderse no sólo como alusiva al nivel jerárquico del cargo o empleo, sino también como indicativa de la ausencia de estabilidad que los caracteriza, pues esa ha sido la intención del legislador al considerar equivalentes para los fines del reingreso de jubilados, los cargos de libre nombramiento y remoción y los de similar jerarquía en organismos no regidos por la Ley de Carrera Administrativa.
- c) El cargo de Auditor Interno no puede ser ocupado por jubilados mediante reingreso por cuanto las notas que lo distinguen, particularmente la estabilidad y designación por concurso, no están presentes en los cargos o empleos de libre nombramiento y remoción y los de similar jerarquía.

Memorándum N° 04-02-54 del 5 de marzo de 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *La prohibición expresa prevista en el artículo 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, imposibilita a los jubilados por este Organismo, la percepción simultánea de la pensión de jubilación y el sueldo derivado del ejercicio de cargos públicos, por consiguiente están obligados, a solicitar y obtener la suspensión del disfrute de la respectiva pensión de jubilación otorgada por este Organismo cuando reingresen a la Administración, salvo que se trate de cargos académicos, asistenciales o docentes.*

A los funcionarios jubilados por este Organismo Contralor no les resulta aplicable lo dispuesto en el Artículo 46 del Reglamento de 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 que prevé el ingreso al servicio público sin que opere la suspensión de la pensión de jubilación, pues su situación jurídica se encuentra sujeta al Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, cuyo artículo 37 prevé que el funcionario jubilado no puede percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo derivado del ejercicio de un cargo público.

Memorándum N° 04-02-79 del 4 abril de 2003.

Un funcionario jubilado por este Organismo requiere: se deje sin efecto su solicitud de suspensión de la jubilación que le fue otorgada; se le reintegren los beneficios dejados de percibir por efectos de la misma y se le restituyan todos los derechos que derivan de su condición de jubilado, con fundamento en el artículo 46 del Reglamento de 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 los Municipios¹, el cual prevé lo siguiente.

“Artículo 46: Cuando se trate de jubilaciones otorgadas conforme a leyes distintas de la Ley del Estatuto y, por tanto, exceptuadas de su ámbito de aplicación, el jubilado podrá reingresar al servicio de alguno de los organismos o entes a que se refiere su artículo 2°, en los cargos mencionados en su artículo 11. En ese caso, el pago de la pensión de jubilación no será suspendido”.

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 del 11 de enero de 1999.

Sobre el particular esta Dirección General observa, que en el Dictamen N° DGSJ-1-70 de fecha 24-10-1994, esta Contraloría General se pronunció en los términos siguientes:

“En el supuesto antes mencionado, al cual específicamente se refiere la consulta, debe examinarse, previamente, si en el régimen de jubilación aplicable al egresado no existe incompatibilidad entre el disfrute del beneficio de jubilación y la remuneración proveniente del ejercicio del cargo, en cuyo caso y **pese a la previsión del artículo 46 del Reglamento de la Ley del Estatuto, no será posible la percepción simultánea de ambo conceptos**”.
(Negrillas nuestras).

Asimismo, resulta importante recordar que la Sala Plena de la hoy extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 1990, declaró la nulidad por inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 2° de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilación y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios², a través del cual se incluía en el ámbito subjetivo de aplicación de esa Ley a la Contraloría General de la República. Tal circunstancia implica que el régimen aplicable a los funcionarios jubilados por este Organismo Contralor no es el contenido en esa Ley ni en su Reglamento.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, el jubilado según afirma, le fue otorgado el beneficio de jubilación mediante Resolución, de conformidad con lo previsto en los artículos 2° y 5° del Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República³, vigente para ese momento.

En este orden de ideas, en el artículo 37 del referido Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de este Organismo Contralor prevé la incompatibilidad siguiente:

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.810 Extraordinario del 8 de diciembre de 1994.

“Es incompatible el disfrute de la jubilación o pensión otorgada por la Contraloría General de la República con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público, salvo que se trate de cargos académicos, asistenciales o docentes. Igualmente son incompatibles el goce simultáneo de la jubilación o pensión otorgada por la Contraloría con otra jubilación o pensión...”.

De lo anterior se desprende que los funcionarios jubilados por esta Contraloría General de la República, se encuentran afectados por la citada incompatibilidad; razón por la cual les está vedado a los jubilados la percepción simultánea de la pensión de jubilación y el sueldo derivado del ejercicio de cargos públicos, encontrándose por consiguiente obligados, al efecto de la percepción de tales sueldos, a solicitar y obtener la suspensión del disfrute de la respectiva pensión de jubilación otorgada por este Organismo Contralor.

Ahora bien, según lo expuesto, el jubilado de este Órgano Contralor, fue designado Jefe de la Unidad de Control Posterior de la Dirección de Control Interno de la Alcaldía del Municipio (...), a partir de la fecha 02-08-2002. Tal situación hace necesario precisar que, si bien es cierto que de conformidad con el régimen de jubilación que le es aplicable, no existe prohibición expresa para que en su carácter de funcionario jubilado de este Organismo Contralor reingrese a la Administración Pública, no es menos cierto que en virtud de la prohibición expresa prevista en el citado artículo 37 del referido régimen de jubilación que rige para este Máximo Órgano de Control, no es posible que el jubilado perciba de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del cargo público. En consecuencia, lo procedente es la suspensión de la pensión de jubilación, mientras se encuentre en el ejercicio del cargo u otro cargo de aquellos a los que pueden reingresar funcionarios jubilados en la Administración Pública.

Memorándum N° 04-02-79 del 4 de abril de 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *Remuneración correspondiente durante el período vacacional a los funcionarios que ejercen cargos de superior nivel en comisión de servicios.*

La diferencia de sueldo percibida por el personal designado en Comisión de Servicios, para el desempeño de un cargo de nivel superior, se incluirá dentro de la remuneración correspondiente al período vacacional, así como en el bono vacacional, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República.

Memorándum N° 04-02-90 del 2 de mayo de 2003.

Se solicita la opinión de esta Dirección General con relación a la remuneración que se debe pagar, durante el período vacacional al personal designado en Comisión de Servicios por el ciudadano Contralor General de la República, para el desempeño de un cargo de nivel superior, toda vez que las disposiciones contenidas en el Estatuto de Personal sobre las Comisiones de Servicio no hacen referencia sobre esta materia.

Al respecto se observa que el artículo 43 del Estatuto de Personal de esta Contraloría General de la República¹, establece:

“La comisión de servicio puede implicar el desempleo de un cargo diferente, siempre que el funcionario llene los requisitos del cargo y éste sea de igual o superior nivel.

Cuando el funcionario vaya a desempeñar un cargo de superior nivel devengará la diferencia entre su remuneración y la remuneración del cargo que va a suplir, cuando la hubiere. Igualmente percibirá los viáticos y demás remuneraciones, si fuere procedente, conforme a este Estatuto.

La diferencia de sueldo percibida no se tomará en cuenta para el cálculo de ningún beneficio previsto en este Estatuto”. (Énfasis nuestro).

Cabe destacar, que el derecho a percibir la remuneración correspondiente durante el período vacacional, más un bono vacacional, se

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.088 del 29 de noviembre de 2000.

encuentra regulado en el artículo 50 del referido Estatuto de Personal. Asimismo, en su artículo 70 se califica expresamente de “beneficios” a todos los derechos de contenido económico contemplados en el Título IV del citado Estatuto dentro de los cuales, se encuentra el artículo 50, concerniente a la materia de vacaciones.

Entiende por tanto esta Dirección, con fundamento en las disposiciones mencionadas, en concordancia con el último aparte del transcrito artículo 43, que tal contexto normativo puede servir de basamento al criterio que propendería a negar el pago de la “diferencia de sueldos” que pudieran corresponder a quienes ejerzan cargos de superior nivel en comisión de servicio.

No obstante, cabe señalar, que el artículo 23 del Estatuto de Personal, regula expresamente lo relacionado con el cálculo de las vacaciones de los funcionarios de esta Contraloría General de la República, en los términos siguientes:

“El cálculo para el pago de vacaciones (...) se hará con base en el sueldo mensual **percibido** por el funcionario...” (negrillas nuestras), por consiguiente, para el cálculo de la remuneración correspondiente al periodo vacacional y el bono vacacional, debe tenerse en cuenta esta disposición, la cual no distingue entre funcionarios que ejercen los cargos de los cuales son titulares y los que ejercen cargos superiores en razón de comisiones de servicio.

Ahora bien, las regulaciones contenidas en el aparte último del artículo 43, arriba transcrito, y el mencionado artículo 23, ambos del tantas veces mencionado Estatuto de Personal, a nuestro juicio, presentan una importante contradicción.

En efecto, mientras en aplicación del citado aparte último del artículo 43, las diferencias de remuneraciones percibidas por quien ejerza un cargo de mayor nivel en comisión de servicio, no se deben tomar en cuenta para el cálculo de la remuneración correspondiente al periodo vacacional y al bono vacacional, entendidos como beneficios, según la interpretación concordada de los artículos 50 y 70 del Estatuto de Personal, conforme a lo establecido en el artículo 23 del mismo, esas diferencias de remuneraciones, al ser percibidas por concepto de sueldo (o diferencia de sueldo, como también se les denomina), integran el

sueldo mensual **percibido** por quienes ejerzan cargos de mayor nivel en comisión de servicio, y en consecuencia sí deben ser tomadas en cuenta para el cálculo de los señalados beneficios. En fin, la aplicación de una de estas dos disposiciones (artículos 43, último aparte, y 23) excluye la aplicación de la otra.

Esta contradicción -a nuestro juicio insalvable- entre los indicados artículos 43, último aparte, y 23 del Estatuto de Personal debe resolverse a favor de la aplicación del último de los artículos mencionados, con fundamento en lo previsto en el artículo 89, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual: “Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación **o concurrencia de varias normas**, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad”.

Con fundamento en el principio constitucional expuesto, se concluye que para el cálculo tanto de la remuneración correspondiente al período vacacional como del bono vacacional, debe aplicarse preferentemente lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto de Personal, que ordena tomar en cuenta el sueldo mensual **percibido** por el funcionario, lo cual conduce a que, en el caso de aquellos funcionarios que ejerzan cargos de superior nivel en razón de una comisión de servicios se incluya la respectiva diferencia de sueldos, para calcular la remuneración correspondiente.

Memorándum N° 04-02-90 del 2 de mayo de 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *Los abogados que desempeñen funciones en órganos o entes públicos no son considerados profesionales liberales, están sometidos al régimen estatutario que rige a los funcionarios públicos, por ende, el ejercicio de funciones inherentes a sus cargos, no genera honorarios profesionales, razón por la cual dichas funciones estarían exentas del pago de los mismos por ante los distintos Colegios de Abogados, aún cuando dicha exoneración no esté prevista en el Reglamento de Honorarios Mínimos aprobado en el XLIX Consejo de la Federación de Colegios de Abogados.*

Los abogados al servicio de la Consultoría Jurídica de una Corporación no son profesionales liberales, son funcionarios públicos y en consecuencia no pueden percibir honorarios profesionales por la redacción y visado de documentos, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñan.

Memorándum N° 04-02-157 del 11 de agosto de 2003.

Consulta vinculada con el destino de los recursos entregados por el Colegio de Abogados a los funcionarios de la Consultoría Jurídica de una Corporación, por concepto de honorarios profesionales con ocasión de la firma de contratos de préstamo, suscritos por ésta con pequeños y medianos empresarios.

Analizado como ha sido el planteamiento formulado, esta Dirección pasa a emitir su opinión en los términos siguientes:

Como punto previo, consideramos necesario señalar que la determinación acerca de la legalidad o no del cobro de honorarios por parte de los abogados, derivados de la redacción o visado de contratos de préstamo entre la Corporación y pequeños y medianos empresarios, se encuentra bajo la órbita de competencia de esta Contraloría General de la República, pues tanto la Constitución y la Ley Orgánica que la rige le atribuyen el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de **las operaciones relativas a los mismos**, resultando indiscutible que la redacción y visado de los indicados contratos de préstamo constituye un aspecto de ese tipo de operaciones (préstamos) llevadas a cabo por una Corporación, cuyo patrimonio como se sabe, conforma el patrimonio público. Aparte de ello, resulta evidente que el cobro de tales honorarios además de encarecer las señaladas operaciones de préstamo, puede demorar, perturbar o incluso imposibilitar su celebración, y con ello el logro de los objetivos perseguidos, razón que igualmente justifica el ejercicio de las competencias de este Organismo para pronunciarse sobre la legalidad o no del cobro de esos honorarios.

Aunado a lo anterior, también debe señalarse que el Poder Ciudadano, del cual forma parte este Máximo Órgano Contralor, constituye parte integrante del Poder Público Nacional, y entre sus competencias está, “la defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y **la recta aplicación de**

la ley en todo el territorio nacional”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 156, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí, que los hechos objeto de la consulta que nos ocupa, sean de la competencia de este Organismo Contralor, máxime cuando los mismos tienen lugar en uno de los entes sujetos a su control de conformidad con el artículo 9, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, la Corporación (...) como tal, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independientemente de la República, adscrito en un principio al Ministerio de Fomento, hoy Ministerio de la Producción y el Comercio; concebido como un ente que tiene por objeto la promoción del desarrollo económico armónico e integral de toda la región, conforme a las normas y dentro del ámbito del Plan de la Nación.

Por consiguiente estamos ante un ente de la Administración Pública Nacional Descentralizada, en consecuencia, la relación jurídica existente entre la citada Corporación y los funcionarios que le prestan sus servicios es una relación de carácter estatutaria regida por la Ley del Estatuto de la Función Pública¹ y, por ende sus empleados son funcionarios públicos. En este orden de ideas, sería oportuno recordar la definición de funcionario público establecida en el artículo 3 del referido Estatuto cuyo tenor es:

“Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente”.

En igual sentido, se ha pronunciado la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 22-07-1980, donde expresó:

“...la misma Ley de Carrera Administrativa, en el ordinal 2° de su artículo 4°, reconoce tácitamente la condición

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

de funcionarios o empleados públicos a los funcionarios y empleados que prestan servicios a los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, al atribuir la condición de “funcionarios de libre nombramiento y remoción” a “las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública...”. Y así lo ratifica el hecho de que la misma Ley no los haya incluido entre los casos de excepción de su campo de aplicación que de manera taxativa establece en su artículo 5°. Este criterio ha sido sentado por este Alto Tribunal en diversos fallos, y admitido por la jurisprudencia general de nuestros Tribunales”. (Revista de Derecho Público N° 4, octubre-diciembre 1980 pág. 169).

Aunado a lo anterior, del análisis del artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se deduce que el Constituyente quiso que los funcionarios públicos estuviesen sometidos a un régimen especial, distinto del laboral, cuyo contenido dispone:

“Artículo 144. La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

Recordando los antecedentes en esta materia, debemos señalar que en el seno de la Asamblea Constituyente de 1947 se propuso que en el Texto Fundamental se estableciera expresamente, que en el estatuto del funcionario público se acogieran las disposiciones que protegían a los trabajadores de las empresas privadas; este planteamiento no fue aprobado, pero tal inquietud se materializó al ser incorporado el artículo 8 en la Ley Orgánica del Trabajo², cuyo tenor es:

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

“Artículo 8. Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales se registrarán por las normas de Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, **sistemas de remuneración**, estabilidad y régimen jurisdiccional y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos...” (Resaltado Nuestro).

De acuerdo con las pautas generales consagradas en el citado artículo 8, en principio los funcionarios públicos se rigen por la Ley de Carrera Administrativa (hoy en día derogada por la Ley del Estatuto de la Función Pública), y sólo supletoriamente por la citada Ley Orgánica.

Como se puede observar, la norma parcialmente transcrita, estableció tanto para los funcionarios públicos de la Administración Pública Central como de la Descentralizada (verbigracia: Institutos Autónomos), un régimen en el cual es aplicable la Ley del Estatuto de la Función Pública (ley ésta que derogó a la Ley de Carrera Administrativa), en primer lugar, y en forma supletoria la Ley Orgánica del Trabajo, pero en el entendido de que ésta última regirá en todo lo no previsto en la Ley del Estatuto y siempre y cuando se trate de aspectos que estén fuera de los que enuncia expresamente en el sistema de carrera, a saber: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneraciones, estabilidad y régimen jurisdiccional.

En este sentido, es oportuno señalar que lo establecido en el citado artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, no debe confundirse con lo dispuesto en el artículo 9 ejusdem el cual establece:

“Artículo 9. Los profesionales que presten servicios mediante una relación de trabajo tendrán los derechos y obligaciones que determinen las respectivas leyes de ejercicio profesional, pero estarán amparados por la legislación del Trabajo y de la Seguridad Social en todo aquello que los favorezca.

Los honorarios correspondientes a la actividad de dichos profesionales se considerarán satisfechos por el pago de

remuneración y demás beneficios derivados de la relación de trabajo, salvo convenio expreso en contrario”.

Este último artículo alude a los profesionales que no ostentan la condición de “funcionarios públicos” aunque presten servicio bajo una relación de trabajo ya sea en el sector público o privado. En este sentido, la autora Hildegard Rondón de Sansó en su obra *El Funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*, (Editorial Jurídica Venezolana págs. 54 y 55) expone que el artículo 9 de la Ley Orgánica del Trabajo, refiere a uno de los grupos de trabajadores que quedan excluidos expresamente del ámbito de dicha ley, al respecto señala:

“...consideramos que el artículo alude a los profesionales colegiados, a los cuales en su relación de trabajo se les aplicará la ley correspondiente y supletoriamente la Ley Orgánica del Trabajo. Esta interposición es la que nos parece cónsona con la redacción de la norma objeto de este análisis, por las siguientes razones:

- 1)El artículo alude a leyes de “ejercicio profesional”, que no son otras que las que antes se mencionaron...
- 2)El profesional al servicio de la Administración deja de lado su estatuto profesional para someterse al estatuto administrativo.
- 3)Las leyes de ejercicio profesional operan sólo como reguladoras del ejercicio libre de la profesión, salvo algunas reglas que las mismas contienen sobre la incompatibilidad sobre las limitaciones que el ejercicio de la función pública crea.
- 4)El primer aparte del artículo 9 señala “los honorarios correspondientes a la actividad de dichos profesionales, se considerarán satisfechos por el pago de la remuneración y demás beneficios derivados de la relación de trabajo, salvo convenio expreso en contrario”. Aquí se habla de honorarios y no de sueldos y salarios.

Por todo lo anterior, la exclusión del artículo 9 nada tiene que ver con la situación de los funcionarios públicos, aún cuando éstos sean profesionales sometidos a leyes de ejercicio profesional”.

En este orden de ideas, debe señalarse que los funcionarios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, las cuales no son otras, que las determinadas en el sistema de remuneraciones a que se contrae el artículo 54 y siguientes de la citada Ley.

Expuesto lo anterior, es oportuno recordar que el caso que nos ocupa versa sobre la liquidación, recaudación y recepción de honorarios profesionales por parte del Colegio de Abogados que, previa deducción de un porcentaje para el respectivo Colegio, hace efectivo el pago de honorarios profesionales a los abogados que laboran en la Consultoría Jurídica, de la Corporación (...) con ocasión de la firma de los contratos de préstamo entre la citada Corporación y pequeños y medianos empresarios.

