

dictámenes

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

2005-2006

Nº XIX

Dictámenes es una publicación
de la **Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela**
Dirección de Información y Cooperación Técnica
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: dict@cgr.gov.ve
Diseño de portada: Guillermo Díaz Torres
Diagramación: Guillermo Díaz Torres
Depósito Legal: PPO 196308DF15
ISBN: 980-6151-24-0
Caracas, 2011

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Pág.

ADMINISTRACIÓN CENTRAL

Posibilidad que los funcionarios de un Ministerio puedan asociarse a la caja de ahorros de los trabajadores de un ente adscrito. Legalidad de efectuar el aporte patronal por dicho concepto. (Memorándum N° 04-00-474 del 17 de agosto de 2006).....	17
Créditos Fiscales. Prescripción. (Memorándum 04-00-668 del 09 de noviembre de 2006).....	20
Obligatoriedad de exigir fianzas cuando las contrataciones se efectúen entre organismos públicos y de efectuar el pago por concepto del Impuesto al Valor Agregado. (Oficio N° 01-00-000517 del 20 de julio de 2006).....	27

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

Imposibilidad de contratar un ciudadano extranjero para desempeñar un cargo administrativo en una Universidad Nacional. (Memorándum N° 04-00-378 del 22 de Noviembre de 2005).....	47
Reintegro al patrimonio de una empresa estatal de los ingresos por concepto de reparos formulados por la Unidad de Auditoría Interna. (Memorándum N° 04-00-034 del 27 de enero de 2005.).....	54
La Asociación Civil sin fines de lucro que recibe aportes de un ministerio está obligada a implementar un sistema de control interno que permita el ejercicio de los controles correspondientes. (Memorándum N° 04-00-733 del 14 de diciembre de 2006).....	57
Aprobación de Manuales, Normas e Instrumentos en un Ente Público. (Memorándum N° 04-00-147 del 04 de abril de 2006).....	61
La Cancelación de más de un incentivo a una persona que participa en dos o más misiones creadas por el Gobierno Nacional es posible, siempre que no exista incompatibilidad entre ellas. (Memorándum N° 04-00-484 del 23 de agosto de 2006).....	63

Obligatoriedad de exigir fianza de anticipo cuando la contratación se efectúe entre órganos o entes del Estado. (Oficio N° 01-00-000564 del 08 de agosto de 2006).....	68
Constitución de garantías. (Oficio N°-01-00-000982 del 08 de diciembre de 2006).....	81

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La desincorporación o destrucción de documentos inactivos de los órganos o entes que integran la Administración Pública no requieren de la autorización previa de la Contraloría General de la República. (Memorándum N° 04-00-120 del 07 de abril de 2005).....	89
Ubicación de la Unidad de Auditoría Interna dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad sujeta a control. (Memorándum N° 04-00-082 del 02 de Marzo de 2006)....	92
Derecho de petición e información. (Oficio N° 01-00-000246 del 18 de abril de 2006).....	95

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Inaplicabilidad de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no afectos a las Industrias Básicas, para la enajenación de bienes adscritos a la Contraloría General de la República. (Memorándum N° 04-00-686 del 21 de noviembre de 2006)	115
--	-----

CONTRATACIONES PÚBLICAS

Valor de la Unidad Tributaria aplicable en los procedimientos de selección de contratistas. (Memorándum N° 04-00-058 de fecha 24 de febrero de 2005).....	123
Inclusión del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en el monto del contrato a los fines de seleccionar el procedimiento de licitación aplicable. (Memorándum N° 04-00-376 del 21 de octubre de 2005).....	128

La inobservancia de los requisitos esenciales en el procedimiento de contratación genera un compromiso no válidamente adquirido. (Memorándum N° 04-00-543 del 27 de septiembre de 2006).....	135
Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado. (Memorándum N° 04-00-475 del 17 de agosto de 2006).....	142
Solvencia Laboral. (Oficio N° 01-00-000618 del 18 de agosto de 2006).....	156

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Posibilidad legal para que un Servicio Autónomo pueda por cuenta propia, suscribir contratos para la adquisición de inmuebles destinados a la construcción de su sede. (Memorándum N° 04-00-652 del 06 de noviembre de 2006).....	177
Improcedencia de la celebración de contratos utilizando para ello la modalidad de contratos integrales o “llave en mano”. (Memorándum N° 04-00-170 del 21 de abril de 2006).....	181

CONTROL FISCAL

Autorización a la que alude el Parágrafo Único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (Memorándum N° 04-00-133 de 13 de Abril de 2005).....	205
Imposibilidad de aplicar la figura de indexación a los fines de ajustar los montos de reparos relacionados con bienes del patrimonio público. (Memorándum 04-00-249 del 04 de agosto de 2005).....	207
Las funciones inherentes a la potestad investigativa deben ser ejecutadas por la Dependencia de control posterior de la Unidad de Auditoría Interna. (Memorándum 04-00-335 del 20 de octubre de 2005).....	210

Las competencias en materia de control fiscal que tienen asignadas las Unidades de Auditoría Interna son de obligatorio ejercicio. (Memorándum N° 04-00-275 del 25 de agosto de 2005).....	214
Carácter de las recomendaciones que contienen los Informes de Auditoría originados de las actividades de control emanados de las Unidades de Auditoría. (Memorándum 04-00-154 del 29 de abril de 2005).....	222
Los funcionarios adscritos a una Unidad de Auditoría Interna deben ser beneficiarios de los incentivos laborales que implante la organización. (Memorándum N° 04-00-510 del 6 de septiembre de 2006).....	229
Órgano competente para designar los integrantes del jurado calificador en los concursos para escoger al titular del Órgano de Control Fiscal Interno. (Memorándum N° 04-00-297 del 06 de junio de 2006).....	232
Nociones sobre el Sistema Nacional de Control Fiscal, control interno y control fiscal. (Memorándum N° 04-00-152 del 10 de abril de 2006).....	234
Posibilidad que el Auditor Interno pueda firmar los Estados Financieros del ente sujeto a su control a los fines de ser remitidos a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y al Banco Central de Venezuela. (Memorándum N° 04-00-210 del 8 de mayo de 2006).....	239

DERECHO LABORAL

El tiempo como contratado, por honorarios profesionales, en un ente u órgano público en el supuesto que el contratado pase a ser personal fijo no le será computado para el cálculo de los beneficios laborales. (Memorándum N° 04-00-101 del 21 de marzo de 2005).....	245
---	-----

DERECHO TRIBUTARIO

Agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado. (Oficio N° 04-00-083 del 15 de noviembre de 2005).....	251
Límite de competencia de la Administración Tributaria	

Distrital con respecto a la retención del impuesto del 1x1000 previsto en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas (Memorándum N° 04-00-163 del 17 de abril de 2006).....	256
Aplicación del impuesto del 1x1000 por la Alcaldía Metropolitana de Caracas. (Memorándum N° 04-00-153 del 11 de abril de 2006).....	260

DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Procedimiento que debe seguirse para la notificación cuando se tiene conocimiento que los presuntos involucrados se encuentran residenciados en el extranjero. (Memorándum N° 04-00-179 del 30 de mayo de 2005).....	269
--	-----

EMPRESAS DEL ESTADO

Posibilidad de que un empleado de una Empresa del Estado sea miembro de la Junta Directiva y perciba el pago de dieta por asistencia a las reuniones de la misma. (Memorándum N° 04-00-511 del 06 de septiembre de 2006).....	279
---	-----

ESTADOS Y MUNICIPIOS

Improcedencia de la creación de una Caja de Ahorro exclusiva para los Legisladores activos (principales y suplentes) del Consejo Legislativo de un Estado. (Memorándum N° 04-00-281 del 29 de agosto de 2005).....	285
Obligatoriedad de exigir fianza de anticipo cuando la contratación se efectúe entre órganos o entes del Estado. (Memorándum N° 04-00-392 del 19 de julio de 2006).....	290
Naturaleza jurídica que tenía el cargo de Contralor del Estado para el año 1999 a los fines de determinar si procede el recálculo de una pensión de jubilación. (Memorándum N° 04-00-632 del 30 de octubre de 2006).....	302