Ahora bien, está claro que los abogados que laboren en la Consultoría Jurídica de una Corporación (...) son funcionarios públicos, y como tales están sometidos al régimen estatutario que rige a los mismos. En consecuencia, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen (artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), aunado a esto, también están sujetos a la prohibición expresa establecida en el artículo 12 de la Ley de Abogados³ que establece que los funcionarios públicos, específicamente los abogados que presten servicios profesionales a tiempo completo en organismos oficiales nacionales, estatales o municipales o en institutos autónomos, no podrán ejercer la abogacía, de donde se deduce que tampoco podrán percibir honorarios profesionales, no resultando aplicable el artículo 22 de la citada Ley, que dispone: “El ejercicio de la profesión da derecho al abogado a percibir honorarios por los trabajos judiciales y extrajudiciales que realice, salvo en los casos previstos en las leyes”.

Asimismo, es oportuno recordar qué se entiende por honorarios, en este sentido la Enciclopedia Jurídica Opus, expresa que es: la “Remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos o actividades. Es la remuneración que cobran quienes ejercen profesiones

³ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.081 Extraordinario del 23 de enero de 1967.

liberales, no habiendo dependencia económica entre las partes, con libertad de fijar la retribución de servicios”. Ediciones Libra, C.A. Caracas 1994, pág. 412. Como puede apreciarse los honorarios constituyen la retribución económica propia de las profesiones liberales, en las que no existe una relación de dependencia económica entre las partes.

En este orden de ideas, los abogados de la Consultoría Jurídica de una Corporación (...) no son ni pueden ser considerados profesionales liberales. En primer lugar, porque es un instituto autónomo y en consecuencia, sus empleados son considerados funcionarios públicos y, en segundo lugar, porque entre estos abogados y el ente existe una relación no sólo de dependencia económica sino también de subordinación.

Ahora bien, el Manual Descriptivo de Cargos de la O.C.P., remitido anexo a la consulta, tipifica como labor de los abogados en función pública la redacción y tramitación de documentos legales y elaboración de contratos. Así mismo, el Manual de Organización, enviado adjunto a la consulta, indica que a la Consultoría Jurídica corresponde redactar y formalizar los contratos y demás actos jurídicos en que deba intervenir la Corporación (...), labor ésta llevada a cabo por los abogados que forman parte de dicha Consultoría.

En este orden de razonamiento, mal podrían los abogados de dicha Consultoría Jurídica percibir una remuneración distinta a la prevista para los funcionarios públicos, de conformidad con lo establecido en los artículos 23 y 54 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por el desempeño de las funciones que les son propias a sus cargos. En consecuencia, los referidos abogados no pueden percibir honorarios profesionales por la realización de funciones que están sometidas a un régimen estatutario, con lo cual queda excluida toda relación de índole liberal.

Por consiguiente, toda cantidad de dinero que los particulares, en este caso concreto, los pequeños y medianos empresarios que suscribieron contratos de préstamo y hayan entregado o cancelado a los abogados de la Consultoría Jurídica de la Corporación (...) a través del Colegio de Abogados por concepto de honorarios profesionales, constituye un pago indebido, es decir, los citados empresarios pagaron un concepto que no debían, por lo que podría ser objeto de una acción de

repetición por parte de los particulares afectados, de conformidad con los artículos 1178 y 1179 del Código Civil Venezolano. En consecuencia, consideramos que se le debe sugerir a la máxima autoridad jerárquica de la Corporación (...) que exhorte a los abogados de la Consultoría Jurídica para que reintegren a los particulares afectados aquellas cantidades que por concepto de honorarios profesionales hayan recibido, con la debida advertencia que de no hacerlo podrían ser objeto de una acción de repetición por parte de los referidos particulares.

Como deducción de todo lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección General, la realización de actividades por parte de los órganos y entes que conforman el Estado, llevadas a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de aquellas funciones que le son inherentes a sus cargos, no generan de manera alguna honorarios profesionales, razón ésta por la que deben estar exentas del pago de los mismos por ante los distintos Colegios de Abogados, aún cuando dicha exoneración no esté prevista en el Reglamento de Honorarios Mínimos aprobado en el XLIX Consejo de la Federación de Colegios de Abogados.

De manera pues, que se considera conveniente que esta Contraloría recomiende a las autoridades de la Corporación (...), acreditar debidamente por ante los Registros y Notarias de la región, a los abogados que forman parte de su Consultoría Jurídica y que, en el ejercicio de sus funciones redactan y visan documentos para su protocolización en dichas oficinas, a objeto de que se haga valer dicha acreditación al momento de registrar o autenticar aquellas operaciones en las que dicho ente sea parte, con la finalidad de que se exonere del cumplimiento del artículo 29 del Reglamento de Honorarios Mínimos de Abogados supra citado, el cual establece:

“Artículo 29.- Los Colegios de Abogados o las personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por aquéllos son los únicos facultados para recaudar dentro de sus respectivas jurisdicciones los honorarios mínimos señalados en este Reglamento; a tal efecto, imprimirán planillas especiales de liquidación, en las que se señalará por lo menos, las siguientes menciones:

(Omissis)

De estas planillas, un ejemplar será anexado al documento para su debida presentación y aceptación por las autoridades correspondientes; otro ejemplar será para el abogado redactor del instrumento, mediante el cual hará efectivo sus honorarios; un tercer ejemplar quedará en poder de la Oficina Recaudadora y un cuarto ejemplar en poder del cliente.

Cada documento deberá llevar, además del visado del abogado, el sello de la Oficina recaudadora, que indicará:

(Omissis)

Parágrafo Primero: Los honorarios por redacción de documentos se pagarán en el Colegio en cuya jurisdicción deban surtir efectos legales. La Tesorería de cada Colegio hará efectivo a los Abogados, en los lapsos acordados por su Junta Directiva, lo que les corresponda por sus honorarios pagados, previa deducción del diez por ciento (10%), conforme a los artículos anteriores. Sin embargo, cuando los honorarios sean liquidados en su totalidad en jurisdicción distinta donde vaya a surtir efectos el documento, únicamente se exigirá el porcentaje correspondiente al Colegio.

Las Oficinas de Recaudación recibirán íntegramente la totalidad de los honorarios establecidos y en ningún caso podrán aceptar sólo el pago de dicho porcentaje.

(Omissis)

Parágrafo Tercero: Los ciudadanos Jueces, Registradores y Notarios y demás funcionarios públicos, no le darán curso a los documentos que les sean presentados sin llenar los extremos contenidos en este Reglamento. La infracción a lo dispuesto en este parágrafo será considerado como falta grave a la ética profesional”.

(Resaltado Nuestro).

Asimismo, se sugiere remitir copia de la presente opinión al Ministro del Interior y Justicia con el objeto de solicitarle que gire las

instrucciones pertinentes a los ciudadanos Registradores y Notarios, a fin de que se exonere del cumplimiento del artículo 29 del Reglamento de Honorarios Mínimos de Abogados aprobado en el XLIX Consejo de la Federación de Colegios de Abogados, en aquellas actuaciones donde intervienen abogados con el carácter de funcionarios públicos adscritos a entes u organismos del Estado.

Por todo lo anteriormente expuesto, se concluye lo siguiente:

- 1.) La Corporación (...) es un instituto autónomo y como tal tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la República, por consiguiente estamos ante un ente de la Administración Pública Nacional Descentralizada, en el cual la relación jurídica existente entre los funcionarios que le prestan sus servicios es pues, una relación de carácter estatutaria regida por la Ley del Estatuto de la Función Pública y, por ende sus empleados son funcionarios públicos.
- 2.) Los funcionarios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, las cuales no son otras, que las determinadas en el sistema de remuneraciones a que se contrae el artículo 54 y siguientes de la citada Ley.
- 3.) Los abogados que laboran en la Consultoría Jurídica de la Corporación (...) son funcionarios públicos, y como tales están sometidos al régimen estatutario que rige a los mismos. En consecuencia, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen (artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), aunado a esto, están sujetos a la prohibición expresa establecida en el artículo 12 de la Ley de Abogados que establece, los funcionarios públicos, específicamente los abogados que presten servicios profesionales a tiempo completo en organismos oficiales nacionales, estatales o municipales o en institutos autónomos, no podrán ejercer la abogacía, de donde se deduce que tampoco podrán percibir honorarios profesionales, ello

en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la citada Ley, que dispone que “El ejercicio de la profesión da derecho al abogado a percibir honorarios por los trabajos judiciales y extrajudiciales que realice”.

- 4.) Los abogados de la Consultoría Jurídica no pueden ni deben percibir una remuneración distinta a la prevista para los funcionarios públicos, por el desempeño de las funciones que le son propias a sus cargos. En consecuencia, los referidos abogados no pueden percibir honorarios profesionales por la realización de funciones que están sometidas a un régimen estatutario, con lo cual queda excluida toda relación de índole liberal.
- 5.) Toda cantidad de dinero que los particulares, en este caso concreto, los pequeños y medianos empresarios que suscribieron contratos de préstamo con la Corporación y hayan entregado o cancelado a los abogados de la Consultoría Jurídica a través del Colegio de Abogados, por concepto de honorarios profesionales con ocasión de la celebración de los referidos contratos de préstamos, constituye un pago indebido, es decir, los citados empresarios pagaron un concepto que no debían, por lo que podría ser objeto de una acción de repetición por parte de los particulares afectados, de conformidad con lo establecido en los artículos 1178 y 1179 del Código Civil.

Se deja sin efecto la opinión emitida por esta Dirección mediante memorándum N° 04-02-257 de fecha 17 de diciembre de 2002.

Memorándum N° 04-02-157 del 11 de agosto de 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *Las nociones de funcionario público y patrimonio público contenidas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, deben interpretarse en el sentido amplio que se deriva de la Ley Contra la Corrupción y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

La obligación de prestar caución en los términos señalados en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público incluye a todo funcionario encargado de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos.

Memorándum N° 04-02-167 del 22 de agosto de 2003.

La solicitud de pronunciamiento, tiene su fundamento en el marco jurídico de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, cuyo artículo 161 en concordancia con el artículo 53 del Reglamento N° 1 de la citada ley, pareciera ser muy amplia conceptualmente, no limitando la obligación de prestar caución solamente a los empleados de hacienda.

Concretamente, el director consultante manifiesta que su inquietud tiene como basamento las solicitudes recibidas de distintas entidades del sector público que coinciden en solicitar asesoría en torno a la obligación de prestar caución en los términos señalados en el artículo 161 citado supra.

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹ precisa en su artículo 161, ubicado en el Título IX denominado “De las Responsabilidades”, cuáles funcionarios deben prestar caución al señalar lo siguiente:

“Artículo 161. Los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, prestarán caución antes de entrar en ejercicio de sus funciones, en la cuantía y forma que determine el reglamento de esta Ley.

La caución se constituye para responder de las cantidades y bienes que manejen dichos funcionarios y de los perjuicios que causen al patrimonio público por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o impericia en el desempeño de sus funciones.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

En ningún caso podrá oponerse al ente público perjudicado la excusión de los bienes del funcionario responsable”. (Destacado nuestro).

Como se observa la norma supra transcrita, determina que corresponde a dos categorías de funcionarios la obligación de prestar caución, a saber: los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales y los funcionarios encargados de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos. Igualmente, es importante destacar la noción de patrimonio público, pues la finalidad que persigue la constitución de la caución es que los funcionarios señalados puedan responder de las cantidades y bienes que manejen y de los eventuales perjuicios que ocasionen al patrimonio público por las causas allí señaladas, a propósito de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la guarda, custodia y manejo de fondos o bienes públicos; ingresos, fondos y bienes que forman parte integrante de dicho patrimonio.

Ahora bien revisada tanto la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público como su Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario, se evidencia que ninguno de estos instrumentos normativos, define lo que debe entenderse por funcionario y por patrimonio público a los fines de la constitución de las cauciones a que se refiere el artículo 161 de la misma Ley. En consecuencia, visto que no existe disposición precisa en tales instrumentos normativos (Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 1), resulta indispensable, en atención de lo previsto en el artículo 4° del Código Civil, tener en consideración “(...) las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas (...)”, así como la jurisprudencia y la doctrina emitida en la materia, sin perder de vista la finalidad de protección del patrimonio público que manifiesta de manera diáfana el artículo 161 de la referida Ley.

En relación con la noción de funcionario, la Ley del Estatuto de la Función Pública² establece en su artículo 3 lo siguiente:

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

“Artículo 3. Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada”.

Bajo esta óptica puede señalarse que funcionarios públicos son todos los que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, al prestar servicio a los organismos que ella expresamente determina (artículos 4 y 5 Vicepresidencia Ejecutiva, Ministerios, Gobernaciones, Alcaldías, Institutos Autónomos). Sin embargo, salvo los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública, también son funcionarios públicos, aunque dicha ley los excluya de su aplicación (Art. 1°, Parágrafo Único), aquellos pertenecientes a organismos que cuentan con estatutos de personal particulares, pero que en todo caso llenan los extremos que caracterizan la noción de funcionario público. Esto es “(...) los individuos que en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el oficio de funciones públicas al servicio de entidades públicas estatales” (Eloy Lares Martínez, Manual de Derecho Administrativo. Pág. 378) o en otras palabras” todos los que ejerzan una función pública, 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.” (Hildegard Rondón de Sansó. El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa, Pág. 162).

Igualmente, es preciso señalar que el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción³, también contiene una definición de funcionarios públicos, a los efectos de esa Ley en los términos siguientes:

“Artículo 3. Sin perjuicio de los que disponga la Ley que establezca el Estatuto de la Función Pública, a los efectos de esta Ley se consideran funcionarios o empleados públicos a:

(Omissis)

2. Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones ci-

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.

viles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aún cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio”. (Destacado nuestro).

(Omissis)

“A los fines de esta Ley deben considerarse como directores y administradores, quienes desempeñen funciones tales como:

- a) Directivas, gerenciales, supervisorias, contraloras y auditoras.
- b) Participen con voz y voto en comités de : compras, licitaciones, contratos, negocios, donaciones o de cualquier otra naturaleza, cuya actuación pueda comprometer el patrimonio público.
- c) Manejen o custodien almacenes, talleres, depósitos y, en general decidan sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles del ente u organismos, para su consumo.
- d) Movilicen fondos del ente u organismo depositados en cuentas bancarias.
- e) Representen al ente u organismo con autoridad para comprometer a la entidad.
- f) Adquieran compromisos en nombre del ente u organismo o autoricen los pagos correspondientes.
- g) Dicten actos que incidan en la esfera de los derechos u obligaciones de los particulares o en las atribuciones y deberes del Estado...”.

Como se observa la Ley Contra la Corrupción determina que se consideran funcionarios o empleados públicos, a los efectos de esta Ley, entre otros empleados, a los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones en los términos allí señalados. **Por lo que la noción de funcionario público (a los efectos de la Ley contra la Corrupción), incluye no solamente a los empleados que reúnen las características citadas supra, sino también a los directores y administradores de los entes creados bajo forma de derecho privado señalados en el numeral 2 del artículo 3 ejusdem.**

Otra definición que se encuentra en la novísima Ley Contra la Corrupción en su artículo 4, es la noción de patrimonio público, concepto que incluye el de ingresos nacionales, fondos y bienes públicos. Dicho artículo señala lo siguiente:

“**Artículo 4.** Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal.
3. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los distritos y distritos metropolitanos.
4. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en los demás entes locales previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.
5. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios y dependencias federales.
6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela.
8. Las Universidades Públicas.
9. Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales.

10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquellas.

11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.

Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”.

Del texto precedentemente transcrito se observa que dentro de la noción de patrimonio público se incluye no solamente el que corresponde a los organismos y entes de naturaleza eminentemente pública o creados bajo formas de derecho público, sino que también está incluido el que corresponde a personas creadas bajo formas de derecho privado tales como sociedades, fundaciones y asociaciones civiles en los términos allí señalados. **De manera que al igual que la noción de funcionario público amplia que se señaló supra, la noción de patrimonio público que consagra esta nueva ley es, asimismo, bastante extensa ya que incluso va más allá del que corresponde o es administrado por las figuras organizativas del sector público. (Caso de transferencias, aportes, subsidios o contribuciones).**

Tales disposiciones de la Ley Contra la Corrupción evidencian la intención del legislador de ampliar el ámbito o efectos de estas nociones (funcionario público y patrimonio público), cuando de la protección de este último se trata. Intención que subyace, igualmente, en otras leyes como es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴, de lo cual constituyen pruebas, por ejemplo, sus artículos 52 y 82, en donde se establece para los recursos provenientes del sector público en forma de transferencias, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, pero administrados por particulares, el régimen de control interno, de resarcimiento y de sanción propio del sector público, y en donde se equipara a dichos particulares con los funcionarios públicos.

Ahora bien, para determinar si las nociones de funcionario público y patrimonio público contenidas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, deben interpretarse en el sentido amplio o extenso que se deriva de la Ley Contra la Corrupción y la Ley que rige a este Organismo Contralor, entendemos que debe tenerse en cuenta que una de las finalidades de la primera de estas dos leyes (artículo 1) es la de “(...) **garantizar** el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, con fundamento en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y **responsabilidad** consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Finalidad enteramente similar a la declarada expresamente por el artículo 161 de la citada Ley, al establecer que el objeto de la **caución** (garantía) allí prevista es que los respectivos funcionarios **respondan** de los perjuicios causados al patrimonio público. Por consiguiente, consideramos que en todo lo atinente al cumplimiento de esa finalidad de garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, y por ende a los fines de la interpretación del citado artículo 161, las nociones de funcionario público y de patrimonio público deben entenderse que tienen el alcance que consagra dicha Ley Contra la Corrupción, salvo disposición expresa en contrario.

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

Tal afirmación encuentra respaldo incluso en el contenido del artículo 53 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público para la Ejecución Presupuestaria, al determinar que los funcionarios allí indicados no pueden tomar posesión de sus cargos hasta tanto presten caución suficiente ante la Auditoría Interna de la respectiva unidad administradora, sin diferenciar entre las Auditorías Internas de organismos de naturaleza pública y entes constituidos bajo la forma de derecho privado que igualmente deben contar con Unidades de Auditoría Internas de conformidad con los artículos 135 y 6, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Con fundamento en lo señalado precedentemente debemos afirmar que las personas que cumplan las funciones señaladas en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en la Fundación consultante, deben prestar caución ante la respectiva Unidad de Auditoría Interna.

Memorándum N° 04-02-167 del 22 de agosto de 2003.

FUNCIÓN PÚBLICA: *Procedencia del mes de disponibilidad, previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.*

El funcionario de carrera que fuere removido de un cargo de libre nombramiento y remoción, tiene derecho a un mes de disponibilidad antes de ser retirado de la Administración Pública, a los fines que ésta proceda, a su reubicación en la misma Institución o fuera de ella en un cargo de carrera de similar o superior nivel y remuneración al que ocupaba para el momento de la reducción de personal o de su designación en el cargo de libre nombramiento y remoción.

Memorándum N° 04-00-188 del 15 de octubre de 2004.

A los fines de emitir el pronunciamiento requerido es necesario indicar que tanto en la derogada Ley de Carrera Administrativa¹ como en

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975.

la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública², se prevén dos categorías tradicionales de funcionarios públicos, en los tres niveles políticos territoriales de la Administración Pública. Por una parte, se encuentran los Funcionarios de Carrera, caracterizados por su ingreso a la Administración Pública mediante nombramiento, previa selección a través del concurso público respectivo, que hayan superado el período de prueba, que desempeñen servicios remunerados y con carácter permanente y que, en el desempeño de sus cargos, tienen derecho a la estabilidad, al ascenso, disfrute del mes de disponibilidad y de todos los beneficios y derechos previstos en la Ley; y por la otra, se encuentran los Funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción, nombrados y removidos libremente de sus cargos, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley, quienes podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza, según la clasificación prevista en la Ley estatutaria nacional, en el entendido que la condición de funcionario de carrera no se pierde.

Señalado lo anterior, es importante destacar que los funcionarios de carrera pueden ser designados para ocupar en un momento dado, cargos de alto nivel o de confianza que comprenden la categoría de libre nombramiento y remoción. En tal sentido, el vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa³, respecto a las situaciones administrativas, en su artículo 84, define por disponibilidad “la situación en que se encuentran **los funcionarios de carrera** afectados por una reducción de personal **o que fueron removidos de un cargo de libre nombramiento y remoción**. El período de disponibilidad tendrá una duración de un mes contado a partir de la fecha de notificación, la cual deberá constar por escrito.” (Destacado nuestro).

Asimismo, el artículo 84 ejusdem prevé que “La disponibilidad se entenderá como prestación efectiva de servicios a todos los efectos.”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento antes mencionado, según el cual: “Durante el mes de disponibilidad la oficina de personal del organismo, tomará las medidas necesarias para reubicar al funcionario. La reubicación deberá hacerse en un cargo de carrera de similar o superior nivel y remuneración al que el funcionario ocupaba

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.630 del 27 de enero de 1999.

para el momento de la reducción de personal, o de su designación en el cargo de libre nombramiento y remoción”.

Como puede observarse, el funcionario de carrera que fuere removido de un cargo de libre nombramiento y remoción, tiene derecho a un mes de disponibilidad, antes de ser retirado de la Administración Pública, a los fines que ésta proceda, a su reubicación en la misma Institución o fuera de ella, en un cargo de carrera de similar o superior nivel y remuneración al que ocupaba para el momento de la reducción de personal, o de su designación en el cargo de libre nombramiento y remoción.

No obstante, se observó que la Consultoría Jurídica del ente no hace referencia a documentos que acrediten la condición de funcionaria de carrera en el momento en que la ciudadana (...) fue designada para ocupar el cargo de Jefe de la Oficina de la Contraloría Interna (E), sin embargo, asevera que ocupó cargos de carrera en otros órganos de la Administración Pública antes de ser encargada temporalmente de dicha dependencia, siendo ello así, esta Dirección General considera que le correspondía el pago del mes de disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa y en resguardo al derecho constitucional a la estabilidad en el trabajo, previsto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el entendido que su retiro debe ser de acuerdo con su desempeño, salvo los casos antes comentados (reducción de personal o remoción de un cargo de libre nombramiento y remoción).

En ese sentido, se considera que le corresponde el pago del mes de disponibilidad no es posible su permanencia en la Institución, por cuanto mal podrían haber dos personas con iguales niveles jerárquicos en esa Unidad de Auditoría Interna, sea que el nuevo titular fuere designado por concurso público o que fuere encargado por la máxima autoridad del organismo, a los fines de evitar que esa Unidad quede acéfala.

Asimismo, es necesario señalar que la ciudadana en cuestión desempeñaba el cargo temporalmente en calidad de encargada, hasta tanto se realizara la provisión del cargo del titular de la Unidad de Auditoría

Interna, designado mediante el concurso público a que se refiere el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴, y las Resoluciones Nros. 01-00-00-004 de fecha 27 de febrero de 2002 y 01-00-005 de fecha 01 de marzo de 2002, emanadas del Contralor General de la República, cuyo ámbito subjetivo está circunscrito a la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, resaltando que dichos titulares durarán cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones y sólo podrán ser removidos del cargo previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le deberá remitir la información que éste requiera, de donde se infiere que tienen estabilidad por el tiempo que duren en el referido cargo, pero no debe confundirse con la estabilidad funcional que gozan los funcionarios de carrera antes comentada, sino que es una estabilidad legal en razón del tiempo en que dure el ejercicio de las funciones contraloras cinco (5) años, que no es el caso de la ciudadana (...).

Por lo antes expuesto, esta Dirección General coincide en que la ciudadana (...), como funcionaria de carrera, conservaba el derecho al mes de disponibilidad inmanente a tal condición, previsto tanto en la Ley del Estatuto de la Función Pública como en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

Memorándum N° 04-00-188 del 15 de octubre de 2004.

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

FUNDACIONES

FUNDACIONES: *Tarifa de viáticos para viajes en el interior y exterior del país aplicable a una Fundación del Estado.*

Los empleados de las fundaciones estatales en lo que se refiere a su sistema de remuneraciones que incluye a los viáticos están sometidos al régimen de derecho privado que dimana de las directrices previstas en sus estatutos y a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, de allí que no estén incluidos dentro del ámbito de aplicación de los Decretos Nros.184 y 260 que regulan el monto correspondiente a la asignación de viáticos a funcionarios públicos y obreros que presten servicios a órganos y entes públicos regidos por la Ley de Carrera Administrativa, pues el ámbito jurídico de aplicación de este instrumento se circunscribe a los funcionarios públicos y obreros, que trabajan en los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada Funcionalmente y dentro de esta última, a los entes de Derecho Público como los Institutos Autónomos, cuyo personal es calificado como funcionarios públicos.

Memorándum N° 04-00-150 del 20 de septiembre de 2004.

Se somete a la consideración de esta Dirección el proyecto de oficio elaborado por la Dirección de Control del Sector Planificación, Desarrollo y Finanzas, para responder al planteamiento formulado por la Auditora Interna de la Fundación (...), respecto a la aplicabilidad o no a dicha Fundación de los Decretos 184 y 260¹ en los cuales se fija la tarifa de viáticos para viajes en el interior y exterior del país.

En el proyecto de respuesta al precitado Oficio, la Dirección consultante, expresa, entre otras cosas, que la Fundación (...)

“...es una persona jurídica estatal constituida bajo la forma de derecho privado, integrada a la estructura general del Estado, que está sujeta en principio, a las normas del Código Civil, las cuales operan sin perjuicio de la aplicación de normas de derecho público (régimen preponderante), por consiguiente se les aplican una mixtura de disposiciones tanto de derecho público como privado....”

Ahora bien, conviene destacar que en virtud de los cambios realizados al ordenamiento jurídico para adaptarlo a las premisas constitucionales, se dictó la Ley del Estatuto de la Función Pública según la cual la norma en cuestión le es aplicable a los empleados de las Fundaciones Estatales, por no estar excluidos de su aplicación conforme al artículo 1, parágrafo único de la citada Ley...

¹ Gacetas Oficiales de la República de Venezuela N° 36.731 de fecha 28 de junio de 1999 y 34.243 del 16 de junio de 1989.

...a los fines de deslindar la procedencia con fundamento en lo precedentemente expuesto, se desprende que el cálculo de viáticos a cualquier funcionario o empleado de la Fundación, es decir, cualquier órgano o ente que se encuentra dentro de los órganos que conforman la Administración Pública, debe ser realizado conforme a las disposiciones contenidas tanto en el Decreto N° 184 del 26 de junio de 1999, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.731 del 28-06-1999, contentivo de la “Tarifa de Viáticos para viajes en el país”, así como en el Decreto N° 260 del 24 de mayo de 1989 publicado en la Gaceta Oficial N° 34.243 del 16-05-1989, que contiene la “Tarifa de viáticos para viajes al Interior y Exterior del País y Monto de la Asignación Fija Mensual para los Funcionarios que viajen en cumplimiento de sus Funciones”, citados al inicio de la presente opinión, los cuales conforman las normas vigentes que regulan la materia en cuestión, y por lo tanto aplicables al caso planteado.”

Las normas señaladas precedentemente, son aplicables, sin menoscabo de la normativa que haya dictado en atención a la autonomía orgánica, funcional y administrativa es aplicable a la citada Fundación, en atención a la naturaleza jurídica que detenta, los cuales deben estar en armonía con los lineamientos que en tal sentido estén presentes en los tantas veces aludidos Decretos 184 del 26 de junio de 1999 y 260 del 24 de mayo de 1989, que constituyen el marco regulatorio que garantiza la adecuación e integración de las citadas normas, a las leyes o cualquier norma de rango sublegal decretado para la aplicación y observancia de los órganos que conforman la Administración Pública Nacional.”

Sobre los particulares expuestos en el proyecto de oficio, esta Dirección considera oportuno hacer las observaciones siguientes:

Ciertamente, la Fundación, adscrita al Ministerio de Planificación y Desarrollo², es un ente integrante de la Administración Pública Nacional Descentralizada funcionalmente, conforme a lo

² Artículo 12, numeral 9 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los Órganos de la Administración Central. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.889 del 10 de febrero de 2000.

dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública³, toda vez que su patrimonio inicial fue constituido con aportes de varias entidades públicas, entre las cuales la República aportó más del cincuenta por ciento⁴.

En términos de la Ley en comento, (...), constituye un **ente descentralizado funcionalmente, con forma de derecho privado sin fines empresariales**⁵, que se rige, a tenor de lo previsto en el artículo 112 ejusdem, por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la Ley. Se trata de una persona jurídica constituida dentro del marco del Derecho Privado bajo la forma de una fundación

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 37.305 del 17 de octubre de 2001.

4 Esta norma adopta la tesis de la participación patrimonial como criterio de encuadramiento en la estructura organizativa del Estado. En ese sentido la Base Tercera del Acta Constitutiva de (...) expresa: El Patrimonio de la Fundación estará conformado por: a) Los aportes iniciales de los Fundadores, a saber: La República de Venezuela aporta doscientos setenta y ocho mil bolívares (Bs.278.000); el Estado Lara, cien mil bolívares (Bs. 100.000); el Estado Yaracuy, noventa mil bolívares (Bs. 90.000); el estado Falcón veinte mil bolívares (Bs. 20.000); la Municipalidad del Distrito Iribarren del Estado Lara cinco mil bolívares (Bs. 5.000); la Compañía Anónima Central Yaritagua, diez mil bolívares (Bs.10.000); la Compañía Anónima Central Río Turbio, veinticinco mil bolívares (Bs.25.000); la Compañía Anónima Venezolana de Cementos diez mil bolívares (Bs.10.000); la Compañía Anónima Central el Tocuyo, cinco mil bolívares (Bs.5.000); Industrias Azucareras S.A.; cinco mil bolívares (Bs.5.000); la Sociedad Regional de Ganaderos de Occidente, dos mil bolívares (Bs.2.000); la Cámara de Comercio del Estado Lara, dos mil bolívares (Bs.2.000); la Cámara de Industriales del Estado Lara, dos mil bolívares (Bs.2.000) y la Sociedad de Cañicultores El Turbio, dos mil bolívares (Bs. 2.000).

5 “Artículo 29: Los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la presente Ley. Los entes descentralizados funcionalmente, serán de dos tipos:

1.- Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las **personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas de derecho privado** en los términos de la presente Ley, y serán de dos tipos: a). Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios...” Por su parte el artículo 108 de la citada Ley define como Fundaciones del Estado a “...Los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento.”

que según las disposiciones del Código Civil⁶ es sujeto de derechos y obligaciones, a partir del cumplimiento de las formalidades esenciales de registro, y de allí en adelante, opera en el ámbito jurídico, bajo normas de Derecho Privado, por tal razón el artículo citado invoca en primer término al Código Civil.

Como toda fundación, es una universalidad de bienes que constituyen patrimonio separado, al que se le ha dotado de personalidad jurídica para la consecución de un fin de utilidad general que en este caso está definido en la base segunda del Acta Constitutiva, conforme a la cual (...) tendrá como objeto: “...impulsar el desarrollo integral de la Región Centro-Occidental de Venezuela y para ello contribuirá con los sectores público y privado en el estudio y coordinación de los proyectos y planes de inversión que se establezcan en uno u otro sector al nivel regional...”.

Ahora bien, la participación mayoritaria del Estado en la constitución de su patrimonio⁷ aunado a su injerencia y participación decisiva en la gestión de dicho patrimonio así como, que sus ingresos provienen mayoritariamente del Ejecutivo Nacional, constituyen razones de fundamental importancia para que a dicho ente también se le apliquen normas de Derecho Público, que las incluyen, expresamente, dentro de su ámbito de aplicación y que hacen a la referida Fundación susceptible de aplicación de un régimen de derecho mixto, tal y como se desprende de lo expuesto en el referido artículo 112 de la Ley Orgánica

6 Conforme lo dispone el artículo 19, ordinal 3° del Código Civil, son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos: Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado, las cuales adquirirán su personalidad con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro. Precisa la norma que en el acta constitutiva expresarán el nombre, domicilio, objeto de la asociación, corporación y fundación, y la forma en que será administrada y dirigida y quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de los respectivos jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores. En ese sentido, tanto en el Acta Constitutiva de (...) como en sus Estatutos se expresa que se registrará por las bases establecidas en su acta constitutiva y las disposiciones pertinentes del Código Civil y funcionará con arreglo a los Estatutos (encabezamiento del Acta Constitutiva y artículo 28 de sus Estatutos).

7 A tenor de lo previsto en el numeral 11 del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción, se considera patrimonio público el que corresponde por cualquier título a : “Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refiere los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto...”

de la Administración Pública, al señalar que se rigen por “las demás normas aplicables”.

Dentro del grupo de normas de Derecho Público, encontramos, entre otras, las siguientes: Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁸, Ley Contra la Corrupción⁹, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰, el Decreto N° 677 mediante el cual se dictan las Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el Control de los Aportes Públicos a las instituciones privadas similares¹¹, el Decreto con Fuerza y rango de Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Central¹².

Se trata de normas orientadas al establecimiento de mecanismos de control ejercidos por diversos entes y órganos, a fin de procurar el cabal cumplimiento del objeto fundacional y cuidar que las actividades de la fundación se verifiquen dentro de la estrecha legalidad, toda vez que, siendo el patrimonio la esencia del ente, es deber de sus administradores mantenerlo a los fines de su correcta inversión para el cabal cumplimiento de su objeto de utilidad general. Esta normativa no supone la intervención en la toma de decisiones de dirección y administración o disposición sobre su propio patrimonio, o respecto a las actividades regulares de orden económico de la Fundación, puesto que la regulación de la gestión de dirección y administración la determinan sus fundadores en el acta de constitución a través de los respectivos Estatutos, pues como persona jurídica dicha Fundación goza de autonomía organizativa, funcional y administrativa en los términos previstos en dichos instrumentos.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003.

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

11 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.574 Extraordinario del 21 de junio de 1985. En este se desarrolla un riguroso régimen de control de tutela que ha dotado al Ejecutivo de amplias facultades en cuanto concierne a la constitución y disolución de fundaciones estatales, disponiéndose además que las aportaciones públicas a las mismas se canalicen a través del órgano de adscripción.

12 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.126 del 24 de enero de 2001.

En ese orden de ideas de acuerdo con lo dispuesto en las Base Quinta del Acta Constitutiva, (...), es dirigida por un Consejo Directivo y administrada por un Directorio Ejecutivo¹³ en los cuales convergen la representación de los sectores público y privado. Así, el Consejo Directivo está integrado por veintinueve (29) miembros que incluyen la participación de veinticuatro (24) representantes del sector público en sus tres niveles territoriales de gobierno (Nacional, Estatal y Municipal) y cinco (5) representantes correspondientes cuatro (4) al sector privado y uno (1) al sector obrero. A dicho Consejo le corresponden, entre otras, la función de nombrar los representantes del sector privado y el representante del sector laboral **y fijar la remuneración de todos los miembros del Directorio Ejecutivo** (artículo 8, literal b) de los Estatutos).

Por su parte, la administración de la Fundación le corresponde al Directorio Ejecutivo, integrado por un Presidente y diez (10) Directores Principales, de los cuales el Presidente y cuatro (4) Directores, representan el sector público y son de libre elección y remoción del organismo de “tutela”; cuatro (4) Directores Principales son elegidos por el Consejo Directivo como representantes del sector privado; un (1) Director Principal es designado por el Consejo Directivo, como representante del sector laboral de la región, y el Presidente de CORPOCCIDENTE que se considera como un representante del sector público (artículo 11 de los Estatutos).

Este Directorio Ejecutivo según lo dispuesto en el artículo 16 de los Estatutos (reproduce lo dispuesto en la Base Undécima de Acta Constitutiva), tiene a su cargo funciones orientadas a la realización del objeto de la Fundación, así, el referido artículo expresa que son atribuciones del Directorio Ejecutivo las siguientes:

*“a) Administrar la Fundación con los más amplios poderes, incluyendo las facultades de adquirir, enajenar y gravar bienes, muebles e inmuebles y de **celebrar toda clase de contratos para la realización de los fines de la Fundación...***

*c) **Aprobar la organización interna de la Fundación y reglamentar su funcionamiento.***

13 Estatutos de la Fundación reformados el 1° de febrero de 1985, Título V, De la Dirección y Administración.

d) *Elaborar y someter al Consejo Directivo el presupuesto anual, conforme a las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto (hoy Oficina Nacional de Presupuesto).*

e) ***Efectuar todas las gestiones necesarias ante las entidades públicas y privadas para alcanzar los fines de la Fundación, dentro de los planes anuales aprobados por el Consejo Directivo....***”.

Lo anteriormente expuesto tiene como propósito servir de marco teórico, a los fines de resolver el planteamiento formulado por la Auditora Interna de (...), quien según los recaudos suministrados en su consulta, informa que el Directorio Ejecutivo (órgano de administración) en Reunión N° 815 de fecha 24-05-2004, aprobó una normativa que regula el otorgamiento de viáticos a favor de trabajadores que en desempeño de obligaciones laborales, deben viajar fuera del lugar habitual de trabajo a otros sitios dentro del país.

Esta normativa dictada por (...), como persona jurídica en ejercicio de la autonomía orgánica y funcional, supone una actuación propia de la Fundación, enmarcada dentro del ordenamiento jurídico que la rige a tenor de lo dispuesto en el literal b) del artículo 8 y en el literal c) del artículo 16 de sus Estatutos y que, en principio, debe considerarse como necesaria para alcanzar sus fines, en virtud de que la gestión institucional se extiende principalmente a la Región Centro Occidental del país, que comprende a los Estados Falcón, Lara, Portuguesa y Yaracuy.

Ahora bien, la normativa aprobada por el Directorio Ejecutivo de (...), difiere en sus montos de los previstos en el Decreto N° 184 mediante el cual el Ejecutivo Nacional fija la Tarifa de Viáticos para viajes en el país¹⁴, razón por la cual su Auditor Interno solicita la opinión de este Máximo Órgano de Control con el fin de despejar todas las dudas sobre su aplicación a la Fundación.

En ese sentido, debemos precisar que el Decreto en comento fue dictado por el Presidente de la República, con fundamento en las atribuciones conferidas por los artículos 42 y 43 de la Ley de Carrera

14 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.731 del 28 de junio de 1999.