FUNCIÓN PÚBLICA

Posibilidad que los Alcaldes puedan percibir prestaciones sociales y el pago del bono vacacional. (Memorándum N° 04-00-293 del 06 septiembre de 2005).....	313
El Régimen de Incompatibilidades previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, no es aplicable a un Concejal suplente dado el carácter accidental con que actúa. (Memorándum N° 04-00-330 del 13 de octubre de 2005).....	319
Improcedencia de la retención por concepto de seguro social y paro forzoso a un funcionario que goce del beneficio de pensión de vejez. (Memorándum N° 04-00-399 del 12 de diciembre de 2005).....	323
Obligatoriedad de consultar el Registro de Inhabilitados llevado por la Contraloría General de la República, antes de proceder a la designación de funcionarios públicos. (Memorándum N° 04-00-560 del 06 de octubre de 2006).....	334
Retención del Seguro de Paro Forzoso al personal jubilado. (Memorándum 04-00-657 del 7 de noviembre 2006).....	339
Obligación de prestar caución. (Memorándum N° 04-00-262 del 24 de mayo de 2006).....	345
Contratación de personal en un órgano de control fiscal interno. (Memorándum N° 04-00-066 del 21 de febrero de 2006)....	351
Incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos remunerados. (Oficio N° 01-00-000719 del 20 de septiembre de 2006).....	360
Posibilidad que un oficial retirado de la Fuerza Armada Nacional perciba la pensión de retiro y el sueldo por el ejercicio de funciones de gobierno. (Memorándum N° 04-00-522 del 12 de septiembre de 2006).....	365

LEYES

Aplicación del beneficio de alimentación previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores. (Memorándum N° 04-00-367 del 15 de noviembre de 2005).....	377
---	-----

LICITACIONES

Otorgamiento de anticipo a una empresa favorecida con la buena pro en un procedimiento licitatorio. (Memorándum N° 04-00-159 del 17 de abril de 2006).....	397
--	-----

PRESUPUESTO

La máxima autoridad es el ordenador de compromisos y pagos con cargo al presupuesto del organismo que dirige, funciones que pueden ser delegadas sin que la revocatoria de la delegación implique la modificación de la Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos. (Memorándum N° 04-00-306 del 16 de septiembre de 2005).....	405
--	-----

El Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Tesorería deroga tácitamente el artículo 3 del Decreto Presidencial N° 345 de fecha 14 de septiembre de 1994. (Memorándum N° 04-00-139 del 18 de abril de 2005).....	410
---	-----

Es factible la creación de una caja chica, con el propósito de dar celeridad a las solicitudes de medicinas, pasajes, implementos médicos, efectuadas por los ciudadanos, así como para gastos derivados de servicios de mantenimiento de vehículos. Memorándum N° 04-00-559 del 06 de octubre de 2006).....	419
--	-----

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Alcance de la sanción de inhabilitación impuesta por el Contralor General de la República. (Memorándum N° 04-00-544 del 27 de septiembre de 2006).....	425
--	-----

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 2005 y 2006 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 noveno 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 CENTRAL

ADMINISTRACIÓN CENTRAL: Posibilidad que los funcionarios de un Ministerio puedan asociarse a la caja de ahorros de los trabajadores de un ente adscrito. Legalidad de efectuar el aporte patronal por dicho concepto.

Dentro de los principios que rigen el funcionamiento de las Cajas de Ahorro se encuentran los de libre acceso y de adhesión voluntaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 numeral 1 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, razón por la cual se considera que todo trabajador de un órgano o ente del sector público que desee pertenecer a dicha asociación civil tiene plena libertad de hacerlo, en tal sentido el personal de un Ministerio que no tenga constituida una Caja de Ahorro pudiera asociarse a la que tiene constituido un ente adscrito al referido Ministerio, siendo viable el aporte patronal siempre que se cuente con disponibilidad presupuestaria.

Memorándum N° 04-00-474 del 17 de agosto de 2006.

Un Ministerio solicita opinión con respecto a la legalidad de cancelar el **Aporte Patronal correspondiente a la Caja de Ahorro**, de sus funcionarios quienes se afiliaron a la caja existente en uno de sus entes adscritos, pues a pesar de que fueron asignados recursos para cubrir gastos por ese concepto la Caja de Ahorros de Empleados de ese Ministerio no se ha constituido. Al efecto acompaña opinión favorable de la Superintendencia de Cajas de Ahorro, signada bajo el N° SCA-DS-219 de fecha 08 de junio de 2006, en la cual se indica: "(...) que podrán ser asociados de la precitada Caja de Ahorro, los trabajadores de dicho Ministerio siempre y cuando manifiesten su voluntad y efectúen los aportes respectivos, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 numeral 13, de la Ley de Cajas de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares." Así como, copia del Acta N° 52-2005 del 06 de diciembre de 2005, mediante la cual se dejó constancia de los puntos acordados en Asamblea Extraordinaria de la Caja de Ahorro de los Empleados del Instituto del Patrimonio Cultural, en la cual se aprobó la inclusión de los empleados interesados del Ministerio como miembros activos de la Caja y someter a otra reunión el cambio de nombre de la Caja y por ende de la normativa que la regula (Estatutos).

Al respecto, ésta Dirección General estima pertinente emitir algunos señalamientos a título de colaboración y sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 70, 118 y 308 prevé la creación de asociaciones como las Cajas de Ahorro y prevé el derecho que tienen los trabajadores en sentido genérico de **desarrollar asociaciones de carácter social y participativo**, a fin de promover el ahorro y fortalecer el desarrollo económico del país. La Carta Fundamental no hace distinciones entre los trabajadores y los funcionarios públicos a que hace referencia tanto la Ley Orgánica del Trabajo¹ como la Ley del Estatuto de la Función Pública².

Por su otra parte, en armonía con el texto constitucional la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro³, cuyo objeto es establecer y regular la constitución, organización y funcionamiento de las cajas de ahorro, fondos de ahorro y asociaciones similares, reconoce el derecho de todos los trabajadores para desarrollar asociaciones, que establezcan mecanismos para incentivar el ahorro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 *ejusdem*.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 3 de la Ley in commento la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro es la de ser **asociaciones civiles sin fines de lucro** creadas y dirigidas por sus asociados destinadas a fomentar el ahorro, quienes reciben, administran e invierten los aportes acordados -tanto por los trabajadores como por el patrono- es decir, que son entes con personalidad jurídica cuyo acto constitutivo está regido por el derecho privado.

Cabe precisar que entre los principios que regulan el funcionamiento de las Cajas de Ahorro, se encuentran los de **libre acceso y adhesión voluntaria**, a tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, de allí que todo empleado de un ente u organismo del sector público, que desee pertenecer a dicha asociación civil, tiene plena libertad de hacerlo y así está constitucional y legalmente establecido, no existiendo al respecto prohibición alguna.

En tal sentido, en el caso de los empleados o trabajadores del Ministerio que no cuentan con una Caja de Ahorro creada por ellos mismos, es viable jurídicamente que se asocien a la que existe en un ente descentralizado adscrito al referido Ministerio, cuya autonomía no

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 extraordinario del 19 de junio de 1997.

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.477 del 12 de julio de 2006.

resulta óbice para la adhesión voluntaria de cada empleado, en tanto la misma se produciría en una asociación civil privada, creada para realizar fines sociales y participativos en pro del ahorro.

Sin embargo, es oportuno indicar que dicha afiliación **debe estar adecuada al ordenamiento jurídico** y para ello, se requiere una modificación en los Estatutos Sociales de la referida Caja, a los fines que los empleados del Ministerio sean incluidos en los mismos, considerando lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, según el cual las cajas de ahorro son asociaciones **creadas, promovidas y dirigidas por sus asociados**. Tal modificación debe ser aprobada por la Asamblea de la Caja de Ahorros, de conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 22 de la Ley *in commento* y deberá ser presentada a la Superintendencia de Cajas de Ahorro, para que ésta ordene la protocolización del acta de Asamblea, levantada al efecto.

Dicha afiliación es posible, en tanto no encuentra limitación por el hecho de haber sido la Caja creada originalmente por los empleados de un ente descentralizado –perteneciente al Poder Ejecutivo–, toda vez que al producirse un eventual cambio en los Estatutos de dicha asociación, los empleados del Ministerio estarían incluidos en ellos, pudiendo en consecuencia ejercer los derechos que en su condición de asociados les permite la Ley.

En otro orden de ideas, La Ley de Cajas de Ahorro en el artículo 66 señala que los aportes de los asociados consisten en un porcentaje de su salario, que será deducido de la nómina de pago por el empleador, y el aporte de este último se acordará por convenio celebrado entre las partes o en las convenciones colectivas de trabajo, a los fines de ser **entregados por el empleador a la asociación** dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe la deducción.

En este sentido, en caso de contar el Ministerio con los recursos presupuestarios respectivos, es viable que pueda hacer las erogaciones por concepto de aporte patronal, destacando que las mismas estarían condicionadas a la eventual modificación de los Estatutos Sociales de la Caja de Ahorro del Instituto del Patrimonio Cultural, a los fines que los empleados del Ministerio sean incluidos en dichos Estatutos.