Administrativa, cuyo texto se corresponde actualmente con los artículos 54 y 55 de la Ley del Estatuto de la Función Pública¹⁵, conforme a los cuales le corresponde aprobar el sistema de remuneraciones para los funcionarios públicos. En ese orden de ideas en el artículo 1° del Decreto citado se precisa que: “Los viáticos diarios por concepto de alojamiento y comida para el traslado dentro del país se cancelarán de conformidad con los grados y niveles establecidos para los puestos de trabajo de obreros y cargos de empleados¹⁶ (...)” este artículo incluye una tabla que agrupa en categorías, a los distintos grados y niveles de funcionarios a los fines del cálculo de los viáticos dentro del país, y en dicha tabla incluye a grados y niveles de altos funcionarios de la Administración Descentralizada, lo que motiva la duda del Auditor Interno de (...), respecto de su aplicación a dicha Fundación.

Al respecto, debemos destacar que de lo expuesto en el aludido Decreto, se desprende que la cancelación de viáticos a que hace referencia procederá, únicamente para funcionarios públicos que ocupen algún cargo de grado o nivel de los allí establecidos, a los obreros y al personal no clasificado (alto nivel y cargos que no contempla el Manual Descriptivo de Clases de Cargos). Dentro de ese contexto, el ámbito jurídico de aplicación de este instrumento se circunscribe a los funcionarios públicos y obreros, que trabajan en los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada Funcionalmente y dentro de esta última, a los entes de Derecho Público como los Institutos Autónomos, cuyo personal es calificado como funcionarios públicos. De modo pues que esta normativa regula el monto correspondiente a la asignación de viáticos a funcionarios públicos y obreros que presten servicios a órganos y entes públicos regidos por la Ley que

15 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002. Esta Ley, salvo reformas muy puntuales reproduce los principios contenidos en la Ley de Carrera Administrativa.

16 En este orden de ideas, cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 146, prescribe lo siguiente: “(...) Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley (...)”. Por su parte el artículo 50 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, dispone que las denominaciones y clases de cargos, así como su ordenación y la indicación de aquéllos que sean de carrera, serán aprobadas por el Presidente de la República mediante Decreto. Las denominaciones aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos...”.

sirvió de fundamento jurídico para su emisión, que para entonces era la Ley de Carrera Administrativa. En ese mismo sentido, se orientan las previsiones del Decreto N° 260 mediante el cual se aprueba la Tarifa de Viáticos para Viajes al Interior y Exterior del país y el monto fijo de la asignación mensual para los funcionarios que viajen en cumplimiento de sus funciones,¹⁷ que permanece vigente en lo que respecta a la tarifa aplicable para el cálculo de los viáticos por viajes al exterior.

En esa misma óptica interpretativa debemos señalar que, en principio los empleados de las fundaciones estatales no son considerados funcionarios públicos y al carecer de esta cualidad, quedan sometidos al régimen de derecho privado que dimana de las directrices previstas en sus estatutos y a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, con respecto a su sistema de remuneraciones que incluye a los viáticos. Decimos, en principio, porque, a tenor de lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción los directores y administradores de las Fundaciones Estatales, son considerados funcionarios públicos a ciertos efectos legales. Salvo estos casos, la relación de servicio con el personal subalterno se rige por el derecho común, es decir, están sujetos a la legislación laboral ordinaria.

De allí que al personal que labora en estos entes no le es aplicable la Ley del Estatuto de la Función Pública, puesto que como instrumento normativo, conforme lo establece el texto constitucional, está llamado a regular las **relaciones de carácter funcional** que se mantengan con la Administración Pública. En ese sentido, esta Ley, al determinar su ámbito de aplicación en el artículo 1°, dispone que "...regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales..." Precisa, además, en su artículo 3, la noción de funcionario público indicando que "Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada con carácter permanente."

17 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.243 del 16 de junio de 1989, derogado parcialmente los artículos 1 al 7 por los Decretos N° 2.921 y 1.919, publicados en Gaceta Oficial N° 35.213 del 18-05-93 y 36.243 del 08-07-97.

Así, del análisis concordado de estas disposiciones con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 *ejusdem*, se concluye que son funcionarios públicos los que presten servicios a los organismos que allí se indican (Vicepresidencia Ejecutiva, Ministerios, Gobernaciones, Alcaldías, Institutos Autónomos); asimismo, también son considerados funcionarios públicos (salvo como es lógico, los obreros y obreras de la Administración) aquellos pertenecientes a organismos que cuentan con estatutos de personal propios, que cumplen con los requisitos que caracterizan la noción de funcionario público, aunque dicha Ley los excluya expresamente de su ámbito de aplicación en el párrafo único del artículo 1°.

En ese sentido, si bien es cierto que este párrafo único, no excluye expresamente de su aplicación a los empleados de las fundaciones estatales, como se indica en el proyecto de oficio, esta circunstancia por sí sola no es suficiente para considerarlos funcionarios públicos sometidos al régimen estatutario funcional previsto en dicha Ley¹⁸, en virtud de que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 *ejusdem*, se requieren ciertas condiciones, para que pueda considerarse como funcionario público a un sujeto determinado, a saber: a) Que el sujeto haya sido nombrado

18 En ese sentido se ha pronunciado esta Contraloría en numerosos dictámenes, a saber: Dictamen N° DGSJ-1-180 del 15-09-87, “Los empleados de la Fundación no son, en principio, funcionarios públicos como tales, no están sometidos al régimen de incompatibilidades que rige a éstos últimos, consagrado constitucionalmente en los artículos 123 y 124, desarrollado en la Ley de Carrera Administrativa, artículos 31, 32 y 33 (Gaceta Oficial N° 1.745 Extraordinario, del 23-05-75)...Se dice que son funcionarios públicos, en principio, toda vez que a la luz de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los directores y administradores de las fundaciones se consideran funcionarios o empleados público (véase Dictamen N° DGSJ-1-121 del 05-08-83). La circunstancia de carecer de cualidad de funcionario público el personal de la Fundación, obliga a someterlo al régimen de derecho privado; en el caso concreto, por una parte, a las directrices que imponen sus estatutos, y, por la otra, a las disposiciones contenidas en la Ley del Trabajo. Dictamen N° DGSJ-1-106 del 16-11-87”. Memorandum N° 04-02-94 del 02-05-00. “En el asunto consultado, se observa que se trata de establecer la incompatibilidad que pudiera existir entre el goce de la pensión jubilaria que le fue otorgada por este Organismo y el sueldo que devengaría como Presidente de la Fundación Gumersindo Torres”...adscrita y bajo la tutela de la Contraloría General de la República, cuyo personal está sometido al Derecho Laboral ordinario y, por lo tanto, se rige en sus relaciones de trabajo por la Ley Orgánica del Trabajo. Ello trae como consecuencia que los cargos desempeñados por sus empleados, incluido el de Presidente de las mismas, no puedan ser calificados como cargos públicos. Sobre el particular, es conveniente señalar que la expresión cargo público ha de entenderse como “(...) el empleo que desempeña una persona sometida a un régimen especial; en Venezuela se rige por la Ley de Carrera Administrativa, distinta a los trabajadores en relación de dependencia en el sector privado”. Oficio N° 04-02-14 del 05-04-01: “Sobre el particular esa Consultoría

por una autoridad competente; b) Que implique el desempeño en el ejercicio de una función pública y c) Que la función sea remunerada y de carácter permanente. En términos del Dr. Eloy Lares Martínez se trata de “individuos que en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el oficio de funciones públicas al servicio de entidades públicas estatales.”¹⁹

En virtud de lo anterior y atendiendo a que, para que una persona sea considerada funcionario público, debe prestar sus servicios directamente a un órgano o persona jurídica de Derecho público, y al ser las fundaciones estatales personas jurídicas constituidas y regidas por normas de derecho privado, en los términos expuestos precedentemente, aún cuando son creadas por voluntad de una persona pública, sus empleados no pueden ser catalogados como funcionarios públicos²⁰.

Ello es así, independientemente de que la Fundación esté adscrita a un órgano público, ya que la adscripción supone que aquélla depende de éste en cuanto a las políticas a seguir en función, de las directrices que le imparta, pero ello no comporta, en modo alguno, que sus empleados sean considerados funcionarios públicos. De modo que su sistema de remuneraciones se rige por la normativa dictada al efecto por sus órganos de dirección y administración conforme con lo dispuesto en su Acta Constitutiva y Estatutos, enmarcada dentro del ámbito jurídico de la Legislación Laboral ordinaria.

En otro orden de ideas, y en el entendido que el propósito de la consulta surge de la preocupación del órgano de control fiscal del ente, ante la aprobación de la normativa de viáticos, cuyos montos difieren

Jurídica luego de acotar que la Fundación Juventud y Cambio fue constituida por el Estado, recuerda que ese ente constituido bajo dicha figura, su ordenamiento jurídico primario está regulado por normas del derecho privado, y solamente en cuanto al control del aporte público y a otros efectos específicos (presupuestario, crédito público etc.) por normativas atinentes al Derecho Público. Por lo que siendo una institución cuyas relaciones laborales están reguladas por el derecho laboral privado -Ley Orgánica del Trabajo, su Reglamento y la correspondiente contratación colectiva, cuando la hubiere- sus empleados no están obligados a presentar declaración jurada de patrimonio.

19 Manual de Derecho Administrativo.

20 Ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 8 de octubre de 2003, Expediente 03-2187. Criterio explicado con anterioridad por ese Órgano Jurisdiccional, en decisiones recaídas en los expedientes N° 03-0058 y 03-1720, de fechas 6 de febrero y 7 de agosto de 2003.

de los aplicables a la Administración Central y que contempla dentro de sus previsiones su revisión anual atendiendo a las disponibilidades presupuestarias. Debemos precisar que a fin de lograr que dicha normativa garantice el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos y se enmarque dentro de las políticas públicas destinadas a lograr la reducción de gastos y a la adopción de medidas de austeridad, están previstos legalmente los mecanismos para ello, así, independientemente del control interno, consagrando un régimen de control de adscripción sobre los entes públicos o privados estatales descentralizados funcionalmente y que se descompone en control de tutela, accionario y estatutario.

En efecto, el Decreto con Fuerza y Rango de Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Central, establece una clara distinción entre los diversos tipos de control que ésta ejerce sobre sus entes descentralizados y, precisamente, señala que como consecuencia de la adscripción, los órganos de la Administración Central ejercerán, en el caso de las Fundaciones del Estado, un control de carácter estatutario y al efecto remite a lo establecido en el Decreto 677, conforme al cual, el órgano de adscripción (Ministerio de Planificación y Desarrollo, en este caso), debe ejercer la supervisión de la fundación, a fin de asegurar que las actividades de la misma se correspondan con los objetivos, programas y metas para los cuales fue constituida, evaluar de forma continua los resultados de la gestión e informar de ello al gabinete sectorial respectivo, así como coordinar el presupuesto de la fundación, con miras a garantizar que se ajuste a los objetivos perseguidos y remitir al Ministerio de Finanzas durante el primer trimestre de cada año copia del informe y cuenta de su gestión.

Este control se fortalece con lo dispuesto en los artículos 76 numeral 12 y 117 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, conforme a los cuales el órgano de adscripción ejerce sobre sus órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar, así como funciones de supervisión, coordinación y control que le correspondan, a cuyo efecto formularán las directrices generales que sean necesarias y evaluarán en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución y las Leyes atribuyan a los órganos de la función contralora.

Aunado a esto, conforme a los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos consagrados en los artículos 20 y 21 ejusdem, la asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se ajustará estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento, para el logro de sus metas y objetivos y su actividad propenderá a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios.

De allí que a través de ese control el Ministerio de adscripción puede dictar las directrices pertinentes a fin de que sus órganos y entes adscritos propendan a la utilización racional de los recursos del Estado, para lo cual deben dictarse medidas destinadas a racionalizar el uso de los recursos y a la promoción de políticas de austeridad, que produzcan una reducción del gasto y corrijan prácticas derrochadoras.

Sobre la base de los razonamientos expuestos precedentemente debe sostenerse que los trabajadores que presten servicios en las Fundaciones Estatales se rigen por la normativa dictada al efecto por sus órganos de dirección y administración de acuerdo con lo establecido en su Acta Constitutiva y Estatutos, enmarcados dentro del ámbito jurídico de la Legislación Laboral ordinaria.

Memorándum N° 04-00-150 del 20 de septiembre de 2004.

HACIENDA PÚBLICA NACIONAL

HACIENDA PÚBLICA NACIONAL. *La prescripción de las acreencias por cobrar que aparecen registradas en la contabilidad fiscal, sólo opera a instancia o a solicitud de los respectivos deudores, siempre y cuando estén dadas las condiciones que impone la Ley para su procedencia.*

La alternativa que se advierte a fin de sanear la situación que se presenta en la contabilidad fiscal con deudas (no tributarias) incobrables o al menos de difícil o dudosa recaudación, sería elevar una petición de remisión de los derechos pendientes de cobro al Ministerio de Finanzas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en concordancia con el artículo 169 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que le asigna al Ejecutivo Nacional las facultades para resolver los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales.

Memorándum N° 04-02-47 del 20 de febrero de 2003.

Se somete a consideración la situación de los derechos pendientes de ejercicios anteriores que mantiene un Organismo en sus cuentas contables y que resultan deudas incobrables por diversas circunstancias.

Al respecto, esta Dirección Observa:

De acuerdo con los principios generales que regulan la prescripción en el derecho común, la prescripción extintiva o liberatoria no es más que un modo de extinguirse el derecho que tiene el acreedor para accionar el cumplimiento de una obligación por no ejercerlo durante el lapso que determina la ley, lo cual acarrea como consecuencia que el deudor se libera de cumplir con su obligación, por no habersele exigido a su debido tiempo y siempre y cuando así lo invoque este último, ya que la prescripción no opera de pleno derecho. De allí, que las condiciones básicas que definen la institución de la prescripción son: 1) La existencia de un derecho concreto que pueda ejercitarse; 2) La falta de ejercicio de ese derecho por inercia, negligencia o abandono de su titular; y 3) El transcurso del tiempo que señale la Ley.

De lo expuesto, resalta que la prescripción extintiva no es propiamente un medio de extinción de una obligación, puesto que únicamente extingue las acciones para obtener su cumplimiento coactivo. De esta forma, constituye un medio de defensa a disposición del deudor para

liberarse de su obligación y que, por tanto, éste es quien debe invocarla u oponerla al acreedor en el supuesto de que se le exija el pago de una deuda que llene las condiciones determinadas por la ley para considerarla prescrita.

El profesor Eloy Maduro Luyando nos dice: “La prescripción comporta una excepción o medio de defensa, no pudiendo deducirse por vía de acción. Sólo puede ser alegada por el interesado cuando es demandado o le es exigido el cumplimiento de una obligación, pero el deudor no puede demandar al acreedor para que éste le reconozca la prescripción ocurrida en su beneficio”. (Véase del autor citado, “Curso de Obligaciones-Derecho Civil III”. Caracas. 1967. P. 360).

Los lineamientos reseñados se encuentran recogidos en nuestro Código Civil y en principio son plenamente aplicables al campo hacendario público, dado que el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional¹ consagra que tanto los créditos a favor del Fisco Nacional como los que existen en su contra están sujetos a la prescripción conforme a las reglas del Código Civil, a falta de disposiciones contrarias de dicha Ley o de leyes fiscales especiales. En este sentido, particularmente debemos tener presente que los artículos 1956 y 1957 del citado Código contemplan que no puede ser suplida de oficio la prescripción no opuesta y que la misma puede ser renunciada por el deudor, razón por la cual aún transcurrido el lapso de prescripción correspondiente cabe la posibilidad de que pague.

Como corolario de lo anterior no resulta posible a la República, por órgano de esta Contraloría, en su condición de acreedor, valerse del instituto de la prescripción en relación con sus propias acreencias. En la situación planteada la declaratoria de prescripción sólo podría operar a instancia o solicitud de los respectivos deudores y siempre y cuando estén dadas las condiciones que impone la ley para su procedencia.

Por lo demás, los principios generales en comento no han sufrido variación con la derogatoria de la Ley Orgánica de la Contraloría General

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974.

de la República de 1995², ni con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³.

Sobre el tema de la prescripción resulta conveniente precisar, que es la Ley Orgánica de la Hacienda Pública la que hasta ahora ha regulado lo relativo a la sujeción a la prescripción de los derechos y acciones a favor del Fisco Nacional o a cargo de éste, dejando a salvo su aplicación a la materia tributaria regida por el Código Orgánico Tributario por disposición expresa de éste último, y con la aclaratoria de que la denominación “Fisco” como personificación jurídica de la Hacienda, contenida en el artículo 1 *in fine* de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional fue derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Al respecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone:

“Artículo 18.- Los derechos y acciones a favor del Fisco Nacional o a cargo de éste, están sujetos a la prescripción, conforme a las reglas del Código Civil, a falta de disposiciones contrarias de esta Ley o de las leyes fiscales especiales”.

“Artículo 58.- Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los créditos del Fisco por razón de contribuciones prescriben por diez años, contados desde la fecha en que la contribución se hizo exigible”.

“Artículo 69.- Todo crédito contra el Fisco prescribe por diez años contados desde la fecha del acto que da origen a la acreencia. Esta prescripción se interrumpe por demanda legalmente notificada o por gestión administrativa, en los casos en que sea admisible este procedimiento.

Respecto a las prescripciones más cortas que establece el Código Civil en el artículo 1.980 y en los numerales 1°,

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 10 y 11 del artículo 1.982 regirán los lapsos en ellos señalados”.

En este orden de ideas, se observa que la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 en materia de prescripción sólo establecía un aspecto de procedimiento administrativo vinculado al control previo, a saber, la necesidad de un dictamen previo por parte de este Organismo en el supuesto de que el Ejecutivo Nacional resolviera declarar la prescripción de los créditos atrasados a favor de la República, pero evidentemente ello suponía el alegato o solicitud de prescripción por parte del deudor correspondiente (artículo 41). Asimismo, preceptuaba tal requisito en los casos de remisión total o parcial de dichos créditos, cesiones, concesión de prórrogas para su pago o celebración de cualquier transacción relacionada con los mismos. Por su parte, la nueva Ley Orgánica que rige a este Organismo simplemente eliminó la referida disposición, más siguen vigentes las regulaciones sobre la prescripción de los créditos o deudas a favor o en contra de la República de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional anteriormente transcritas.

Todo parece indicar que estamos ante un problema de deudas (no tributarias) incobrables o al menos de difícil o dudosa recaudación, siendo que desde el punto de vista legal no encontramos alguna normativa expresa que autorice el descargo de deudas con estas características de la contabilidad fiscal, a diferencia de lo que acontece en materia de créditos tributarios en determinados supuestos, toda vez que el Código Orgánico Tributario en su artículo 54 sí establece la posibilidad de la declaratoria de incobrabilidad *de oficio* por parte de la Administración Tributaria, como un medio de extinción de las obligaciones tributarias.

La única disposición no derogada en cuanto a las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta -excepto la tributaria regida por el Código Orgánico Tributario- que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores, y que por lo demás representa el antecedente legislativo del artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, es la contenida en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, ubicada en el Título II “Rentas Nacionales”,

que prevé -entre otras cosas- que el Ejecutivo Nacional puede celebrar arreglos o transacciones con los deudores, así como conceder remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses o plazos para su pago, cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones, lo cual no podrá llevarse a cabo sino cuando después de consultados el Contralor de la Nación y el Procurador de la Nación, estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende.

No obstante, fíjese que el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, habla de “concesiones” o “gracias”, lo cual en principio presupone una petición de los deudores en alguno de esos sentidos, cosa que no ocurre en la situación sometida a consideración. A su vez, este artículo consagra mecanismos de procedencia excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, en atención a que la forma normal de cancelación o extinción de las obligaciones fiscales es el pago, tal y como también lo pauta el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional cuando indica que: fuera de los supuestos expresados en el artículo 49 *ejusdem*, el producto de las rentas nacionales debe ser enterado directamente por el deudor o contribuyente en la Oficina del Tesoro Nacional encargada de la recepción de fondos y en virtud de liquidación autorizada por un funcionario competente, conforme a la Ley.

Sobre el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, la Procuraduría General de la República ha dicho:

“Las gracias fiscales previstas en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y en especial la condonación de deudas, son dispositivos de excepcional aplicación que proceden solamente cuando, a una recta conducta en sus relaciones con el Fisco, se añade una disminución cuantitativamente importante y de carácter permanente en la capacidad de pago del solicitante, que puede hacer presumir con fundamento que la deuda a su cargo ha devenido incobrable” (Véase Doctrina de la Procuraduría General de la República - Año 1967. Caracas. Pp.106-112).

Y es que el principio que guió la construcción doctrinal de la Procuraduría General de la República en torno a las denominadas “Gracias Fiscales” fue el que se encuentra resumido en el Informe al Congreso Nacional presentado por la Procuraduría de la Nación en enero de 1959, correspondiente a los años 1957-1958, en el que respecto a las facultades del Ejecutivo Nacional contempladas en el citado artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se señala que: “no pueden erigirse, en ningún caso, en modos regulares de extinción de las obligaciones fiscales, pues ellas sólo propenden al saneamiento, administrativamente de la Contabilidad Fiscal, para despejarla de ‘deudas muertas’ o cuando más, a una equitativa y ponderada adecuación del rigor propio de la Ley Tributaria a las circunstancias especiales y personales de sus destinatarios, derivados de su estado económico y, principalmente, de su insolvencia”. (Tomado del dictamen II 2883 del 07-06-67 publicado en la “Doctrina de la Procuraduría General de la República Año 1967”. Caracas. Pp.106-112).

Ahora bien, es el caso que la Dirección General de los Servicios Jurídicos de esta Contraloría General de la República, se ha pronunciado sobre la posibilidad de la concesión de “gracias fiscales” a instancia de la propia Administración de Hacienda, fundamentadas en el interés manifiesto de despejar la contabilidad fiscal de “deudas muertas” de origen distinto al tributario. Así, mediante dictamen N° DGSJ-1-052 del 07-09-1993, publicado en Dictámenes de la citada Dirección 1992-1995, Tomo XI, Vol. I, pp.148-156, se expresa lo siguiente:

“La Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República han opinado que la concesión de gracias fiscales, excepcionalmente, procede a instancia de la propia Administración, en los casos que aparezca indubitable la incobrabilidad de la deuda; en virtud de lo cual, en ejercicio de las facultades que al Ejecutivo Nacional confiere el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional para resolver sobre los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales, resulta aplicable el artículo 49 ejusdem”.

A mayor abundamiento sobre la evolución al referido criterio sustentado por nuestra doctrina administrativa, cabe mencionar el dictamen

de la desaparecida Consultoría Jurídica de esta Institución N° CJ-87 del 19-07-79, en donde se dijo:

“Ha sido criterio reiterado del Organismo Contralor que las remisiones de deudas fiscales permitidas por el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional proceden a petición de parte interesada. Tradicionalmente se ha sostenido que el particular debe demandar previamente la remisión, imponiendo al Ejecutivo Nacional de las razones por las cuales él considera la procedencia de su solicitud.

Ahora bien, esta Consultoría Jurídica aprecia la necesidad de modificar el criterio defendido en anteriores oportunidades.

Tomando en cuenta el interés de la Administración en despejar de deudas muertas la Contabilidad Fiscal, consideramos que, en algunos casos excepcionales, como los de autos, en que aparezca indubitable la incobrabilidad de la deuda, por haber desaparecido el deudor y no existir fiador o garante alguno, es perfectamente lógico que se prescinda de la instancia de parte, y que la iniciativa provenga de la propia Administración. Un tal proceder estaría fundado, a nuestro juicio, en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que faculta al Ejecutivo Nacional ‘para resolver los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales’...”.

Asimismo, en el dictamen N° DGSJ-1-48 del 01-08-94 esta Dirección al reiterar su postura en cuanto a la procedencia de la “remisión oficiosa” y la improcedencia de declarar la prescripción de oficio para situaciones como la planteada, señaló:

“...debe precisarse en cuanto a la remisión, que su declaratoria, a diferencia de la prescripción, no supone de modo alguno el reconocimiento de un derecho del deudor, sino que obedece a una actuación voluntaria del acreedor, quien acuerda la absolución o perdón de la deuda, relevando de ese modo al deudor de su cumplimiento.

Constituye, por tanto una auténtica medida de gracia. Por esta circunstancia, nuestra doctrina administrativa se ha pronunciado por considerarla como un mecanismo de extinción de las obligaciones de carácter excepcional; criterio que también ha sido acogido por este Organismo Contralor mediante dictamen N° 1-103- del 12-05-75.

(Omissis)

...si bien no existe en nuestra legislación fiscal, salvo en el ámbito tributario, un tratamiento especial para lograr la descentralización de las acreencias incobrables, el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional confiere al Ejecutivo Nacional facultades para resolver los casos dudosos o no previstos en leyes fiscales procurando conciliar los intereses del Fisco con las exigencias de la equidad”.

Es oportuno precisar que aunque no hemos podido ubicar algún dictamen de la Procuraduría General de la República sobre el particular, si hemos constatado en un dictamen de la Dirección de Asesoría Jurídica de este Organismo consultado en original, distinguido con las siglas y N° DGSJ-1-126 del 30-12-1982 y, emitido ante una solicitud de opinión del entonces Ministro de Hacienda respecto a la posibilidad de hacer “remisión oficiosa” de una serie de derechos pendientes de pago con base en su incobrabilidad, que allí se identifican un Oficio de la Procuraduría General de la República con el N° 5291 de fecha 02-09-80 y un Memorándum de la Consultoría Jurídica del mencionado Despacho Ministerial N° HCJ-921 del 15-09-80, como contentivos de opinión favorable a dicha “remisión oficiosa”.

Por otra parte, a la luz de los cambios legislativos acontecidos en torno a la administración financiera del sector público, es menester precisar que si bien el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional fue expresamente derogado por el artículo 171 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁴, su

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.029 del 5 de septiembre de 2000, cuya última reforma aparece en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

contenido de cualquier manera se mantiene vigente en la última Ley citada, la cual lo recoge en el artículo 169.

El artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establecía:

“El Ejecutivo Nacional está facultado para resolver los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales, procurando conciliar siempre los intereses del **Fisco** con las exigencias de la equidad.”

El artículo 169 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público dice:

“El Ejecutivo Nacional está facultado para resolver los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales, procurando conciliar siempre los intereses del **Estado** con las exigencias de la equidad **y los principios generales de la administración financiera.**” (Destacado nuestro).

Con base en las consideraciones que anteceden no es posible declarar de oficio la prescripción de las acreencias por cobrar que aparecen registradas en la contabilidad fiscal de este Organismo, siendo que la posibilidad que se advierte a fin de sanear la situación que se presenta con las mismas, sería elevar una petición de remisión de los derechos pendientes de cobro al Ejecutivo Nacional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y, en concordancia con el artículo 169 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que le asigna las facultades para resolver sobre los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales.

A los efectos de la solicitud de remisión, por “Ejecutivo Nacional” debe entenderse el “Ministerio de Finanzas”, ya que es éste el Despacho al que compete la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia financiera y fiscal y la Contabilidad Pública, de conformidad con los numerales 1 y 12 del artículo 8° del Decreto N° 2.141 de fecha 21-11-2002, publicado en la G.O. N° 37.576 del 22-11-2002, así como al que compete la dirección y supervisión del mantenimiento de los sistemas que integran la administración financiera del sector público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Debe tenerse presente que la falta de diligencia, omisión o retardo en las gestiones de cobranza por parte de los respectivos funcionarios genera responsabilidad administrativa.

Si bien la prescripción sólo puede ser invocada por el deudor y no tiene porqué presumirse con toda seguridad que el mismo la opondría si se le exige el pago de su deuda, estimamos preferible efectuar la solicitud de remisión respecto de aquellas acreencias en las que hayan transcurrido más de diez años desde la fecha de emisión de la correspondiente liquidación o desde la fecha de vencimiento del plazo para su pago, según los casos. Ello, en atención a la prescripción decenal.

Para la concesión de la remisión el Ejecutivo Nacional debe consultar previamente a este Organismo Contralor y al Procurador General de la República.

Memorándum N° 04-02-47 del 20 de febrero de 2003.

LEYES

LEYES: Interpretación del artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

El artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es una norma de derecho transitorio que resuelve el problema del procedimiento aplicable para la imposición de multa, formulación de reparo y declaratoria de responsabilidad administrativa iniciados bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, permitiendo expresamente, la aplicación ultraactiva de ésta, por ser más favorable a las personas sometidas a procedimientos administrativos sancionatorios o determinativos de responsabilidad en curso para el momento de su entrada en vigencia, sin vulnerar por ello el principio de aplicabilidad inmediata de la ley procesal previsto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Oficio N° 04-00-014 del 31 de agosto de 2004.

Se somete a la consideración de la Dirección General, opinión con respecto al artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En ese sentido, consideramos pertinente destacar que La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, contempló expresamente, en el **Título V, DISPOSICIONES TRANSITORIAS, FINALES Y DEROGATORIAS, Capítulo I, Disposiciones Transitorias**, el dispositivo normativo citado, con el objeto de regir la sucesión en el tiempo de la Ley vigente hasta el 31 de diciembre de 2001 y la nueva Ley que entraría en vigencia a partir del 1° de enero de 2002.

El artículo en cuestión es del tenor siguiente:

“Artículo 117. Los procedimientos administrativos para la determinación de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la formulación de reparos, que se encuentren en curso para el momento de entrada en vigencia de esta ley, se seguirán tramitando conforme a lo establecido en la Ley Orgánica

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001.

de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)”.

Se trata de una norma destinada, única y exclusivamente, a prever la solución a un problema de derecho transitorio; que resuelve, sin incidir en aspectos sustantivos, el problema de la Ley aplicable a los casos iniciados bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, permitiendo expresamente, la aplicación ultraactiva del procedimiento establecido en ésta. Ello, sobre la base de que el acto derogatorio debía entrecruzarse con otros institutos como la **vacatio legis**, la retroactividad y las disposiciones transitorias, entre otros, que modularan el efecto derogatorio, debido a que lo más frecuente, es que durante un tiempo exista una parcial superposición de la antigua y nueva ley, por ello, lo normal es que la nueva ley posea eficacia retroactiva en algún grado, o bien que la ley antigua goce aún de algún tipo de eficacia residual o ultractividad.

De la lectura de la norma transitoria que acabamos de reproducir, surge evidente la intención del Legislador de regular el problema de la sucesión de leyes en el tiempo, con apego al principio que prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley, precisando como regla respecto a los procedimientos administrativos que estuviesen en curso al momento de la entrada en vigencia del nuevo instrumento normativo, (textualmente reza: ***que se encuentren en curso para el momento de entrada en vigencia de esta ley***), la ultractividad de las normas procedimentales previstas en un instrumento normativo anterior (***Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada, en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco***) .

Según ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la libertad del legislador para resolver el conflicto temporal de leyes es amplia y puede manifestarse de dos modos, a saber: a) normas de conflicto particulares, destinadas a orientar la sucesión de dos o más leyes concretas; y b) normas de conflicto generales, dirigidas a resolver la sucesión de cualesquiera leyes.

En efecto, la norma en cuestión se erige como un mecanismo de regulación de la transitoriedad, que busca tanto la armonización e implantación efectiva del nuevo procedimiento único de determinación de responsabilidades, previsto en la nueva Ley, como la continuidad procedimental de los casos ya iniciados para el momento de su entrada en vigencia, en el entendido de que la tramitación de estos últimos conforme a la Ley derogada, en manera alguna conduce al menoscabo de derechos y garantías constitucionales de los particulares (interesados). Es así como la norma impugnada, en respeto, precisamente, a las previsiones del artículo 24 Constitucional y en garantía de derechos que se encuentran íntimamente vinculados a la noción de seguridad jurídica, como premisa axiológica de todo ordenamiento jurídico y expectativa razonable de todos los ciudadanos, dispuso que los procedimientos en curso (averiguaciones administrativas, reparos y multas), para el momento de entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, debían seguir tramitándose conforme a lo dispuesto en la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual, establecía tres procedimientos distintos, en contraposición al único regulado en la nueva Ley.

En ese orden de ideas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia patria, constituye referencia obligada la opinión que sobre la materia expuso el Dr. Joaquín Sánchez Covisa, en su obra “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”, en la cual señala que: **“en aquellos ordenamientos jurídicos (caso venezolano) en los cuales el principio de la irretroactividad de la ley es un precepto constitucional, ello no obsta para que leyes ordinarias contengan normas transitorias especiales, con la importante salvedad de que tales normas podrán reglamentar para el caso en cuestión el principio constitucional, podrán prescribir una aplicación paulatina de la ley a los casos concretos, mas no podrán infringir, desde ningún punto vista el principio de irretroactividad....”**.

Dentro de este contexto, no cabe duda que la norma contenida en el artículo 117 en referencia, viene a constituirse en una norma de carácter transitorio la cual tiene como objetivo fundamental, reconocer la ultractividad en la aplicación de las normas adjetivas (es decir, las que establecen el procedimiento administrativo a utilizar para resolver

o tramitar el juzgamiento de las irregularidades y contravenciones que lo originan), contenidas en la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para todos aquellos casos de averiguaciones administrativas, reparos y multas iniciados con anterioridad al 1° de enero de 2002.

A título ejemplificativo, debemos resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico, existen otras leyes que contienen disposiciones transitorias similares a las del caso que nos ocupa, como son el artículo 337 del Código Orgánico Tributario, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley del Estatuto de la Función Pública, la Disposición Transitoria Primera del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, entre otros, y que constituyen normas de derecho intertemporal que regulan la aplicación de la ley a las situaciones intermedias, no terminadas, pendientes o en tramitación existentes al momento de entrar en vigencia la nueva Ley.

En ese orden de ideas, no queda lugar a dudas o equívocos al sostener la constitucionalidad del artículo 117 de la Ley que regula las funciones de esta Contraloría, sobre la base de que se apega a lo dispuesto en el artículo 24 Constitucional.

En efecto el artículo 24 Constitucional, consagra el principio general de la Irretroactividad de las leyes² y su excepción cuando se trate, en

2 Sobre la irretroactividad de la ley, la Sala Constitucional del TSJ en sentencia del 25 de septiembre de 2001 (caso: Antonio Volpe González), estableció: “Una elemental regla de técnica fundamental informa que las normas jurídicas, en tanto preceptos ordenadores de la conducta de los sujetos a los cuales se dirigen, son de aplicación a eventos que acaezcan bajo su vigencia, ya que no puede exigirse que dichos sujetos (naturales o jurídicos, públicos o privados) se conduzcan u operen conforme a disposiciones inexistentes o carentes de vigencia para el momento en que hubieron de actuar. “La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está así vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica conforme a la cual el Derecho se afirma como un instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado a través del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento, perdería buena parte de su hábito formal, institucional y coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un orden..”.

materia penal, de la aplicación de la ley penal más favorable. Consagra, igualmente, el principio de la aplicabilidad inmediata de las leyes de procedimiento, en los términos siguientes “Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero, en las pruebas penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron”³.

La amplitud del principio de Irretroactividad de la Ley, y su preeminencia sobre otros que también se encuentran previstos en el artículo 24 de la Constitución, queda puesta de manifiesto, particularmente, en la circunstancia de que, no obstante establecerse en la misma norma el principio de aplicabilidad inmediata de las leyes de procedimiento, tal aplicabilidad sin embargo “cede” en aquellos casos en que la nueva ley procesal o procedimental sea menos favorable al “reo”. De allí que la citada norma constitucional finalice expresando que en cualquier caso de duda se aplicará la ley que le resultare más favorable a éste “in dubio pro reo”.

En este aspecto, es de derecho aseverar que las leyes sólo disponen para el futuro y que como tal no tienen efectos retroactivos, siendo así éstas rigen y producen efectos sobre situaciones jurídicas nacidas y producidas desde el momento mismo de su entrada en vigencia. En esta medida, y con el fin de evitar que se afecten derechos adquiridos o situaciones válidamente consolidadas, el Legislador, e incluso el Constituyente, han justificado la ultractividad de las leyes, de tal forma que una ley derogada puede seguir teniendo efectos jurídicos.

A todo evento, es de significativa relevancia los efectos perturbadores que en la tramitación de los casos iniciados antes de la vigencia de la nueva Ley, tendría la aplicación del procedimiento previsto en ella, pues se trata de la aplicación de nuevas normas adjetivas muy diferentes a los procedimientos ya iniciados de conformidad con la Ley anterior.

³ Como especie de excepción a ese principio, se establece el de estimación o preferencia, en los procesos penales, de las pruebas precedentemente evacuadas, en cuanto beneficien al reo.

En efecto, si bien es cierto que en ambas leyes los procedimientos tienen una estructura lógica común, que permite distinguir tres fases fundamentales: iniciación, sustanciación y terminación, dentro de las cuales el interesado ejerce a plenitud los derechos que la Constitución le garantiza, los procedimientos de averiguaciones administrativas, reparos y multas iniciados antes del 1° de enero de 2002, estaban regulados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, en títulos separados, y se tramitaban conforme a procedimientos específicos para cada materia; así existía un procedimiento para la determinación de la responsabilidad administrativa, otro para la imposición de multas y otro para la formulación de reparos; cada uno con diferentes lapsos de sustanciación y decisión, y también con una diferente asignación de competencias.

Mientras que en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se prevé un procedimiento único establecido en el Capítulo IV del Título III, denominado “Del Procedimiento Administrativo para la Determinación de Responsabilidades”, común para la determinación de responsabilidad administrativa, formulación de reparos o imposición de multas, en el cual correlativamente se uniforman los lapsos de sustanciación y decisión. En consecuencia, la norma transitoria contenida en el artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, debe ser interpretada en el sentido de considerar que el verdadero propósito y finalidad de la misma, fue el de disponer que esos procedimientos pendientes fuesen tramitados hasta su conclusión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada, por ser más favorable a las personas sometidas a procedimientos administrativos sancionatorios o determinativos de responsabilidad.

En efecto existe una diferencia radical en la regulación procedimental establecida en una y otra ley, pues tal como indicamos **supra**, mientras en la ley anterior se establecían procedimientos separados y diferentes para la formulación de reparos, la imposición de multas y la declaratoria de responsabilidad administrativa, en la nueva ley se prevé un procedimiento único de determinación de responsabilidades.