Memorándum N° 04-00-474 del 17 de agosto de 2006.

ADMINISTRACIÓN CENTRAL: Créditos Fiscales. Prescripción.

Los créditos a favor del Fisco liquidados a cargo de los deudores, y que no hayan sido pagados en sede administrativa, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, tales derechos están sujetos a prescripción (extintiva) conforme a las reglas del Código Civil Venezolano, siempre que dicha petición sea opuesta por el deudor.

La solución al problema de sanear la contabilidad fiscal de las acreencias “incobrables” o al menos de difícil o dudosa recaudación, podría encontrarse en la concesión de una gracia fiscal como es la “remisión de la deuda”, mecanismo de carácter excepcional y por tanto de interpretación restrictiva, previsto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual no ha sido derogado, con excepción de la remisión tributaria que se rige por las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

Memorándum 04-00-668 del 09 de noviembre de 2006.

Se somete a la opinión de esta Dirección la solicitud formulada por la Consultoría Jurídica de un Ministerio, referida a la declaratoria de prescripción de los créditos fiscales pendientes por recaudar correspondientes a los años 1946-1998, por un monto de Doscientos Cincuenta y Cuatro Millones Cuatrocientos Cincuenta y ocho Mil trescientos dieciocho con Cincuenta y Siete Céntimos (Bs. 254.458.318,57), cifra que se desprende del Informe Definitivo N° 0088 del 16 de junio de 2000, que contiene los resultados del Examen de la Cuenta de Rentas del Primer Semestre del año 1999, emanado de esta Contraloría General.

Sobre el particular esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

La prescripción es una institución jurídica que consolida las relaciones del Derecho, volviéndolas inatacables con el transcurso del tiempo. Una definición clásica de la prescripción dice que es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. La prescripción nació en el Derecho Romano como una excepción oponible a toda acción nueva, y se clasifica doctrinalmente en prescripción adquisitiva y extintiva o liberatoria, esta última constituye una excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla,

o de ejercer el derecho al cual ella se refiere.

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 exige la Ley, lo cual trae como consecuencia que el deudor se libera de cumplir con su obligación, por no habérsele 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 esta institución son: a) la existencia de un derecho concreto que pueda ejercitarse, b) La falta de ejercicio de ese derecho por inercia, negligencia o abandono de su titular; y c) El transcurso del tiempo que señala la Ley.

De lo expuesto resalta que la prescripción extintiva no es propiamente un medio de extinción de la 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.

Así, una de las características de este tipo de prescripción, aplicable tanto en el campo del Derecho Privado como en el Público, como lo señalamos, es que **no opera de pleno derecho**, por disposición de la Ley o del Juez, tal como se desprende del contenido del artículo 1.956 del Código Civil, según el cual “*El Juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta*”. De manera que insistimos en que la prescripción comporta un medio de defensa, que **puede ser alegada por el interesado cuando es demandado o le es exigido el cumplimiento de una obligación.**

Aplicando lo anteriormente expuesto al campo de la Hacienda Pública Nacional, tenemos que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional¹ hasta ahora ha regulado lo relativo a la sujeción de 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 regida por el Código

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974.

Orgánico Tributario por disposición expresa de este último, y con la aclaratoria de que la denominación “Fisco” como personificación jurídica de la Hacienda, fue derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. En ese sentido, el artículo 18 de dicha Ley establece que tanto los créditos a favor del Fisco Nacional (hoy Hacienda) 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.

Por su parte los artículos 4, 49, 58 y 69 ejusdem, respectivamente, señalan:

*“Artículo 4: Cuando los **créditos a favor del Fisco**, liquidados a cargo de los contribuyentes o **deudores**, no hayan sido pagados por la vía administrativa **al ser exigibles**, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil. Las liquidaciones formuladas por los empleados competentes, los alcances de cuentas y las planillas de multas impuestas, **tienen el carácter de títulos ejecutivos** y al ser presentados en juicio aparejan embargo de bienes.*

*Artículo 49: Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional **las deudas atrasadas** provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como **saldos de años anteriores**. (...)*

*Respecto a dichas deudas, **podrá también el Ejecutivo Nacional** celebrar arreglos o transacciones con los deudores, así como **conceder remisión**, rebaja o bonificación de las mismas o sus intereses, o plazos para su pago, **cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones**.*

*No podrá llevarse a efecto cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género en lo concerniente a éste artículo, 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.*

Artículo 58.- Sin perjuicio de lo dispuesto en Leyes Espe-

ciales, los créditos del Fisco por razón de contribuciones prescriben por diez (10) 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 ese procedimiento (...)

De la normativa antes citada se desprende, que los créditos a favor del Fisco liquidados a cargo de los deudores, y que no hayan sido pagados en sede administrativa, se **demandarán judicialmente** siguiéndose el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, tales derechos están sujetos a prescripción (extintiva) conforme a las reglas del Código Civil Venezolano, antes expuestas, entre las que destaca la referida a que dicha prescripción debe ser opuesta por el deudor.

En el caso bajo examen se plantea la prescripción de unos **créditos fiscales a favor de la República**, por órgano de un Ministerio, correspondientes a los años 1946-1998, pendientes por recaudar con el fin de descargarlos de la contabilidad fiscal.

En tal sentido, conviene precisar que ha sido criterio reiterado de esta Dirección, que una posible solución al problema de sanear la contabilidad fiscal de este tipo de acreencias “incobrables” o al menos de difícil o dudosa recaudación, podría encontrarse en la concesión de una gracia fiscal como es la “remisión de la deuda”, mecanismo de carácter excepcional y por tanto de interpretación restrictiva, previsto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual no ha sido derogado, salvo para el caso de la remisión tributaria regida por las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

Este mecanismo podría ser aplicado de oficio por la Administración con base en el ejercicio de la facultad que tiene el Ejecutivo Nacional para resolver sobre los casos dudosos o no previstos en las Leyes fiscales, establecido actualmente en el artículo 169 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y anteriormente en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, de

conformidad con lo dispuesto en dicho artículo “*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.*”

Así las cosas, a juicio de esta Dirección General, dicha normativa en concordancia con lo dispuesto en el ya citado artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, confieren al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de que se trate, facultades excepcionales para proceder a declarar la **remisión oficiosa**, siempre y cuando existan de manera fehaciente elementos probatorios que permitan concluir la imposibilidad de cobrar dichas acreencias.

En ese sentido debe tenerse presente, que la administración financiera del sector público está regida por los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad, equilibrio fiscal y coordinación macroeconómica. En razón de ello la descontabilización de las acreencias de la República de dudoso cobro puede producirse cuando respecto de tales deudas de años anteriores el Ejecutivo Nacional haya procedido conforme a las previsiones del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Por otra parte, cabe indicar que ciertamente para la fecha de elaboración del Informe Definitivo N° 0088 emanado de esta Contraloría al que alude la comunicación del ente consultante, se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y su Reglamento, cuyos artículos 41 y 23, respectivamente establecían:

*Artículo 41: “Cuando el Ejecutivo Nacional resuelva declarar la prescripción de los créditos atrasados a favor de la República, será necesario **el dictamen previo de la Contraloría**. Igual requisito deberá cumplirse en los casos de remisión total o parcial de dichos créditos, cesiones, concesión de prórrogas para su pago o celebración de cualquier transacción relacionado con los mismos y con los intereses que hayan devengado. Se exceptúan de esta disposición, los créditos que no excedan de veinticinco (25) salarios mínimos y los derivados de impuestos cuya*

prescripción haya corrido de acuerdo con la Ley respectiva. El Ejecutivo Nacional enviará mensualmente a la Contraloría una relación de las decisiones adoptadas conforme al régimen de excepción.” (Destacado nuestro)

*Artículo 23: “A los fines previstos en el artículo 41 de la Ley, el **órgano del Ejecutivo al cual corresponda el crédito deberá formar expediente que contenga todos los datos y documentos necesarios para identificarlo y formarse criterio acerca de la operación proyectada**, con inclusión del parecer de la respectiva Consultoría Jurídica u órgano de similar competencia, y la remitirá a la Contraloría en la oportunidad de solicitar su dictamen, el cual no tendrá carácter vinculante.” (Negrillas nuestras).*

Sin embargo, los dispositivos precedentemente transcritos, quedaron sin efecto en virtud de la derogatoria expresa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tal y como fue expuesto por la Dirección Consultante en el proyecto de Oficio.

No obstante, como quiera que aún permanece vigente el artículo 49 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, como 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 en el artículo 41 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, a juicio de esta Dirección, corresponde a este Organismo Contralor elaborar el informe que exige dicha disposición, **previa solicitud** del Ejecutivo Nacional.