Ese cambio radical de por sí, resultaría desfavorable para el imputado en cualquiera de los procedimientos iniciados y pendientes, de no mediar un régimen transitorio de aplicabilidad de la ley anterior, ya que lo obligaría a adaptarse bruscamente a un nuevo régimen interruptivo del anterior y con ello muy probablemente a cambiar su estrategia y actuación de defensa, colocándolo en situación de desventaja.

Sobre la base de lo expuesto, esta Dirección General concluye, que el artículo 117 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no vulnera el principio de aplicabilidad inmediata de la Ley procesal, previsto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Oficio N° 04-00-014 del 31 de agosto de 2004.

LICITACIONES

LICITACIONES: *Imposibilidad de incluir una cláusula que estipule su renovación anual automática en los contratos celebrados con ocasión de un procedimiento licitatorio para el ejercicio presupuestario en curso.*

No es posible estipular contractualmente la renovación anual automática de la vigencia de contratos celebrados para el ejercicio presupuestario en curso, pues ello equivaldría a realizar una contratación comprometiendo más de un ejercicio presupuestario.

Memorándum N° 04-02-26 del 8 de marzo de 2004.

Se consulta respecto a la procedencia de prorrogar automáticamente la vigencia de un contrato celebrado con ocasión de un procedimiento licitatorio para el ejercicio presupuestario en curso, a través de la incorporación de una cláusula que contemple su renovación por el período de un año siempre y cuando exista disponibilidad presupuestaria.

Al respecto, esta Dirección observa:

Si bien los contratos que celebra la Administración –en nuestro caso la República– son el resultado de un acuerdo de voluntades, todo lo concerniente a la competencia de la autoridad contratante, al conjunto de formalidades que han de observarse y a la manifestación de su voluntad está sometido a preceptos de derecho público.

Particularmente, a los efectos de los planteamientos formulados, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de pautas previas al otorgamiento del contrato, que implican algunas limitaciones. Una de ellas es que se requiere autorización presupuestaria previa, vale decir, se requiere la existencia de una partida presupuestaria para cubrir el gasto, la cual tiene como límite temporal un (1) año, desde el 1° de enero al 31 de diciembre de cada año, otra viene dada por los procedimientos para selección del contratista, previstos en el Decreto con Fuerza de Ley de Licitaciones¹ según el cual la regla general es que todo contrato debe licitarse y sólo por excepción procede su adjudicación directa, es decir, que en principio la autoridad administrativa competente no elige libremente con quien va a contratar,

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

lo que se inspira en los principios de transparencia, igualdad, competencia y publicidad.

En cuanto a la autorización presupuestaria, el artículo 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela indica que no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto; asimismo el artículo 313 **ejusdem** consagra el principio de la anualidad presupuestaria, al señalar que “La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley” (principios de legalidad del gasto y de anualidad presupuestaria).

De la misma forma, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (G.O. N° 37.029 del 05-09-2000, cuya última reforma parcial aparece en la G.O. N° 37.606 del 09-01-2003), determina en su artículo 56, que las cuentas de los presupuestos de ingresos y gastos se cerrarán el 31 de diciembre de cada año, por lo que, con posterioridad a dicha fecha, no pueden asumirse compromisos ni causarse gastos con cargo al ejercicio que se cierra. También esta Ley, en su artículo 49, ratifica que no se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios.

En sintonía con lo antes expuesto, la Ley de Licitaciones, en sus artículos 4 y 103, dispone incluso que no se podrá otorgar la buena pro en proceso licitatorio alguno si no estuvieren previstos los recursos presupuestarios necesarios para atender los compromisos correspondientes y, por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 38, señala que el sistema de control interno que se implante en los entes u organismos a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de dicha Ley, deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de determinados requisitos, entre los que figura, la existencia de disponibilidad presupuestaria.

Lo precedentemente dicho se traduce en que los créditos acordados en el Presupuesto de Gastos, solamente pueden ser utilizados durante la vigencia del Presupuesto que se aprueba cada año, y ese marco anual es

el límite de validez de las autorizaciones para gastar. Por consiguiente, todo indica que no es posible estipular cláusulas que prevean una renovación anual automática de la vigencia de los contratos celebrados por el Organismo, para el ejercicio presupuestario en curso que concluiría el 31-12-2004, pues ello prácticamente equivaldría a realizar una contratación comprometiendo más de un ejercicio presupuestario.

Cabe mencionar que en lo concerniente a las prórrogas de los contratos esta Dirección General, en el Dictamen N° 04-00-01-202 del 06-10-1999 se pronunció, haciendo valederas las consideraciones hechas en torno a la contratación por más de un ejercicio presupuestario, ya que la prórroga supone la extensión del término de vigencia del contrato. Allí se dijo que: "... la celebración de contratos que abarquen más de un ejercicio, en principio, implicaría la asunción de compromisos sin que existan créditos presupuestarios disponibles..." y que "... los contratos derivados de procedimientos licitatorios deberán ser específicos, tener plazos de vigencia determinados, no mayores de un año, no siendo admisibles las cláusulas contractuales que permitan la renovación automática de las convenciones".

Ahora bien, respecto a la posibilidad de incluir una cláusula de renovación o prórroga de un contrato por solamente un (1) año más, en forma no automática, bajo la condición de que ello suceda siempre y cuando exista disponibilidad presupuestaria en el siguiente ejercicio fiscal y así sea solicitado expresamente por la Contraloría General de la República, se observa que al mantenerse al mismo contratista por un período adicional de un año sin nuevo procedimiento licitatorio, pudiera interpretarse como atentatorio a la regla general en materia de selección de los contratistas, cual es, que en principio todo contrato debe licitarse en aras de la competitividad.

En materia de contratación para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios distintos a los profesionales y laborales, este Organismo está sujeto a los procedimientos para la selección del contratista previstos en la Ley de Licitaciones, instrumento legal que no contiene disposición expresa en torno a la posibilidad de renovar anualmente contratos celebrados con ocasión de procedimientos licitatorios.

Como bien lo asienta el Dr. Eloy Lares Martínez, en su obra “Manual de Derecho Administrativo”, en el sistema de licitación –a diferencia del sistema de trato libre- la autoridad administrativa competente para celebrar un contrato no elige libremente a la empresa o al particular con quien va a contratar, sino que, “previa invitación a aquellos individuos o compañías que estén dispuestos a la celebración del contrato proyectado, examinadas las características de cada uno de los aspirantes y sus propuestas, se elige al que ofrezca condiciones más ventajosas para el interés general y en consecuencia se celebra con el elegido el contrato proyectado”. (Véase Ob. Cit. Caracas. Décima Segunda Edición. 2001. pág. 276).

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la Ley de Licitaciones trae dos disposiciones orientadas por el principio de anualidad presupuestaria del que hemos hablado, a saber:

- a) La del artículo 23, en concordancia con el artículo 25, conforme a los cuales, los entes a los que se aplica la Ley en cuestión, están en la obligación de remitir –a título informativo- al Servicio Nacional de Contrataciones, en el mes de octubre antes del cierre de cada ejercicio fiscal, la programación de obras, servicios y adquisiciones de bienes a contratar para el próximo ejercicio fiscal, dejando a salvo las contrataciones que por razones de seguridad de Estado estén calificadas como tales; y
- b) La del artículo 13, conforme a la cual los entes sujetos a su ámbito pueden iniciar los procedimientos de licitación seis (6) meses antes de que se inicie el ejercicio presupuestario siguiente; no obstante, que no pueden otorgar la buena pro hasta tanto se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, tomando en cuenta los lapsos correspondientes al proceso licitatorio.

Nótese que con las disposiciones **supra** reseñadas el legislador ha querido ser previsor, en atención a la anualidad que rige en materia presupuestaria y a los lapsos del proceso licitatorio, dando margen para que con suficiente antelación se hagan las programaciones de las contrataciones correspondientes y las mismas estén a disposición del público, aunque no impliquen compromiso alguno, tal como lo pauta el artículo 25 de la Ley de Licitaciones y, asimismo, para que con su-

ficiente antelación al inicio de cada ejercicio presupuestario, se abran los procesos licitatorios de las contrataciones a efectuarse en el año presupuestario subsiguiente.

En este orden de ideas, de la vigente Ley de Licitaciones se vislumbra que, lejos de inclinarse por la posibilidad de prorrogar anualmente los contratos que han sido celebrados con ocasión de un procedimiento licitatorio con vigencia hasta el 31 de diciembre de cada año, con las mismas condiciones del contrato anterior, más bien la Ley quiere la celebración de nuevos contratos, previo el cumplimiento del procedimiento de selección del contratista que corresponda.

Bajo los parámetros explanados y ante el silencio del ordenamiento jurídico imperante en materia específica de prórrogas de las contrataciones, nos pronunciamos por la no inclusión de una cláusula de prórroga o renovación anual de las contrataciones que proyecte celebrar este Organismo.

Memorándum N° 04-02-26 del 8 de marzo de 2004.

LICITACIONES: *La adjudicación directa para el servicio de mantenimiento de los equipos a la misma empresa que los suministró es posible para evitar perder la garantía de buen funcionamiento, en atención a que en el contrato suscrito se estableció como requisito indispensable para que operara dicha garantía el que los equipos sólo fueran revisados o reparados por personal autorizado por la empresa.*

Es procedente la Adjudicación directa para contratar el mantenimiento de equipos de conformidad con lo establecido en el artículo 88 numeral 4 de la Ley de Licitaciones, debido a las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar los mismos, esto es que responden de su buen funcionamiento siempre y cuando el personal de la empresa contratante los manipule durante el tiempo de la garantía, lo cual constituye un impedimento para aplicar otro procedimiento licitatorio.

Memorándum N° 04-00-038 del 18 de junio de 2004.

Esta Dirección general observa que se celebró un contrato de compra venta con la empresa (...), a la que se le otorgó la buena pro en

el proceso de licitación para la adquisición de equipos de aire acondicionado, los cuales actualmente se encuentran instalados y en pleno funcionamiento.

En la Cláusula Quinta del mencionado contrato se convino una garantía de buen funcionamiento, por un lapso de dos años, contados a partir de la fecha de entrega de los equipos, conforme a la cual la Empresa se obliga a ajustar, reparar o reemplazar, **por su exclusiva cuenta y sin costo adicional**, las piezas, elementos o artículos defectuosos de los equipos adquiridos, siendo que en la Cláusula Sexta se estipula que durante el referido período de garantía el Ente debe notificar por escrito a la Empresa de algún defecto de los bienes vendidos, obligándose ésta a la prestación del servicio **estableciéndose como “requisito indispensable” que los equipos sólo pueden ser revisados o reparados por personal autorizado de la Empresa.**

Es el caso que la Unidad de Servicios Generales de la Oficina de Gestión Administrativa, del Ente ha señalado que para la preservación de los equipos es necesario contratar una empresa que se encargue del mantenimiento tanto preventivo como correctivo de los mismos, siendo que el monto estimado de la contratación supera las mil cien unidades tributarias (1.100 U.T.) y, por consiguiente, lo procedente sería iniciar un procedimiento licitatorio para la selección de la empresa que se encargaría del mantenimiento requerido.

Se expresa que, como quiera que en la Cláusula Sexta se previó como requisito indispensable que los equipos sólo pueden ser revisados o reparados por personal autorizado de la Empresa (...), se presenta una situación contradictoria, en virtud de que en caso de resultar merecedora de la buena pro una empresa distinta a aquélla con la cual se contrató la adquisición de los equipos, esa Institución perdería la garantía establecida en la Cláusula Quinta antes mencionada.

Ante tales circunstancias, se solicita opinión para determinar si es procedente adjudicar directamente el servicio de mantenimiento de los equipos de aire acondicionado con la empresa con la cual se adquirieron, para evitar la pérdida de la aludida garantía. En caso contrario, se requiere que se comunique la forma idónea de resolver la situación planteada.

Al respecto, esta Dirección General pasa a emitir su opinión sobre el particular en los siguientes términos:

En el contrato de compra venta celebrado con la empresa (...). se pactó a cargo del vendedor lo que se conoce como garantía convencional de buen funcionamiento, la cual existe cuando el vendedor se compromete a responder al comprador para el caso de que, durante un término determinado, la cosa vendida no funcione bien (Cf. José Luis Aguilar Gorrondona, "Contratos y Garantías" 4° Edic., UCAB, Caracas, 1980 págs. 231 y 232).

En el presente caso, a tenor del contenido de la cláusula quinta del contrato, el objeto de la obligación del vendedor puede consistir en una obligación de hacer (ajustar o reparar los equipos) o en una obligación de dar (suministrar al comprador artículos, piezas o elementos en reemplazo de los que resulten defectuosos), sin costo adicional para el comprador.

En este orden de ideas, y aunque no se dan mayores especificaciones en cuanto a qué actividades comprenderían el mantenimiento preventivo y correctivo que se proyecta contratar, todo parece indicar que al menos el mantenimiento "correctivo" o parte del mismo estaría incluido sin ningún costo extra en el contrato ya suscrito con la empresa (...). Por consiguiente, estos aspectos habría que verificarlos a fin de precisar el objeto de la contratación que se proyecta celebrar.

Respecto a la adjudicación directa del contrato para el servicio de mantenimiento de los equipos de aire acondicionado a la misma empresa que los suministró, para evitar perder la garantía de buen funcionamiento, en atención a que en la Cláusula Sexta del contrato suscrito con ésta última, se estableció como requisito indispensable para que opere dicha garantía el que los equipos sólo puedan ser revisados o reparados por personal autorizado por la empresa (...) consideramos que sí es procedente a la luz de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 88 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones¹. La citada norma dispone:

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

“Artículo 88. Se puede 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)

4. En caso de contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, en los que no fuere posible aplicar los procedimientos licitatorios, dadas las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes, equipos o servicios”:

Efectivamente, somos de la opinión que el caso en análisis está en el supuesto contemplado en la norma **supra** transcrita, ya que dada la modalidad bajo la cual se convino con la empresa (...) el suministro de los equipos, esto es, que responden de su buen funcionamiento siempre y cuando sólo el personal de dicha empresa manipule los equipos vendidos, se constituye en un impedimento para aplicar el procedimiento licitatorio a cualquier otra contratación relacionada con el mantenimiento de los mismos.

Como corolario de lo anterior, la máxima autoridad del Ente, mediante acto motivado puede justificar adecuadamente que se encuentra en la situación descrita, con la advertencia de que tal situación solamente se presenta durante el lapso en que perdura la garantía convencional de buen funcionamiento otorgada por la empresa (...). En consecuencia, la contratación del mantenimiento puede adjudicarse directamente, pero por un plazo coincidente con el lapso de la garantía en cuestión.

Memorándum N° 04-00-038 del 18 de junio de 2004.

LICITACIONES: *Alcance y limitaciones de la participación como observadores en los procesos licitatorios de los representantes de los órganos de control fiscal.*

La participación de los representantes de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Fiscal Interno de los

entes contratantes, como observadores en los procesos de licitación, debe estar circunscrita a su intervención con derecho a voz en los actos públicos de recepción y apertura de sobres como actos preparatorios, en los que no habría posibilidad de coadministrar.

Oficio N° 04-00-007 del 13 de julio de 2004.

Se solicita la opinión de esta Dirección General en torno al alcance y límites a la participación como observadores en los procesos licitatorios, de los representantes de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Interno del ente contratante, en virtud de que el artículo 12 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones no define claramente el rol de observador dentro del proceso licitatorio.

Ciertamente, las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones¹ no son contundentes a la hora de precisar el rol de los representantes de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal, en calidad de “observadores” en los procesos licitatorios, máxime cuando el artículo 17 del mismo texto legal, abre la posibilidad de participación de los observadores en las deliberaciones de las Comisiones de Licitaciones, si a ellas fuesen llamados.

No obstante, es posible inferir el alcance de sus actuaciones, al concatenar dicha normativa con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Licitaciones² y con la preceptiva relativa a las funciones que deben ejercer tanto la Contraloría General de la República como los Órganos de Control Fiscal Interno, contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

El caso es que los procedimientos licitatorios, tienen por objeto la selección de contratistas del sector público, la cual constituye una operación típica de la administración activa, es decir, de aquéllas sobre las cuales deben ejercer sus funciones de control tanto la Contraloría General de la República como los órganos especializados de control fiscal

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.830 del 30 de octubre de 1991.

correspondientes (unidades de auditoría interna). De manera que, en aras de no comprometer su independencia y objetividad, los mencionados órganos de control fiscal deben evitar ejercer funciones que puedan implicar co-administración, toda vez que a ellos corresponderá evaluar posteriormente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la adecuación de los procedimientos de licitación a las normas que los rigen.

La propia Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, al definir la auditoría interna como un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional, de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, expresa que ese servicio se prestará por una unidad especializada, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculadas de las operaciones sujetas a su control (artículo 135).

En este mismo sentido, nótese que el artículo 12 de la Ley de Licitaciones, dispone que los representantes que, como observadores, puede designar tanto la Contraloría General de la República como el órgano de control fiscal interno del ente contratante, no tienen derecho a voto en los procesos licitatorios, lo cual resulta razonable pues de lo contrario pasarían a co-administrar.

Así las cosas, también resulta significativo que en el Reglamento de la Ley de licitaciones, sólo se haga referencia a los observadores en relación con las actas que se deben suscribir, con ocasión de los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad y de ofertas, que son actos de carácter público, preparatorios porque no van al fondo, sin que se les nombre en la fase de calificación o evaluación (véase artículos 65, 80 y 81). Particularmente, el artículo 80 *ejusdem* indica que consignadas las ofertas, la Comisión de Licitaciones abrirá en dicho acto público los sobres contentivos de las mismas, dará lectura a lo esencial de ellas, y “dejará constancia en acta de cualquier exposición que quisieren hacer los miembros de la Comisión, los observadores o algunos interesados”.

Más aún cuando, expresamente en el artículo 45 del supra citado Reglamento se les impide a los observadores participar en el acto de recomendar la selección del contratista, al establecer que tal acto se hará con la sola presencia de los miembros de la Comisión de Licitaciones.

De lo anteriormente expuesto, se colige que la actuación de los observadores designados por esta Contraloría General o por la Unidad de Auditoría Interna del ente contratante, como unidad especializada perfectamente diferenciada de los administradores propiamente dichos, fundamentalmente, debe estar circunscrita a su participación con derecho a voz en los actos públicos de recepción y apertura de sobres como actos preparatorios que son, en los que no habría posibilidad de coadministración o prejuzgamiento, actos en los que, entre otras cosas, podrían advertir, de ser el caso, la entrega inoportuna de ofertas o que alguna empresa no haya presentado toda la documentación requerida.

Oficio N° 04-00-007 del 13 de julio de 2004.

PRESUPUESTO

PRESUPUESTO: *La omisión en que incurren los entes descentralizados al no tramitar sus respectivos proyectos de presupuesto de ingresos y gastos para un ejercicio fiscal determinado, dentro del lapso establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, podría dar lugar a la determinación de responsabilidad administrativa.*

El incumplimiento de la planificación previa de su gestión y la no elaboración y aprobación de los respectivos proyectos de presupuestos en el tiempo oportuno por parte de los entes descentralizados da lugar a responsabilidad administrativa.

Memorándum N° 04-02-05 del 12 de enero de 2004.

Se solicita la opinión de esta Dirección General con relación a si la infracción cometida por los entes descentralizados que no tramitaron sus respectivos proyectos de presupuestos de ingresos y gastos para el ejercicio fiscal (...), da lugar a sanciones.