Asimismo, es oportuno precisar que el contenido del artículo 22 del vigente Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es idéntico al del artículo 23 del derogado Reglamento de 1996, por lo que **subsiste la obligación** a cargo del órgano del Ejecutivo Nacional al cual corresponde el crédito, en este caso el **Ministerio**, de **formar el expediente respectivo** que contenga si es posible todos los

datos y documentos necesarios que identifiquen los créditos, los recaudos o elementos probatorios que revelen la imposibilidad de cobrar la acreencia y que sirvan de sustento a la solicitud, así como las actuaciones realizadas con el propósito de obtener el pago correspondiente, en tanto que cada Ministerio debe hacerse cargo de efectuar las gestiones administrativas y judiciales a que hubiere lugar. Asimismo, aunque el expediente podría abarcar la prescripción de un determinado grupo de obligaciones pendientes de pago siempre y cuando se identifique su número, el período al cual corresponden, importe total, su desglose y detalle por sujeto pasivo y concepto, si ello fuere posible, por lo que no basta para justificar la solicitud en referencia, el contenido del Informe emanado de esta Contraloría.

Señalado lo anterior, y a los efectos de la solicitud de remisión debe considerarse que el Ministerio de Finanzas es el Despacho del Ejecutivo Nacional, al que compete la realización de las actividades en materia financiera y fiscal y la Contabilidad Pública, de conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 13 del artículo 9 del Decreto N° 4.595 del 22 de junio de 2006, mediante el cual se dicta el Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, así como al que le corresponde la dirección y supervisión del mantenimiento de los sistemas que integran la administración financiera del sector público nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

De manera, que a medida que sean remitidas la deudas de forma excepcional por parte del Ministerio de Finanzas en la forma antes indicada, será sincerada de forma progresiva la situación de la Hacienda Pública en cuanto al pasivo se refiere, por órgano de la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

Finalmente, consideramos que el Ministerio de Finanzas debe requerir además de la opinión previa de este Organismo Contralor, el parecer de la Procuraduría General de la República para proceder a la remisión oficiosa, de conformidad con lo previsto en el vigente artículo 49 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, en tanto la Ley Orgánica que rige las funciones de dicho órgano asesor, no derogó de forma expresa el mencionado artículo, como sí lo hizo respecto de otras disposiciones de la mencionada Ley.

Memorándum 04-00-668 del 9 de noviembre de 2006.

ADMINISTRACIÓN CENTRAL: Obligatoriedad de exigir fianzas cuando las contrataciones se efectúen entre organismos públicos, y de efectuar el pago por concepto del Impuesto al Valor Agregado.

La Comandancia General del Ejército está obligada al cumplimiento de lo dispuesto en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, así como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley de Licitaciones y su Reglamento y demás normativa que regula la materia de contratación pública y por tanto, debe constituir las garantías necesarias y suficientes aún cuando la obra la ejecute directamente el Sexto Cuerpo de Ingenieros del Ejército como obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato a favor de otro ente u órgano del sector público, y asimismo, deberá exigir las garantías necesarias y cumplir la normativa citada cuando esa Comandancia contrate la ejecución de la obra, la prestación de servicios o la adquisición o el suministro de bienes, derivados de esos convenios con personas jurídicas distintas.

Asimismo debe pagar el Impuesto al Valor Agregado cuando realicen los hechos imponible contemplados en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado con el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Oficio N° 01-00-000517 del 20 de julio de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la necesidad o no de constituir fianza de fiel cumplimiento y anticipo por parte del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, en virtud de que el Ejército a través de una delegación de firma conferida por el Ministro de la Defensa suscribe convenios de cooperación con distintos entes del Estado, para la ejecución de obras civiles; asimismo consulta si ese Comando está obligado al pago del Impuesto al Valor Agregado, con ocasión de dichos convenios.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ en su artículo 38 dispone lo siguiente:

“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**

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

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:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.

2. Que exista disponibilidad presupuestaria.

3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.

4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.

5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables... (Destacado nuestro)

La disposición parcialmente transcrita determina claramente, los extremos que en ejercicio del control previo, debe verificar la Administración Activa² antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, destacando, entre otros que deben asegurarse que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para que el contratista responda por las obligaciones que asume y que se hubiere cumplido con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

La verificación de estos extremos corresponde a quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como a sus supervisores inmediatos en los órganos y entidades

2 Sin menoscabo de las atribuciones y competencias asignadas a este Máximo Órgano de Control Fiscal externo, en los artículos 46 y 124 de la citada Ley, cabe precisar que la Contraloría General de la República, cesó en el ejercicio de las funciones de control previo sobre las operaciones realizadas por los órganos y entidades de la Administración Pública Nacional Central y demás organismos cuyos titulares son ordenadores de compromisos y pagos, según la Resolución N° 01-00-00-030 del 29 de agosto de 1996, Gaceta Oficial N° 36.036 del 4 de septiembre de 1996.

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, quienes deben asegurarse sobre la conveniencia de llevar adelante operaciones relacionadas con la administración y uso del patrimonio público que les ha sido encomendado, con apego a los principios que rigen el actuar de la Administración, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁵ y la Ley Contra la Corrupción⁶.

De manera que si se consideran los distintos aspectos de obligatoria verificación por parte de los responsables del control interno, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen compromisos financieros, no cabe duda que se erige como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado⁷, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 del 24 de marzo de 2000. “**Artículo 141.** La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. “**Artículo 12.** La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica...”

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002. “**Artículo 33.** Además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos estarán obligados a:
(omissis)

7. Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración...”

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003. “**Artículo 6.** En la administración de los bienes y recursos públicos, los funcionarios y empleados públicos se regirán por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad.”

“**Artículo 7** Los funcionarios y empleados públicos deben administrar y custodiar el patrimonio público con decencia, decoro, probidad y honradez, de forma que la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que lo integran, se haga de la manera prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, y se alcancen las finalidades establecidas en las mismas con la mayor economía, eficacia y eficiencia.”

“**Artículo 17.** Los funcionarios y empleados públicos deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos.”

7 El término Estado lo utilizamos en su acepción más amplia, de modo que abarque a todos los entes o personas jurídicas del sector público.

patrimonialmente al Estado frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.

Estas garantías constituyen un mecanismo de protección de los intereses patrimoniales del Estado, que la sana lógica y prudencia administrativa aconsejan prever, toda vez que con la contratación administrativa, las entidades buscan, entre otros objetivos, la satisfacción del interés público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. De allí que en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se haya incorporado como un requisito a ser verificado en ejercicio del control previo la previsión de las garantías necesarias que aseguren el cumplimiento de esos fines.

En efecto, las garantías tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que deben ser otorgadas por todo aquél que contrate con los órganos y entes del sector público, quienes deben exigir las para asegurar la ejecución oportuna y correcta de las obligaciones que asume el contratista y de esta manera proteger al patrimonio público ante el eventual incumplimiento de su obligación. Sin embargo, la previsión de garantías necesarias y suficientes que respondan de las obligaciones asumidas por quienes contraten con tales Instituciones y el grado de exigibilidad de ese y de los demás extremos legales a que se refiere el artículo 38 citado, dependerá de la naturaleza y modalidades del compromiso a adquirir⁸, de igual manera, si existen Leyes que dispensen la constitución de garantías en los supuestos de contrataciones por ellas reguladas, obviamente, el órgano o ente contratante no estaría

8 En materia de contratos de servicios, es necesario determinar las condiciones bajo las cuales se ejecuta cada contrato en particular para determinar la procedencia de la fianza, la cual será necesaria en los casos en que el contratista haya recibido un anticipo, antes del cumplimiento de su obligación, así como en los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquéllos en los cuales la ejecución de la prestación se lleva a cabo en varios periodos de tiempo. Sin embargo, no sería necesaria en los contratos de tracto inmediato, esto es, aquéllos en los cuales la prestación se cumple en una sola unidad de tiempo, ni cuando se trata de contratos en masa, en los cuales el contratista no puede prever condiciones especiales para cada uno de los co-contratantes (por lo que debe prever cláusulas de adhesión para quienes quieran contratar con él, y no existe el riesgo de que el servicio se interrumpa, ni se otorga anticipo, aun cuando el servicio constituya un contrato de tracto sucesivo, ni cuando se trata de contratos gratuitos en los cuales una de las partes proporciona una ventaja a otra sin equivalente (artículo 1.135 del Código Civil) .

obligado a exigirlos.

Dentro de las garantías previstas en el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁹, en adelante, Ley de Licitaciones, se contempla la **garantía de sostenimiento de la oferta** (artículo 78 de la Ley) por medio de la cual el oferente se obliga a sostener y no retirar su oferta durante la tramitación del procedimiento licitatorio y que en caso de otorgársele la buena-pro, suscribirá el contrato y proveerá **la fianza de fiel cumplimiento**, precisamente, ésta es otra modalidad de fianza prevista en la Ley de Licitaciones. Y que constituye el contratista con el propósito garantizar la buena ejecución de un contrato por parte del ejecutor de la obra o el suplidor de los bienes o servicios. Mediante su constitución el contratista garantiza que va a cumplir su obligación frente al ente contratante en la forma estipulada en el contrato y en caso de no ejecutar debidamente la obligación, el contratante exigirá por parte del ente emisor de la garantía, el pago de una indemnización.

En nuestro ordenamiento jurídico también está prevista la figura de **la fianza de anticipo**, que permite al ente contratante recuperar los montos que haya anticipado sobre un contrato de ejecución de obra y se extiende a los montos no reembolsados mediante la prestación de los servicios estipulados en el contrato, garantizando la devolución del anticipo recibido. Esta fianza está contemplada para el caso específico de la ejecución de obras en el artículo 53 del Decreto Nro 1.417 del 31 de julio de 1996, relativo a las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”¹⁰.

La constitución de las garantías de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento, están contempladas en la Ley de Licitaciones dentro del contexto de los procedimientos licitatorios de licitación general y selectiva, cuyos artículos 47, 78, 82, 86 y 116, disponen lo siguiente:

“Artículo 47. *Los pliegos de licitación deben contener, al menos, determinación clara y precisa de:*

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

10 Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario Nro 5.096 del 16 de septiembre de 1996.

(Omissis)

15. Condiciones y requisitos de **las garantías que se exigirán con ocasión del contrato.**

Artículo 78. Los oferentes deben obligarse a sostener sus ofertas durante el plazo indicado en los pliegos. Deben presentar además, junto con sus ofertas, caución o garantía por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar que no se retirará la oferta durante su vigencia, y **que se celebrará el contrato y otorgará la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo establecido en los pliegos**, en caso de que se le otorgue la buena pro.

Artículo 82. Una vez concluido los actos de recepción y apertura de las ofertas, la Comisión de Licitaciones debe examinarlas, determinando entre otros aspectos, si éstas han sido debidamente firmadas, están **acompañadas de las garantías exigidas** y cumplen los requisitos especificados en los pliegos de licitación. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado.

Artículo 86. Los oferentes que hubieren merecido la segunda y tercera opción tienen, en este mismo orden, el derecho a que les sea otorgada la buena pro, en caso de que el participante adjudicatario no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, **no suministre la fianza de fiel cumplimiento** o le sea anulada la buena pro, por haber suministrado información falsa.

Artículo 116. Cuando el infractor del presente Decreto Ley fuese una persona jurídica, se le suspende del Registro Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por los siguientes lapsos:

(Omissis)

2. De dos (2) a tres (3) años cuando retiren ofertas du-

*rante su vigencia, o siendo beneficiarios de la buena pro no suscriban el contrato o **no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo establecido en los pliegos.***” (Destacado nuestro)

Estas disposiciones son de obligatorio cumplimiento al momento de interpretar el contenido del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual aparte de exigir la verificación de que se hayan constituido las garantías necesarias alude, además, a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Licitaciones. Ello es así, porque la Administración al momento de realizar su actividad contractual está sujeta a la ejecución de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la obligan a que la selección del contratista, deba regirse por los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones, como una exigencia de funcionamiento para cualquier organización del sector público a objeto de facilitar el control interno de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, exigible por estar ésta vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

De manera que en materia de contratación pública la aplicación de procedimientos licitatorios constituye la regla general, sin embargo, observamos que en la consulta se alude a la adjudicación de una obra a un organismo del sector público, en consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 87 numeral 3 de la Ley de Licitaciones, conforme al cual cuando la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público se puede proceder por adjudicación directa.

Precisamente, en el supuesto citado, al permitirse la adjudicación directa no resultan de obligatoria aplicación las disposiciones de la Ley de Licitaciones precedentemente transcritas, referidas a la constitución de la garantía de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento en los procedimientos de licitación general y selectiva, sino lo dispuesto en el artículo 89 de la citada Ley, el cual dispone que “Los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, en atención a las características propias de cada

contratación, deben hacerse de conformidad con el Reglamento de la presente Ley.”¹¹

Al efecto, el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones en el TÍTULO II, DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA, Capítulo I, De los Procedimientos para la Adjudicación Directa, contempla el concurso privado y la consulta de precios como procedimientos para la adjudicación directa los cuales deberá seguir el ente adjudicatario¹². Sin embargo, no establece ninguna disposición relativa a las garantías señaladas en la Ley.

Aunado a esto, cabe destacar que el Reglamento en comentario derogó expresamente el Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991¹³ que reformó el Reglamento de la Ley de Licitaciones, en el cual se regulaba el procedimiento de licitación general y selectiva, existiendo por tanto un vacío legal en cuanto a la regulación de dichos procedimientos, pero además, con tal derogatoria quedaron sin efecto los artículos 79, 83 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1991, los cuales señalaban lo siguiente:

“Artículo 79.- *Los participantes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro.*

11 En ese sentido, cabe destacar que el artículo 89 de la Ley de Licitaciones delegaba en el Reglamentista el establecimiento de los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, sin embargo el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones a que alude esa norma excedió el señalado propósito y extendió su objeto al desarrollar las normas de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros Auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio.

12 **“Artículo 28.** Para proceder por Adjudicación Directa, en atención a lo establecido en los artículos 87 y 88 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, los Entes adjudicatarios podrán optar por los siguientes mecanismos: 1. Concurso privado; 2. Consulta de precios. **Artículo 29.** Siempre que ello sea posible, en las adjudicaciones directas, el ente contratante procederá atendiendo como orden de prelación, los mecanismos enunciados en el artículo anterior. Por acto motivado de la unidad que se encargue de efectuar las compras o contratación, justificará la selección del oferente adjudicatario y las razones que imposibiliten el uso de los mecanismos descartados, si fuere el caso. **Artículo 30.** En el concurso privado, el Ente Contratante solicitará ofertas a por al menos tres (3) empresas, en sobres cerrados. La selección se hará tomando en cuenta el cumplimiento de criterios contenidos en los requerimientos. **Artículo 31.** En la Consulta de precios, el Ente Contratante obtendrá cotizaciones de al menos tres (3) empresas, que considerará para la adjudicación del contrato. **Artículo 32.** En las adjudicaciones directas, el ente contratante deberá notificar al adjudicatario el acto por el que se le adjudique el contrato, con indicación expresa de la causal de adjudicación directa utilizada, los hechos que la fundamentan.”

13 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.830 del 30 de octubre de 1991.

A tales efectos **deberán presentar junto con las ofertas, salvo aquellos interesados que formen parte del sector público, caución o garantía suficiente por el monto fijado por el organismo o ente licitante, para asegurar la celebración del contrato en caso de otorgamiento de la buena pro.**

Artículo 83.- La Comisión de Licitación declarará inadmisibles las ofertas que se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos:

1.- Las que no hubieren sido acompañadas de la caución o garantía a que se refiere el artículo 43 de la Ley, o cuando la caución acompañada fuere insuficiente o no cumpla con las condiciones establecidas en la publicación o invitación a que se refieren los artículos 75 y 76 de este Reglamento, **salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Licitaciones...**

Artículo 89.- En la misma notificación se dará al contratista beneficiario de la buena pro, un plazo no menor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación, para que presente las garantías establecidas en las condiciones de licitación, a satisfacción del ente licitante, sin lo cual no se otorgará el contrato. **Cuando el beneficiario de la buena pro fuere un organismo de los señalados en el artículo 2 de la Ley, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo".** (Destacado nuestro)

Esta normativa constituía el fundamento jurídico al criterio sostenido por este Máximo Organismo de Control Fiscal, conforme al cual no era necesario constituir la fianza de sostenimiento de la oferta, y la de fiel cumplimiento y anticipo, cuando la contratación era celebrada entre dos órganos o entes del sector público y uno de ellos era el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, en estos casos se sostuvo que el órgano o ente público (contratista) quedaba a salvo de presentar las garantías previstas en la Ley de licitaciones.