Revisado como ha sido el planteamiento formulado, esta Dirección General pasa a emitir su opinión en los términos siguientes:

Se observa que los entes descentralizados no tramitaron, a través del correspondiente órgano de adscripción, sus respectivos proyectos de presupuesto de ingresos y gastos, para el ejercicio fiscal (...), dentro del lapso establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, razón por la cual la Oficina Nacional de Presupuesto, procedió a elaborar de oficio, los documentos presupuestarios y los sometió a la consideración del Presidente de la República en Consejo de Ministros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la citada Ley.

Los artículos citados de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público,¹ disponen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 66. *Los directorios o la máxima autoridad de los entes regidos por este Capítulo, aprobarán el proyecto de presupuesto anual de su gestión y lo remitirán, a través del correspondiente órgano de adscripción, a la Oficina Nacional de Presupuesto, antes del treinta de septiembre*

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

del año anterior al que regirá. Los proyectos de presupuesto expresarán las políticas generales de la Ley del marco plurianual del presupuesto y los lineamientos específicos que en materia presupuestaria establezca el Ministro de Finanzas, contendrán los planes de acción, las autorizaciones de gastos y su financiamiento, el presupuesto de caja y los recursos humanos a utilizar y permitirán establecer los resultados operativo, económico y financiero previstos para la gestión respectiva.

El presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela será sometido directamente a la discusión y aprobación de la Asamblea Nacional”.

“Artículo 69. (...) *Si los entes regidos por este Capítulo no presentaren sus proyectos de presupuesto en el plazo previsto en el artículo 66, la Oficina Nacional de Presupuesto elaborará de oficio los respectivos presupuestos y los someterá a la consideración del Ejecutivo Nacional. Para los fines señalados, dicha Oficina tomará en cuenta el presupuesto anterior y la información acumulada sobre su ejecución”.*

Los dispositivos normativos transcritos se ubican dentro de la Ley citada, en el TÍTULO II, DEL SISTEMA PRESUPUESTARIO, CAPÍTULO IV **Del Régimen Presupuestario de las Sociedades Mercantiles del Estado y otros Entes Descentralizados Funcionalmente con fines Empresariales**. Dicho capítulo regula las formalidades que deben cumplirse para la aprobación del presupuesto de los siguientes entes:

1. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el artículo 6 *ejusdem* tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. (artículo 6, numeral 8).
2. Las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.(artículo 6, numeral 9).
3. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas anteriormente citadas tengan participación igual o ma-

por al cincuenta por ciento del capital social. (artículo 6, numeral 9).

4. Otros entes descentralizados con fines empresariales, entendidos éstos como aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esa actividad. (artículo 7, numeral 2).

En efecto, estos entes del sector público nacional a que se refieren los numerales 8 y 9 del artículo 6, así como los otros entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales a que alude el artículo 7, deben elaborar, a los fines de su aprobación por el Directorio o las máximas autoridades, el proyecto de presupuesto anual de su gestión y una vez aprobado, debe ser remitido a través de su órgano de adscripción a la Oficina Nacional de Presupuesto, antes del 30 de septiembre del año anterior al cual regirá.

Recibido el proyecto de presupuesto la Oficina Nacional de Presupuesto, lo analizará a fin de verificar si encuadra en el marco de las políticas, planes y estrategias fijadas para las instituciones presentantes de dicho proyecto; después de su examen la mencionada Oficina producirá un informe en el cual propondrá los ajustes a practicar si, a su juicio, la aprobación del proyecto de presupuesto sin modificaciones pudiera causar un perjuicio patrimonial al Estado o atentar contra los resultados de las políticas y planes vigentes.

Cumplidos estos trámites, el proyecto de presupuesto, acompañado del informe elaborado por la Oficina Nacional de Presupuesto, es sometido a la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros, quien lo aprobará antes del 31 de diciembre con los ajustes que estime convenientes. Esta aprobación no significará limitaciones en cuanto a los volúmenes de ingresos y gastos presupuestarios pues sólo establece la conformidad entre los objetivos y metas de la gestión empresarial con la política sectorial que imparta el organismo de adscripción. Finalmente, el Ejecutivo Nacional publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela una síntesis del presupuesto.

Ahora bien, en el supuesto de que dichos entes no cumplan con la elaboración del referido proyecto, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público pone a cargo de la Oficina Nacional de

Presupuesto, la obligación de elaborar, de oficio, los respectivos presupuestos, para lo cual tomará en cuenta el presupuesto anterior y la información acumulada sobre su ejecución.

Cabe precisar que esta posibilidad excepcional a cargo de la Oficina Nacional de Presupuesto, no libera a las máximas autoridades o directorios u otros funcionarios involucrados de la responsabilidad por no haber procedido a la elaboración de sus respectivos proyectos de presupuestos en tiempo oportuno de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. En efecto, el encabezado del artículo 66 de dicha Ley, establece la obligación para los directorios o la máxima autoridad de los entes indicados en los numerales 8 y 9 del artículo 6 y numeral 2 del artículo 7 de la citada Ley, a aprobar el presupuesto anual de su gestión, cumpliendo a tal fin todos los requerimientos que determina la Ley en comentario, su Reglamento N° 1 y los Instructivos dictados por la Oficina Nacional de Presupuesto, siendo que la aprobación del Directorio es condición previa para que después se produzca los pasos siguientes; por ende la responsabilidad por dicho incumplimiento, recae en principio, en la directiva del ente que no formula y aprueba su presupuesto.

Por otra parte, ante el incumplimiento del deber de elaborar el respectivo proyecto de presupuesto por parte de los directorios o máxima autoridad de los entes que nos ocupan, la Oficina Nacional de Presupuesto, sin perjuicio de la obligación de realizar de oficio el referido proyecto, tiene la posibilidad, como órgano rector del Sistema Presupuestario Público, de instar a su realización y en caso de incumplimiento, podría hacerlo del conocimiento del órgano de adscripción respectivo, dado el poder de control de éste último sobre el ente adscrito, que se concreta, según lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley Orgánica de la Administración Pública², en formular las políticas a desarrollar por el ente descentralizado, mediante directrices vinculantes para sus administradores, en ejercer permanentemente funciones de fiscalización y supervisión, en evaluar continuamente el desempeño y la gestión y en proponer al Presidente de la República su modificación y hasta su eliminación, si fuera el caso.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

A todo evento, a los fines de resolver la interrogante de la consulta, en cuanto a si dicha omisión es susceptible de generar sanciones es oportuno señalar que del análisis al articulado de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y del Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario³, se evidencia una estrecha vinculación entre el presupuesto y la planificación, toda vez que en esa normativa se precisa, entre otras cosas, que el presupuesto de dichos entes deben vincularse con el Plan Nacional de Desarrollo, el marco plurianual del presupuesto, el acuerdo anual de políticas y el plan operativo anual.

Nótese que incluso el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, establece que: “los presupuestos públicos expresan los planes nacionales, regionales y locales elaborados dentro de las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación aprobada por la Asamblea Nacional en aquellos aspectos que exigen por parte del sector público, captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas del desarrollo económico, social e institucional del país; y se ajustarán a las reglas de disciplinas fiscal contempladas en esta Ley, y en la Ley del Marco Plurianual del presupuesto...” (Subrayado nuestro).

Esta vinculación entre planificación y presupuesto aparece evidente, además, en la exposición de motivos del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Planificación⁴ en el cual se especifica que dicho Decreto establece los mecanismos institucionales del Estado para lograr que los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país, se asignen y realicen de manera planificada y se encausen hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos, sustentados en nuestra Carta magna.

En ese sentido, conforme lo expresa el Artículo 2 de dicho Decreto Ley, se entiende por planificación, la tecnología permanente, ininterrumpida y reiterada del Estado y la sociedad, destinada a lograr su cambio estructural de conformidad con la Constitución de la República.

Dentro de este contexto la normativa citada alude a un sistema de planificación constituido por diversos instrumentos, cada uno de los

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.592 del 27 de junio de 2002.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.554 del 13 de noviembre de 2001.

cuales cumple una función específica, complementaria de los demás, dentro de los tipos de planes se refiere, entre otros, al Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Operativo Anual Nacional, el Plan Nacional de Desarrollo Regional, los Planes Nacionales de Desarrollo Regional, el Plan Nacional de Desarrollo Institucional y los Planes Operativos. (artículo 29).

En el conjunto de estos instrumentos importa precisar que los Planes Operativos son aquellos que deben elaborar cada uno de los órganos y entes de la Administración Pública, donde se concretan los programas, proyectos y acciones a desarrollar en el año fiscal correspondiente, de conformidad con las directrices del Plan Operativo Anual Nacional. (Artículo 50).

Asimismo, cabe mencionar que en el Decreto con Fuerza de la Ley Orgánica de Planificación, a fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del mismo, se dispone como obligación de los órganos y entes de la Administración Pública, la remisión al Ministerio de Planificación y Desarrollo, de la información referente a sus programas de inversión planes operativos y respectivos presupuestos.(Subrayado nuestro).

En ese orden de ideas la elaboración del presupuesto está condicionada jurídicamente por la existencia de los planes señalados y exige, concretamente, un plan para prever y decidir la producción que se va a realizar en un período determinado, en el cual se determinen las estrategias, objetivos y metas, con un presupuesto, cuyo objeto es computar anticipadamente los ingresos y gastos a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades públicas, mediante la obtención del dinero necesario para ello.

En ese sentido, el contenido del presupuesto de los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales es regulado por el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público el cual especifica que los proyectos de presupuesto deben: a) expresar las políticas generales contenidas en la Ley del marco plurianual de presupuesto y los lineamientos específicos que, en materia presupuestaria, establezca el Ministro de Finanzas; b) contener los planes de acción, las autorizaciones de gastos y su financiamiento, el presupuesto de caja y los recursos humanos a utilizar; c) permitir

establecer los resultados operativos, económicos y financieros previstos para la gestión respectiva. (Subrayado nuestro).

De modo, pues, que la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, concibe a los presupuestos públicos como parte e instrumento de la planificación nacional, y en el supuesto de comprobarse que dichos entes no cumplieron con la obligación legal de elaborar el presupuesto anual de su gestión, ello revelaría *a priori* la carencia de un plan operativo donde se concreten los programas, proyectos y acciones a desarrollar en el año fiscal correspondiente, habida cuenta que la elaboración del presupuesto supone, como lo señalamos precedentemente, decidir por adelantado lo que ha de hacerse, constituye por tanto, un plan de operaciones y recursos que se formula para lograr en un cierto período los objetivos propuestos, es así, la expresión financiera la estimación de los ingresos y egresos necesarios para llevar a cabo las acciones previstas en el plan.

En esta línea de pensamiento, todo parece indicar que si los entes indicados en la consulta, no cumplen con la planificación previa de su gestión al no elaborar su proyecto de presupuesto, incurren en el supuesto de responsabilidad administrativa previsto en el numeral 10 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-02-05 del 12 de Enero de 2004.

RÉGIMEN PRESUPUESTARIO

RÉGIMEN PRESUPUESTARIO: *Contenido y alcance de las partidas presupuestarias 4.98.00.00.00 “Rectificaciones al Presupuesto” y 4.51.00.00.00 “Gastos de Defensa y Seguridad del Estado”.*

El artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público establece la incorporación de un crédito en materia de “Rectificaciones al Presupuesto” sólo en el Presupuesto de la República cuya disposición se hará únicamente por el Ejecutivo Nacional. Dicha norma constituye un impedimento legal para la inclusión de la partida 4.98.00.00.00 en el presupuesto de los entes descentralizados funcionalmente.

Debido a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se hace indispensable la reforma del concepto y de la descripción de la Partida “4.51.00.00.00: Gastos de Defensa y Seguridad del Estado” así como de sus subpartidas, en las cuales debería aludirse a los gastos previstos como tales en la citada Ley. Dichos gastos únicamente pueden ser previstos en el Presupuesto de la República, a ser realizados por Despachos del Poder Ejecutivo Nacional (Ministerios); concretamente, por los Ministerios del Interior y Justicia, de la Defensa y de Relaciones Exteriores.

Memorándum 04-02-97 del 19 de mayo de 2003.

Opinión acerca de la “situación jurídica y presupuestaria de los entes descentralizados, tomando en consideración las disposiciones contenidas en el Plan Único de Cuentas, para la partida 4.98.00.00.00 (Rectificaciones al Presupuesto)”.

Asimismo, “se requiere precisar el alcance y concepto a incorporar en el Plan Único de Cuentas, para la partida 4.51.00.00.00 (Gastos de Defensa y Seguridad del Estado), de acuerdo a lo tipificado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal como Gastos destinados a la Seguridad y Defensa del Estado”.

Se remitieron, en copias fotostáticas, los anexos que se mencionan a continuación:

RELACIÓN DE ENTES CON RECTIFICACIONES AL PRESUPUESTO AÑO 2002.

(Partida 4.98), elaborado por la Dirección de Control del Sector Servicios, que denominaremos “**anexo 1**”.

Cuentas de Egresos Nros. 4.51.00.00.00, Gastos de Defensa y Seguridad del Estado “**anexo 2**”; y 4.98.00.00.00 Rectificaciones

al Presupuesto “**anexo 3**” del Plan Único de Cuentas dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto, con sus correspondientes conceptos.

Primera y segunda páginas de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.286 de fecha 19-09-2001, atinentes a la Resolución de la Oficina Nacional de Presupuesto del Ministerio de Finanzas N° 301 del 11-09-2003, por medio de la cual se dicta la Reforma de la Resolución N° 299 de fecha 06-07-2001, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.238 del 12-07-2001 “**anexo 4**”.

Una vez realizado el análisis correspondiente, esta Dirección emite opinión en los términos siguientes:

I) CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PARTIDA “RECTIFICACIONES AL PRESUPUESTO” Y A LA “SITUACIÓN JURÍDICA Y PRESUPUESTARIA” DE LOS ENTES DESCENTRALIZADOS QUE LA HAYAN INCORPORADO A SUS RESPECTIVOS PRESUPUESTOS

En el artículo 53 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, se establece:

“En el presupuesto de gastos **de la República** se incorporará **un** crédito denominado: **Rectificaciones al Presupuesto**, cuyo monto no podrá ser inferior a cero coma cinco por ciento ni superior al uno por ciento de los ingresos ordinarios estimados en el mismo presupuesto. **El Ejecutivo Nacional** podrá **disponer** de este crédito para atender gastos imprevistos que se presenten en el transcurso del ejercicio o para aumentar los créditos presupuestarios que resultaren insuficientes, **previa autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros**. La decisión será **publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. Salvo casos de emergencia, los recursos de este crédito no podrán destinarse a crear nuevos créditos ni a cubrir gastos cuyas asignaciones hayan sido disminuidas por los mecanismos formales de modificación presupuestaria.

No se podrán decretar créditos adicionales a los créditos

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.606 del 9 de enero de 2003.

para rectificaciones de presupuesto, ni incrementar éstos mediante traspaso”. (Destacado nuestro).

Como puede apreciarse de su simple lectura, la norma transcrita contiene claramente² **la exigencia** de que **un**³ crédito presupuestario denominado “Rectificaciones al Presupuesto” sea incorporado **única y exclusivamente** en el presupuesto de gastos **de la República**⁴. Y de manera coherente y correlativa con esa exigencia, **sólo autoriza** para disponer de dicho crédito, previo cumplimiento de ciertas condiciones y para determinados fines, **al Ejecutivo Nacional**, evidentemente a través de sus órganos⁵.

2 Sobre la claridad de las normas jurídicas y su interpretación, debe tenerse en consideración lo expresado en la sentencia de fecha 16-05-80 (Caso: Chevron Oil Company de Venezuela) dictada por la Sala Político Administrativa de la anterior CSJ, donde se expresó el siguiente criterio jurisprudencial, que aún se mantiene vigente:

“Como lo ha establecido esta misma Sala en la sentencia de 16 de julio de 1.969, que ha citado la recurrida, y como aparece además del principio de hermenéutica jurídica consagrado en el artículo 4° del Código Civil, el intérprete debe atender en primer lugar ‘al significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí’, esto es, seguir la ‘interpretación gramatical’ como primera regla para aplicar la Ley correctamente.

Sólo **cuando el texto** de la Ley **no sea lo suficientemente claro** o cuando su **aplicación estricta viole** otras normas o **principios legales** o conduzca a soluciones **manifiestamente injustas** y **contrarias** a su espíritu, propósito o razón, **es cuando el exegeta puede apartarse** de su **interpretación literal** e indagar entonces la **intención del legislador** y con ello el propósito último de la norma”. (Destacado nuestro).

Ver extracto en: Oscar R. Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la CSJ*, Mayo 1.980, págs. 70 y 71.

- 3 Cabe destacar que en el artículo 53 de la LOAFSP se hace referencia o a un solo crédito presupuestario denominado “Rectificaciones al Presupuesto” a ser incorporado en el Presupuesto de la República; no a varios créditos con esa misma denominación, que pudiesen ser incorporados en los presupuestos de los entes descentralizados sin fines empresariales o en otros entes descentralizados.
- 4 En efecto, aún cuando el artículo 53 se encuentra ubicado dentro del Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, relativo al “Régimen Presupuestario de la República y de sus Entes Descentralizados Funcionalmente sin Fines Empresariales” del texto de dicho artículo se observa con claridad que contiene una norma referida exclusivamente al presupuesto de la República”.
- 5 Al respecto, conviene tener presente que en el artículo 76, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública -publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001, se precisa que entre las atribuciones comunes de los ministros o ministras con despacho, se encuentra la de “Comprometer y ordenar los gastos del ministerio e intervenir en la tramitación de créditos adicionales y demás modificaciones de su presupuesto, (incluyendo, claro está, a la tramitación de las rectificaciones) de conformidad con la ley”. (Destacado y paréntesis nuestros).

Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en el cual se establece el carácter de ordenadores de compromisos y pagos que tienen, al igual que otros altos funcionarios de diversos Poderes Públicos Nacionales, los Ministros, en cuanto al presupuesto de los órganos que dirigen.

De allí que también, de un modo que resulta plenamente acorde con el principio organizativo de la jerarquía administrativa, la misma norma haya previsto como **requisito para permitir el uso del referido crédito presupuestario** por parte de los órganos del Poder Ejecutivo Nacional (que integran la denominada “Administración Nacional Central”) la **“previa autorización”** de su máximo jerarca: **el Presidente de la República**, quien deberá otorgarla “en Consejo de Ministros”. Y esa autorización debe ser, además, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

La regulación expresa contenida en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en materia de “Rectificaciones al Presupuesto”, constituye a nuestro juicio, un impedimento legal por una parte, para la inclusión del referido crédito presupuestario (o partida) en el respectivo presupuesto de los entes funcionalmente descentralizados (integrantes de la llamada “Administración Pública Nacional Descentralizada”) y por la otra, consecuentemente, para su utilización por dichos entes. Sobre el particular, debe tenerse presente que el empleo de la “partida” o “crédito” denominado “Rectificaciones al Presupuesto” se trata de una modificación presupuestaria y como tal, un caso de excepción al régimen ordinario de ejecución del presupuesto. Por este motivo, la norma legal regulatoria de dicha figura es de interpretación –y de consecuente aplicación- restrictiva.