Ahora bien, no cabe duda que ante la derogatoria expresa del Reglamento citado, y en ausencia de un dispositivo normativo que permita eximir de la constitución de las garantías necesarias y suficientes a los fines de responder por el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el contratista en los contratos a suscribirse entre dos entes u organismos del sector público, resulta forzoso concluir que aún en este supuesto el ente contratante debe exigir las, pues de no hacerlo, incumpliría con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Cabe recordar que en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el principio de legalidad en los términos siguientes: “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. En virtud de este principio, el Estado se vale del Derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos de manera que las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo, con las modalidades que le son asignadas. Así las cosas, los órganos y entes del sector público están forzados a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal.

En ese orden de razonamiento resulta de cardinal importancia lo dispuesto en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” normativa que contempla la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo específicamente para los contratos de obra celebrados por la Administración en los artículos 10, 11, 12 y 53 en los términos siguientes:

“Artículo 10. Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el Contratista deberá constituir, antes de la suscripción del contrato, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del Ente contratante, de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la

cantidad que se indique en el documento principal.

Dicha fianza deberá ser solidaria y constituida mediante documento autenticado o registrado y deberá incluir mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1.833, 1.834 y 1.836 del Código Civil.

Artículo 11.- A solicitud del Contratista, **el Ente Contratante podrá acordar la sustitución de la Fianza de Fiel Cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada**, hasta cubrir una cantidad igual al monto de la fianza.

Artículo 12.- La fianza que se hubiere constituido de acuerdo con lo previsto en los artículos que anteceden, estará vigente durante todo el tiempo de ejecución de la obra y durante el lapso de garantía establecido en el documento principal y en el artículo 103 hasta que se efectúe la recepción definitiva de la obra ejecutada, conforme a lo previsto en los artículos 106 y 110 de este Decreto.

Artículo 53.- El Ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal.

Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. **En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo.** Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un

plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio. De no producirse el pago, se otorgará una prórroga en la fecha de terminación de la obra, por igual término al de la demora del pago del anticipo por parte del Ente Contratante...
(Destacado nuestro)

El ámbito de aplicación de la normativa citada se delimita en el artículo 1° el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1°. *Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras a que se refiere este Decreto, regirán con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República, a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central.*

Se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del estado para que elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas.

Por acuerdo entre el Ente Contratante y el Contratista, *en atención a la entidad o característica de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o **se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto.***
(Destacado nuestro)

Cabe señalar que las referidas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” conforme lo prevé el artículo supra transcrito, rigen con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central. Estas normas forman parte integrante de los contratos que suscriban los órganos de la Administración Pública con el carácter de instrucciones administrativas **de obligatoria observancia.**

Ciertamente, en el citado artículo se establece la posibilidad de dejar de aplicar algunas de estas condiciones, previo acuerdo entre el ente contratante y el contratista, pero dicha posibilidad está restringida a que

la condición sustitutiva que se pacte o acuerde sea conforme a la Ley y, específicamente en el caso de la **fianza de fiel cumplimiento**, prevista en la citada normativa, la sustitución quedaría limitada a lo previsto en su artículo 11, conforme al cual, el ente contratante podrá acordar la sustitución de la fianza de fiel cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada.

Por su parte, conforme a la redacción del artículo 53 ejusdem, no cabe duda que para proceder a la entrega del anticipo (si su entrega se hubiere estipulado en el contrato) el contratista **deberá** presentar una **fianza de anticipo** por el monto establecido en el documento principal, de allí que la constitución de la fianza por tal concepto tiene carácter obligatorio y previo a la entrega del anticipo, pues sólo una vez que sea presentada y aceptada la fianza por el ente contratante, se entregará al contratista el monto correspondiente.

Sobre la base de lo expuesto, resulta concluyente que la Comandancia General del Ejército está obligada al cumplimiento de lo dispuesto en, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, así como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley de Licitaciones y su Reglamento y demás normativa que regula la materia de contratación pública y, por tanto, debe constituir las garantías necesarias y suficientes aún cuando la obra la ejecute directamente el Sexto Cuerpo de Ingenieros del Ejército como obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato a favor de otro ente u órgano del sector público, y asimismo, deberá exigir las garantías necesarias y cumplir la normativa citada cuando esa Comandancia, contrate la ejecución de la obra, la prestación de servicios, la adquisición o el suministro de bienes, derivados de esos convenios con personas jurídicas distintas.

En otro orden de razonamientos, con respecto a si la Comandancia General del Ejército está obligada al pago del impuesto al valor agregado, con ocasión de los convenios de cooperación institucional que suscribe, es importante puntualizar que según la doctrina, el Impuesto al Valor Agregado es un tributo cuya base imponible es el valor que cada empresa agrega a los bienes y servicios que adquiere de otras empresas y sólo grava éstas, pues ellas (contribuyentes de derecho) realizan las

tareas de determinación y liquidación del impuesto. Sin embargo, económicamente se trata de un impuesto al consumo, pues la técnica de este tipo de impuesto permite el traslado de la carga fiscal a lo largo de la cadena productiva hasta llegar a los consumidores (contribuyentes de hecho).

El referido impuesto es considerado como un tributo indirecto, porque los distintos eslabones de la cadena conformados por el importador, el industrial, el mayorista y el minorista soportan el impuesto por el valor agregado al bien o servicio trasladándolo en cada una de las etapas, excluyendo el impuesto soportado por el contribuyente anterior y el valor agregado por éste, por lo cual no es acumulativo, y se caracteriza también por ser un tributo múltiple ya que grava las actividades objeto del impuesto en cada una de las fases del proceso económico, hasta llegar al consumidor final, quien en definitiva paga el impuesto al valor agregado no directamente al Fisco, sino a través de la persona que le vendió los bienes muebles o le prestó el servicio.

En ese sentido la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado¹⁴ dispone en el artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1. *Se crea un impuesto al valor agregado, que grava la enajenación de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación de bienes, según se especifica en esta ley, aplicable en todo el territorio nacional, que deberán pagar las personas naturales o jurídicas., las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, los consorcios y demás entes jurídicos económicos, públicos o privados, que en su condición de importadores de bienes, habituales o no, de fabricantes, productores, ensambladores, comerciantes y prestadores de servicios independientes, realicen las actividades definidas como hechos imposables en esta Ley.*” (Destacado nuestro)

Asimismo, señala los supuestos que constituyen hechos imposables a los fines de esa Ley, indicando en el artículo 3 lo siguiente:

¹⁴Gaceta Oficial de la república Bolivariana de Venezuela N° 38.435 del 12 de mayo de 2006.

“Artículo 3. Constituyen hechos imponibles a los fines de esta Ley, las siguientes actividades, negocios jurídicos u operaciones:

1. **La venta de bienes muebles corporales**, incluida la de partes alicuotas en los derechos de propiedad sobre ellos; así como el retiro o desincorporación de bienes muebles, realizado por los contribuyentes de este impuesto.
2. La importación definitiva de bienes muebles.
3. **La prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país**, incluyendo aquellos que provengan del exterior, en los términos de esta Ley. **También constituye hecho imponible, el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio**, en los casos a que se refiere el numeral 4 de artículo 4 de esta Ley.
4. La venta de exportación de bienes muebles corporales.
5. La exportación de servicios.” (Destacado nuestro)

Así, constituyen hechos imponibles entre otros, la venta de bienes muebles y la prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país, incluyendo aquellos que provengan del exterior, así como el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio. Al respecto, es de señalar que el término “servicio” en esa Ley comprende cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer incluidos los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales.

Finalmente, la Ley determina quiénes son contribuyentes, clasificándolos en ordinarios y ocasionales refiriéndose separadamente a los contribuyentes empresas públicas, institutos autónomos y demás entes descentralizados y desconcentrados de la República. Asimismo, señala quiénes son los responsables del impuesto, es decir, aquellos sujetos pasivos que, sin tener el carácter de contribuyentes deben por disposición expresa de la Ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éstos y nos indica a quiénes la Administración Tributaria podrá designar como agentes de recepción y percepción.

Por último, en el artículo 29 la citada Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 29. El monto del débito fiscal deberá ser trasladado por los contribuyentes ordinarios a quienes funjan como adquirentes de los bienes vendidos o receptores o beneficiarios de los servicios prestados, quienes están obligados a soportarlos”. (Destacado nuestro)

Esta obligación de soportar el tributo se ratifica expresamente en el artículo 2 del Reglamento General del Decreto con fuerza y Rango de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado¹⁵ en los términos siguientes:

Artículo 2°: *Las entidades citadas en este artículo, **son contribuyentes ordinarios u ocasionales** cuando realicen los hechos imponibles contemplados en la Ley, aun en el caso en que otras leyes u ordenanzas las hayan declarado no sujetas a sus disposiciones o beneficiadas con la exención o exoneración del pago de cualquier tributo:*

a) Los institutos autónomos y demás entes descentralizados o desconcentrados de la República, de los Estados y de los Municipios, así como las entidades que puedan crear.

b) Las empresas públicas constituidas bajo la figura jurídica de sociedades mercantiles.

Parágrafo Único: *Las entidades y organismos citados en los literales precedentes, **así como la Administración Pública Nacional Centralizada y cualquier otro ente perteneciente a la República, los Estados y los Municipios deberán soportar el impuesto, en todos los casos en que adquieran bienes y servicios gravados;** -sin perjuicio de lo previsto en los artículos 63 y 64 de la Ley-. (Destacado nuestro).*

De la normativa transcrita se infiere que los órganos y entes del sector público cuando actúen como adquirentes o consumidores fi-

¹⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.363 Extraordinario, del 10 de julio de 1999.

nales deben cumplir la prestación fijada por la Ley, con el carácter de sujetos pasivos, pues asumen en virtud de lo dispuesto en artículo 29 de la Ley citada una posición deudora de la obligación tributaria y consiguientemente están constreñidos a realizar la prestación (de dar) en que consiste el objeto de la obligación. Así en la medida que realicen los hechos imponibles contemplados en la citada Ley son sujetos pasivos de la obligación tributaria en los términos de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

Los razonamientos expuestos precedentemente permiten responder la consulta formulada señalándole que la Comandancia General del Ejército está obligada al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley de Licitaciones y su Reglamento, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras y demás normativa que regula la materia de contratación pública, debe, por tanto, constituir las garantías necesarias y suficientes aún cuando la obra la ejecute directamente el Sexto Cuerpo de Ingenieros del Ejército como obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato. Asimismo debe pagar el impuesto al valor agregado cuando produzcan los hechos imponibles contemplados en la Ley que establece este Impuesto con el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Oficio N° 01-00-000517 del 20 de julio de 2006.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Imposibilidad de contratar un ciudadano extranjero para desempeñar un cargo administrativo en una Universidad Nacional.

Para desempeñar un cargo administrativo se requiere ser venezolano. Sólo se puede proceder por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, prohibiéndose la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos de carrera.

Memorándum N° 04-00-378 del 22 de Noviembre de 2005.

Se solicita opinión respecto a la posibilidad de contratar a un ciudadano extranjero para desempeñar un cargo administrativo en una Universidad Nacional.

A los fines de emitir dicha opinión, es importante determinar la naturaleza jurídica de la Universidad Nacional Experimental (...). Al respecto, la autora Hildegard Rondón de Sansó, sostiene que la Universidad es un Ente Público Corporativo, caracterizado por la “*presencia de un sustrato personal, comunidad o corporación que da a estos un carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas*”¹. En ese sentido, dicha Corporación está constituida por un conjunto de personas con intereses comunes, que asumen el carácter de miembros condición con la cual la organizan, es decir, que la Corporación va a expresar la voluntad de ellos, a través de sus representantes.

Asimismo, 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 Universidades² lo cual le permite entre otras situaciones, elegir a sus propias autoridades.

En ese orden, ha sido criterio reiterado por la jurisprudencia venezolana que las Universidades Nacionales se asemejan a los Institutos

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 de Venezuela N° 1.429 Extraordinario del 08 de septiembre de 1970.

Autónomos, en virtud que ambos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, 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 contra de ésta, su conocimiento 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, en relación al Expediente N° 6342.

Por otra parte, de la revisión efectuada a la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2005, se observa que en el **Título III “Presupuestos de Ingresos y Gastos y Operaciones de Financiamiento de los Entes Descentralizados Funcionalmente de la República, sin Fines Empresariales”**, 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 Universidad Nacional Experimental (...), adscrita al Ministerio de Educación Superior.

Como puede observarse, la Universidad (...) es un ente público que forma parte de la **Administración Pública Nacional Descentralizada Funcionalmente**, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que goza de autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera.

En este sentido, cabe resaltar que en atención a la autonomía organizativa, las Universidades Nacionales dicta su propia normativa que regula la relación de empleo con el personal docente, de investigación y administrativo, tal como lo refiere la citada autora Hildegard Rondón de Sansó cuando señala que: “El personal académico, docente y de investigación de las Universidades Nacionales (Autónomas), se rige por la Ley de Universidades y por los Reglamentos dictados por los respectivos Consejos Universitarios. El personal de las Universidades Experimentales se rige por los Reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional y los Reglamentos dictados por los Consejos Rectores³”

3 El Funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1991. p.33.

Ahora bien, a los fines de precisar si es posible que un ciudadano extranjero pueda desempeñar un “cargo administrativo” en la Universidad (...), tomando en consideración las previsiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴, es imperioso aclarar que las disposiciones de ésta Ley, rigen el empleo público entre los funcionarios públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, excluyendo de manera expresa a los miembros del personal directivo, académico, docente, **administrativo** y de investigación de las **universidades nacionales**, a tenor de lo dispuesto en el parágrafo único del artículo 1 *eiusdem*.

De manera que, las disposiciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función pública no son aplicables al **personal administrativo de las Universidades Nacionales**, tal como sería el caso bajo estudio, salvo las que se refieran de forma general a la Administración Pública, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio.

Por otra parte, es importante aclarar lo que implica estar en el ejercicio de la función pública. En este orden, la Sentencia⁵ emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, expresa lo siguiente:

*“(...) con carácter general la **función pública** es toda la actividad destinada a realizar los intereses del colectivo. Lo cual es por antonomasia la ratio de la prestación del servicio público llevada a cabo por la Administración Pública. Esa función pública en específico está tanto delineada como regulada por el ordenamiento jurídico. Así, en particular *ex lege* y reglamentariamente se estatuye las competencias y atribuciones que los agentes públicos tienen, y así mismo, los fines que se persiguen con su ejercicio y sus límites, las cuales por principio, como se expresó, atienden a la realización del interés público, y en tal sentido, como es obvio, excluyen absolutamente propósitos quebrantadores de la Ley, o en general de los principios, derechos y garantías que soportan a un Estado de Derecho”.*

(Omissis)

4 Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 37.522, del 6 de Septiembre de 2002

5 Sentencia N° 00943 del 15 de mayo de 2001.

*el **funcionario público** es quien cumple la función pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la función pública, bien por elección popular o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este. Ahora, quien es funcionario público, per se tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa; por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario se puedan ejercerse otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como aceptación de cargos de docencia, etc.). **Pero ello no significa en modo alguno que siempre se esté ejerciendo dicho cargo, así, si bien siempre se tiene esa cualidad de funcionario (al menos mientras no haya operado una destitución, suspensión, renuncia, etc.), ello no significa que siempre se esté ejerciendo la función pública. Para que esto último ocurra deben estarse efectuando los cometidos o funciones del servicio. Por lo que cabe apuntar adicionalmente, que es perfectamente deslindable el hecho de que se estuviere dentro del horario o espacio de tiempo establecido para cumplir con la función pública o incluso que se esté aparentemente realizando ésta, del hecho cierto e inequívoco de que se está realizando dicha función, es decir, en los dos primeros supuestos señalados no puede entenderse que necesariamente se esté ejecutando el servicio.**” (Cursivas y Destacado nuestro)*

Asimismo, resulta importante citar la definición de Funcionario Público⁶, sostenida por la doctrina administrativa, la cual es del tenor

⁶ Enciclopedia Jurídica Opus, Tomo IV. Ediciones Libra.

siguiente:

*“En el Sistema Venezolano, **Funcionario Público** es la persona que ejerce una función pública, bien por nombramiento, elección, designación o cualquier otro acto del poder público a título gratuito u oneroso, voluntario u obligatorio y en forma parcial, total, temporal o permanente. **Por ende la calificación de funcionario va a depender de la calificación que se haga de que una función es pública o no.**” (Cursivas y Negrillas nuestras)”*

De lo antes citado se desprende, que funcionario público es aquella persona natural o física que desempeña una función pública, en tanto, **ejecuta actividades destinadas a realizar los intereses del colectivo**, quien accede al cargo mediante nombramiento de la autoridad competente o por **elección popular** de forma remunerada o gratuita con carácter permanente o temporal, cuya actuación opera en representación del órgano o ente al cual está adscrito.

Con fundamento en lo antes expuesto se colige, que el carácter de funcionario público está vinculado al cumplimiento de funciones públicas, es decir, realizar los intereses del colectivo.