A pesar de ello, en los presupuestos de diversos entes descentralizados se ha incluido el mencionado crédito presupuestario y además, esos entes han hecho uso del mismo, según se pone de manifiesto en el anexo 1 de la consulta. Además, en el anexo 3 de ésta **se observa que los conceptos y requisitos de utilización** de la partida “4.98.00.00.00 RECTIFICACIONES AL PRESUPUESTO”, así como de las subpartidas “4.98.01.00.00 Rectificaciones al presupuesto” y “4.98.01.01.00 Rectificaciones al Presupuesto”, **contenidas en el Plan Único de Cuentas** elaborado por la Oficina Nacional de Presupuesto (ONAPRE) **no se ajustan a lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público**, al cual hicimos referencia *supra*.

En efecto, en la descripción de esa partida y de esas subpartidas se prevé en su parte final, invariablemente lo siguiente: **“Para la administración descentralizada**, la cifra debe determinarse en el proceso de formulación del proyecto de presupuesto y contar con la **aprobación**

del organismo de **adscripción o tutela**, oída la opinión de la Oficina Central de Presupuesto”. Se trata de una previsión que data del Plan Único de Cuentas de **1.994**⁶, elaborado por la extinta **Oficina Central de Presupuesto (OCEPRE)**. (Destacado nuestro).

Cabe señalar, que de la norma prevista en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se deriva la **obligación**, por parte de los entes y órganos sujetos a esta Ley, de utilizar los clasificadores presupuestarios de gastos e ingresos establecidos en “El Reglamento de esta Ley”. Y en el artículo 4° del Reglamento N° 1 de dicha Ley, además de ratificarse tal deber, se establece **la competencia de la ONAPRE** para prescribir el Plan de Cuentas que contendrá esos clasificadores⁷.

6 Ese fue el segundo Plan Único de Cuentas. El primero, correspondiente al año 1993, no contenía previsiones relativas a Rectificaciones al Presupuesto. Cabe destacar, que en 1.993 y 1.994 se encontraba vigente la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 35.059 del 29 de septiembre de 1.992. En el artículo 32 de dicha Ley se establecía:

“En el Presupuesto de Gastos se incorporará una partida denominada “Rectificaciones al Presupuesto” cuyo monto no podrá ser inferior al 0,50% ni superior al 1% de los ingresos ordinarios estimados en la Ley de Presupuesto. El Ejecutivo Nacional podrá disponer del crédito asignado a esta partida para atender gastos imprevistos que se presenten en el transcurso del ejercicio o para aumentar los créditos presupuestarios que resultaren insuficientes, sin otra condición que la contenida en el aparte siguiente.

La utilización de esta partida deberá ser autorizada por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y la decisión será publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Salvo para casos de emergencia, los recursos de esta partida no podrán, en ningún caso, destinarse a crear partidas nuevas ni a cubrir gastos cuyas asignaciones en el Presupuesto de Gastos hayan sido previamente disminuidas en el mismo ejercicio presupuestario, mediante operaciones de traspaso de créditos presupuestarios o declaratorias de insubsistencia.

Como puede observarse, para esos años (y tampoco para los posteriores) se justificaba que en los respectivos Planes Únicos de Cuentas se incorporase un concepto de la partida “Rectificaciones al Presupuesto que igualmente resultaba contrario a la norma que, sobre dicha partida, estaba contenida en la Ley Orgánica que regulaba la materia presupuestaria.

7 En la parte final del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, se prevé que “El reglamento de esta Ley establecerá las técnicas de programación presupuestaria y **los clasificadores de gastos e ingresos que serán utilizados**”. (Destacado nuestro).

Por su parte, el artículo 4° del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, establece lo siguiente:

“Los órganos y entes sujetos a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público **cumplirán** el proceso presupuestario **con base en el plan de cuentas presupuestarias prescrito por la Oficina Nacional de Presupuesto**.”

Pero obviamente, ni esas normas y tampoco **ninguna** otra facultan de modo alguno a la ONAPRE para introducir en el Plan Único de Cuentas, modificaciones a lo dispuesto expresamente en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en materia de “Rectificaciones al Presupuesto”; norma en la cual, según hemos dicho, se prevé la incorporación del crédito así denominado, **exclusivamente** en el presupuesto de la **República** y donde sólo se admite su empleo por órganos del Ejecutivo Nacional, previa autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

De modo pues que la ONAPRE, órgano que forma parte del Poder Ejecutivo Nacional, concretamente del Ministerio de Finanzas⁸, al introducir en el Plan Único de Cuentas modificaciones a lo dispuesto expresamente en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en materia de “Rectificaciones al Presupuesto”, ha invadido mediante un instrumento jurídico distinto a la Ley (e incluso de menor rango normativo), una competencia que en principio le corresponde exclusivamente a un órgano de otro Poder: al Poder Legislativo Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional (a través de una Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público) y que sólo excepcionalmente puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo Nacional. Y ello, únicamente por el Presidente de la República mediante Decreto, previa “delegación” legislativa realizada a través de una ley habilitante que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, conviene advertir que en la práctica se presenta la siguiente situación problemática, que no puede soslayarse: lo dispuesto en el Plan Único de Cuentas, incluyendo, claro está la regulación atinente a las partidas y subpartidas “Rectificaciones al Presupuesto” constituye normativa vigente (de carácter administrativo, por ser

El plan de cuentas presupuestarias consta de las cuentas de recursos y las cuentas de egresos. Los niveles de desagregación de las cuentas de recursos, permitirán identificar los ramos y subramos genéricos, específicos y subespecíficos y los referidos al grupo de las cuentas de egresos permitirán identificar partidas, genéricas, específicas y subespecíficas, y **ambos grupos constituyen el clasificador de ingresos y de gastos**, respectivamente”.

⁸ En el artículo de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se precisa que “La Oficina Nacional de Presupuesto es una dependencia especializada del Ministerio de Finanzas...” (Puntos suspensivos nuestros).(Destacado nuestro).

de rango sublegal) y en principio, aplicable como ha sido dictada, mientras no sean modificadas las prescripciones “*contra legem*” por la propia Administración autora del acto (la ONAPRE) o por su superior jerárquico (el Ministro de Finanzas). O bien, mientras no sea declarada por la jurisdicción contencioso administrativa competente, la nulidad por ilegalidad, de las prescripciones contenidas en dicho Plan acerca de las cuentas relativas al crédito denominado “Rectificaciones al Presupuesto”, que indebidamente contemplan su utilización por los entes descentralizados nacionales.

En virtud de tal aplicabilidad y de una interpretación “aislada”⁹ del deber previsto en los artículos 14 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y 4° del Reglamento N° 1 de dicha Ley para los entes y órganos sujetos a la misma, en cuanto al “necesario” empleo de los clasificadores presupuestarios prescritos por la ONAPRE, resulta explicable (y “un tanto justificable” para ellos, pero no, a nuestro juicio, para la ONAPRE¹⁰) que los entes descentralizados hayan venido incluyendo en sus respectivos presupuestos, a la partida “Rectificaciones al Presupuesto” y haciendo uso de la misma.

Por otra parte, complica aún más la situación descrita, el hecho de que en la vigente Ley de Presupuesto 2003, a los presupuestos de diversos entes descentralizados sin fines empresariales¹¹, se les ha incorporado partidas de “Rectificaciones al Presupuesto”. Decimos esto debido a que tales partidas han sido incluidas en un texto legal (recuérdese que el presupuesto nacional anual constituye formalmente, una ley) y por tanto, sus previsiones son aplicables mientras no sea declarada la nulidad de dicha ley, por el Tribunal Supremo de Justicia. Por lo demás, se

9 Decimos “aislada” debido a que no toma en cuenta, como debería hacerse, a lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, al cual nos hemos referido *supra*.

10Tratándose del “órgano rector del Sistema Presupuestario Público” de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y del principal órgano asesor en la materia, según se desprende del numeral 8 del artículo 21 *ejusdem*..

11Así, en la vigente Ley anual de Presupuesto, se han incorporado sendas partidas denominadas “Rectificaciones al Presupuesto” en los presupuestos del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) y de las siguientes Universidades: Del Zulia; de Oriente; de Los Andes; Simón Bolívar; Nacional Abierta; Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora; Central de Venezuela; Nacional Experimental Simón Rodríguez; Nacional Experimental Sur del Lago Jesús María Semprún y Nacional Experimental Marítima del Caribe.

trata de presupuestos vigentes, actualmente en ejecución y posiblemente ya en muchos casos se haya hecho uso de tales partidas.

En virtud de lo hasta ahora expuesto, consideramos que la “situación jurídica y presupuestaria” (según los términos de la consulta) en que se encuentran los entes descentralizados en cuyos presupuestos se ha incorporado la partida “Rectificaciones al Presupuesto” y que además la hayan utilizado, debe calificarse como atípica, compleja y anómala. Ello, en razón de que al realizar ambas actividades (incorporación y uso de la partida) por una parte han “cumplido” en la elaboración y ejecución de su presupuesto con las previsiones contenidas en el Plan Único de Cuentas en materia de “Rectificaciones al Presupuesto” e incluso, en los casos citados en el párrafo anterior habrían “cumplido” con las previsiones respectivas contenidas en la vigente Ley de Presupuesto, para el período 2003. Pero por otra parte, el “cumplimiento” de lo contemplado en esos instrumentos jurídicos normativos resulta contrario a lo establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

En nuestro criterio, lo más conveniente sería la reforma del Plan Único de Cuentas en materia de “Rectificaciones al Presupuesto”, con vigencia a partir del presupuesto del año 2004; de manera tal que a partir de entonces, esa reforma realmente se ajuste a la norma contenida en el citado artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, donde de modo expreso se establece la incorporación de **un** crédito presupuestario así denominado, **sólo** en el Presupuesto de la República y además, su disposición **únicamente** por parte del Ejecutivo Nacional.

También debería aprovecharse la oportunidad que se modifiquen los numerales 2, 3 y 4 del artículo 90 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹², pues

12 El texto del encabezamiento del artículo 90 y de su numeral 2 es el siguiente:

“Sin perjuicio de lo que establezca el instructivo del sistema de modificaciones presupuestarias dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, autorizar las modificaciones presupuestarias, según se indica a continuación:

(Omissis)

2. El uso de los créditos asignados a la partida “Rectificaciones al Presupuesto”, **mediante acuerdo dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto** que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, con indicación del o los organismos afectados y las respectivas imputaciones presupuestarias”. (Destacado nuestro).

en dichos numerales se prevé indebidamente que la autorización a ser conferida por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros para el uso de la partida “Rectificaciones al Presupuesto” así como para los traspasos de créditos mencionados en dicha norma, se hará **“mediante acuerdo dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto** que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”. (Destacado nuestro).

Decimos “indebidamente” en virtud de que esa autorización en realidad constituiría **una decisión del Presidente de la República** (tomada en Consejo de Ministros) **a una solicitud formulada por un Despacho del Ejecutivo** precisamente para hacer uso de dicha partida, a los fines y en los términos establecidos en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, e igualmente, a fin de autorizar ciertos traspasos presupuestarios. Y tratándose de una decisión del **Presidente** de la República y de un acto administrativo que en definitiva **debe emanar de éste, tendría que revestir** la forma de **“Decreto”**, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹³ Carece pues, absolutamente de todo sentido y de fundamentación lógica y jurídica, que una competencia que **legalmente** le corresponde a un determinado órgano de superior jerarquía y que en consecuencia debería ser ejercida a través de actuaciones emanadas del mismo, sea ejercida a través de un acto emanado de otro órgano de rango inferior, en virtud de haberlo dispuesto así de manera indebida, **una norma reglamentaria**.

Cabe señalar, asimismo, que resulta **impropio** que en el encabezamiento del mismo artículo se exprese que “Sin perjuicio de lo que establezca el instructivo del sistema de modificaciones presupuestarias dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto” le “corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, autorizar las modificaciones presupuestarias”. Ello, porque este texto prácticamente implica el establecimiento por vía reglamentaria, de una especie de

13 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 1° de julio de 1981. En su artículo 15 se establece: “Los **decretos** son las **decisiones** de mayor jerarquía dictadas por el **Presidente de la República** y, en su caso, **serán refrendados** por aquel o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia, o **por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros**. En el primer caso, el Presidente de la República, cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado, además, por otros Ministros”. (Destacado nuestro).

preeminencia del instructivo a ser dictado por la ONAPRE, sobre un requisito establecido en la propia Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público para determinadas modificaciones presupuestarias, consistente en un acto emanado de la autoridad suprema del Poder Ejecutivo; específicamente la autorización conferida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Es propicia entonces, la oportunidad para que se recomiende al Poder Ejecutivo Nacional, la modificación del artículo 90 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de tal manera que se **elimine** de sus numerales 2, 3 y 4, la expresión “mediante acuerdo dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela” y se establezca en cambio, que la correspondiente autorización se hará “mediante **Decreto** que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Asimismo, a fin de evitar el uso reiterado en cada numeral, de tal prescripción normativa, ésta podría hacerse una sola vez en el propio encabezamiento del artículo 90; suprimiendo además del mismo (por el motivo expuesto *supra*) la expresión “Sin perjuicio de lo que establezca el instructivo del sistema de modificaciones presupuestarias dictado por la Oficina Nacional de Presupuesto”¹⁴.

II) CONSIDERACIONES SOBRE “EL ALCANCE Y CONCEPTO” A SER INCORPORADOS EN EL PLAN ÚNICO DE CUENTAS PARA LA PARTIDA RELATIVA A GASTOS DE DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO

En el vigente Plan Único de Cuentas se contempla, dentro de la cuenta de “Egresos” la N° “4.51.00.00.00 Gastos de Defensas (*sic*) y Seguridad del Estado” lo siguiente:

“4.51.00.00.00 GASTOS DE DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO

¹⁴ Así, el encabezamiento del artículo 90 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, podría quedar redactado del modo siguiente: “Corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, autorizar, mediante Decreto que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, las siguientes modificaciones presupuestarias:” **eliminando** a continuación, de los actuales numerales 2 al 4 de dicho artículo, la oración: “mediante acuerdo dictado por la Oficina Central de Presupuesto que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Se incluyen en esta partida los gastos tipificados en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como de defensa y seguridad del Estado.

4.51.01.00.00 Gastos de defensa y seguridad del Estado

Se incluyen en esta genérica los gastos tipificados en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como de defensa y seguridad del Estado.

4.51.01.08.00 Gastos de defensa y seguridad del Estado

Se incluyen en esta específica los gastos tipificados en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como de defensa y seguridad del Estado”. (Destacado del Plan Único de Cuentas; subrayado nuestro).

Ahora bien, cabe precisar que “la tipificación” a que se alude en el Plan Único de Cuentas es la contenida en el artículo **12** del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República¹⁵; texto legal que fue derogado por la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁶.

En la mencionada norma reglamentaria se prevé lo siguiente:

“**Se consideran** gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado y por tanto sujetos al control previsto en los artículos 36 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; las asignaciones para gastos de operaciones de inteligencia realizadas por los organismos de seguridad del Estado, tanto en el país como en el servicio exterior; así como las asignaciones para actividades de protección fronteriza y **operaciones**

¹⁵Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.169 del 29 de marzo del 2001.

¹⁶Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995, fue derogada por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

militares requeridas para asegurar la defensa de la nación". (Destacado nuestro).

Conviene precisar que la redacción del artículo **68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal**, norma en donde se establece **más recientemente** cuáles gastos deben ser considerados como de seguridad y defensa del Estado, **se asemeja** bastante a la del transcrito artículo 12 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. **Pero** ambos textos **no son idénticos**, pues en el citado artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se contempla:

“Los gastos destinados a la seguridad y defensa del estado **estarán limitados** a las erogaciones por operaciones de inteligencia realizadas por los organismos de seguridad del Estado, tanto el país como en el servicio exterior: así como para actividades de protección fronteriza y **para movimientos de unidades militares, en caso de conflicto interno o externo o de graves perturbaciones que pongan en peligro la paz de la República**". (Destacado nuestro).

Cabe resaltar que debido a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, evidentemente con posterioridad a la fecha en que entró en vigor el Reglamento de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y a la circunstancia de que la nueva Ley tiene una jerarquía normativa superior a la de dicho Reglamento (el cual sólo resulta aplicable en lo que no contraríe a aquélla) **se hace indispensable la reforma del concepto y de la descripción de la Partida “4.51.00.00.00: Gastos de Defensa y Seguridad del Estado” así como de sus subpartidas.**

En respuesta directa a lo consultado acerca del “alcance y concepto” a ser incorporados en el plan único de cuentas para la partida relativa a gastos de defensa y seguridad del Estado, debemos señalar que a nuestro juicio, **en esa modificación debería aludirse ahora en dicha partida y en su subpartida genérica a “los gastos previstos como tales en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control fiscal”**¹⁷.

Asimismo, debe quedar claramente precisado que se trata de gastos que únicamente pueden ser previstos en el Presupuesto de la República, a ser realizados por **Despachos del Poder Ejecutivo Nacional** (Ministerios); concretamente, por los Ministerios del Interior y Justicia, de la Defensa y de Relaciones Exteriores.

La necesidad de tal precisión, obedece a las siguientes razones jurídicas:

a) El término “Estado” debe entenderse referido al Estado venezolano como unidad política y territorial frente a otros Estados; es decir a la “República Bolivariana de Venezuela” tal como la define y caracteriza el artículo 4 de nuestra Carta Magna. Por consiguiente, los gastos destinados a la seguridad y defensa de ese Estado para preservarlo en su integridad, también deben considerarse como referidos a la República y entenderse entonces, como gastos nacionales.

b) La materia relativa a la seguridad y defensa del Estado Venezolano incluyendo al mantenimiento de la soberanía en las fronteras, es de la competencia del Poder Nacional, por disposición expresa del artículo 156, numerales 2, 7 y 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, la legislación atinente a dicha materia, le compete al Poder Legislativo Nacional. Y en cambio, las decisiones y los actos ejecutorios relacionados con la misma incluyendo la ordenación de los gastos respectivos, son actuaciones que por su propia naturaleza, integran el ámbito de la competencia del Poder Ejecutivo Nacional, a través de los Despachos Ministeriales que a su vez tengan atribuciones atinentes a la seguridad y defensa “del Estado”.

c) De acuerdo con el vigente Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central¹⁸, los Ministerios que tienen atribuidas competencias en materia de seguridad y defensa son: el Ministerio del Interior y Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de la Defensa¹⁹. Coincidentemente, en la vigente Ley

17 En lugar de hacerse referencia a “gastos tipificados en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como de defensa y seguridad del Estado” como impropia y obsoletamente se hace en el vigente Plan Único de Cuentas. Por otra parte, opinamos que tal alusión debe hacerse genéricamente a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y no de manera específica a su actual artículo 68, en previsión de futuras modificaciones en la numeración de dicha ley.

Anual de Presupuesto son esos tres Ministerios los que tienen asignados dentro de sus respectivos presupuestos, créditos presupuestarios imputables a la partida **“4.51.00.00.00 GASTOS DE DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO”**.

Memorándum 04-02-97 del 19 de mayo de 2003.

18 Decreto N° 2.360 de fecha 09-04-2003, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.672 del 15 de abril de 2003. En el artículo 58 de la LOAP se atribuye expresamente al Presidente de la República, la competencia para fijar, mediante Decreto, “el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional...” (Puntos suspensivos nuestros).

19 Ver artículos 6°, 7° y 9° de dicho Decreto.