Siendo así las cosas, no podría desconocerse la disposición establecida en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según la cual, para ejercer un cargo en la **Administración Pública** (sentido lato) se requiere ser venezolano o venezolana. La aplicación de esta norma es posible en virtud que se refiere de forma general a la Administración Pública, tal como fuera indicado anteriormente, lo cual es de obligatorio cumplimiento por parte de la Universidad (...), por ser un **ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional**, pese a que en principio el personal directivo, docente, académico, administrativo y de investigación de las universidades nacionales, están excluidos de la aplicación de dicha Ley.

No obstante lo antes mencionado, es importante indicar que el Consejo Nacional de Universidades, aprobó una “Normativa General para el Personal Administrativo de las Universidades Nacionales”, con carácter de **Marco de Referencia**, en tanto a cada Universidad

Nacional de conformidad con su autonomía organizativa, le corresponderá incorporar dichas disposiciones dentro de sus normativas internas a los fines de su aplicación.

El Reglamento en cuestión tiene por objeto la regulación de las relaciones de empleo público entre las Universidades Nacionales y sus empleados administrativos. En éste sentido, el artículo 3 eiusdem, señala que los empleados administrativos en las Universidades Nacionales son de carrera o de libre nombramiento y remoción; y el artículo 4 de las referidas Normas establece que para ser miembro del personal administrativo de las Universidades Nacionales **se requiere en primer término, ser venezolano.**

En torno al personal contratado, el artículo 40 de las aludidas Normas dispone que sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera de personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, prohibiéndose la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos de carrera (personal administrativo).

De modo, que la Normativa antes mencionada será de aplicación obligatoria por la Universidad (...), en la medida que el Consejo Universitario de dicha Institución la haya aprobado como normativa interna, a partir de lo cual tendrá carácter obligatorio, de lo que se desprende de forma categórica, que para desempeñar un cargo administrativo se requiere poseer la nacionalidad venezolana y sólo se puede proceder por la vía del contrato, en lo casos en que se requiera personal altamente calificado y no para ocupar cargos de carrera.

En este contexto, sería posible la contratación de un ciudadano extranjero pero no para ocupar un “cargo administrativo” sino para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, atendiendo desde luego, a la calificación de dicha tarea, siendo el régimen laboral aplicable el previsto en el respectivo contrato, así como en la legislación laboral ordinaria.

De allí que, es importante indicar que la Ley Orgánica del Trabajo⁷ cuyas disposiciones son de orden público, que rige tanto a los venezolanos como a los extranjeros, no prohíbe expresamente la contratación

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

de extranjeros en el país, estableciendo solamente que el noventa por ciento (90%) por lo menos, tanto de los empleados como de los obreros al servicio de un patrono que ocupe diez (10) trabajadores o más, **debe ser venezolano**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 eiusdem. Asimismo, señala que las remuneraciones del personal extranjero (empleados y obreros), no deben exceder del veinte (20%) del total de remuneraciones pagadas a los trabajadores de una u otra categoría, salvo las excepciones contempladas en el artículo 28 eiusdem, todo lo cual deberá ser revisado a la luz de las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo.

Así, es conveniente indicar que la Ley de Extranjeros⁸ en relación al derecho que tienen los trabajadores sujetos a las medidas de deportación o expulsión, expresa en su artículo 49 lo siguiente: *“Los trabajadores extranjeros y las trabajadoras extranjeras sujetos a las medidas de deportación o expulsión contempladas en este Capítulo, tendrán derecho a percibir los salarios, prestaciones sociales y todos los beneficios establecidos en la **ley que regula las relaciones de trabajo, contrataciones colectivas y demás leyes sociales aplicables con ocasión de la relación laboral.**”* (Cursivas y Negrillas nuestras)

De manera, que si el legislador previó tales derechos a los trabajadores extranjeros que están sujetos a estas medidas, iguales derechos los tendrían aquellos extranjeros en Venezuela que desempeñen actividades laborales de conformidad con la Ley.

Memorándum N° 04-00-378 del 22 de noviembre de 2005.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.944 del 24 de mayo de 2004.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Reintegro al patrimonio de una empresa estatal de los ingresos por concepto de reparos formulados por la Unidad de Auditoría Interna

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y sus Reglamentos no prevén disposición alguna que regule el destino de los ingresos por concepto de reparos que formule la Unidad de Auditoría Interna de una Empresa del Estado. Dichos ingresos para ser reintegrados al patrimonio de la empresa requieren que se cumplan los procedimientos administrativos y presupuestarios correspondientes.

Memorándum N° 04-00-034 del 27 de enero de 2005.

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹ tiene por objeto regular la **administración financiera**, el sistema de control interno del sector público y los aspectos referidos a la coordinación macroeconómica, al Fondo de Estabilización Macroeconómica y al Fondo de Ahorro Intergeneracional.

El ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada Ley, se encuentra previsto en su artículo 6, cuyo texto señala los órganos y entidades que conforman el sector público sujetos a las regulaciones contenidas en ella, con las especificaciones que la misma establece. En este orden vale mencionar, que entre las entidades sujetas a la Ley se encuentran las sociedades mercantiles en las cuales la República, los Estados, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Distritos, los Municipios, los Institutos Autónomos o las personas jurídicas estatales de derecho público tengan participación igual o mayor al 50% del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional, según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 6 ejusdem.

Ahora bien, la **Administración Financiera del Sector Público** está conformada por los sistemas de presupuesto, crédito público, **tesoro** y contabilidad, regulados en dicha Ley, así como los sistemas tributarios y de administración de bienes, regidos por leyes especiales, los cuales

¹ Gaceta oficial de la República Bolivariana N° 37.978 del 23 de junio de 2.004

estarán interrelacionados y cada uno de ellos actúa bajo la coordinación de un órgano rector.

Cabe referirnos al **Sistema de Tesorería**, consagrado en el artículo 105 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el cual está integrado por el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos a través de los cuales se presta el servicio de tesorería. Dicho servicio, se extenderá hasta incluir todo el sector público nacional centralizado y los **entes descentralizados de la República sin fines empresariales**, en lo que se refiere a las actividades de custodia de fondos, **percepción de ingresos** y realización de pagos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 ejusdem, en concordancia con el artículo 4 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Tesorería²

En este sentido, es importante destacar que ciertamente el Órgano Rector del Sistema de Tesorería es la **Oficina Nacional del Tesoro**, quien actúa como unidad especializada para la gestión financiera del Tesoro, la coordinación de la planificación financiera del sector público nacional y las demás actividades propias del servicio de tesorería nacional.

Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público expresa claramente que el servicio de tesorería se extenderá hasta incluir todo el sector Público Nacional centralizado y **los Entes Descentralizados de la República sin fines empresariales**. Sobre estos últimos es menester acotar, que la Ley *in commento* los define en su artículo 7 numeral 1 de la forma siguiente: “Se entiende por entes descentralizados funcionalmente, sin fines empresariales los señalados en los numerales 6, 7 y 10 del artículo anterior (los institutos autónomos, las personas jurídicas estatales de derecho público, las fundaciones, asociaciones civiles y demás personas constituidas con fondos públicos o dirigidas por alguna de las personas antes referidas, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de dichas personas, representen el 50% o más de su presupuesto, respectivamente) que no realizan actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República”, concatenado con lo dispuesto en el artículo 29 numeral 1

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.419 del 09 de abril de 2002.

literal a, de la Ley Orgánica de la Administración Pública³

De lo antes citado se desprende, que las empresas estatales estarían excluidas de la clasificación de entes **descentralizados sin fines empresariales**, tal como lo corrobora el contenido del artículo 117 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema Presupuestario⁴, según el cual: “Se rigen por este Capítulo las sociedades mercantiles señaladas en los numerales 8 y 9 del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y los entes descentralizados con fines empresariales a los que se refiere el numeral 2 del artículo 7 de la citada Ley”, puesto que dichas empresas o sociedades mercantiles están comprendidas dentro de la clasificación de **Entes Descentralizados con fines empresariales**.

Expuesto lo anterior esta Dirección General considera que por tratarse de un **Ente Descentralizado de la República con fines empresariales** no le serían aplicables en principio las disposiciones sobre el servicio de tesorería, en lo que se refiere a la custodia de fondos, percepción de ingresos y realización de pagos, establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3, y en ese sentido los ingresos por concepto de reparo que formule la Unidad de Auditoría Interna de la Empresa no serían liquidados por el Ministerio de Finanzas y enterados al Tesoro Nacional, por cuanto el servicio de tesorería no se extiende hasta los entes descentralizados de la República **con fines empresariales**, no obstante toda vez que la citada Ley y sus Reglamentos no prevén disposición alguna sobre el particular, para que dichos recursos puedan ser reintegrados directamente al patrimonio de la empresa deben cumplirse los procedimientos administrativos y presupuestarios correspondientes.

Memorándum N° 04-00-034 del 27 de enero de 2005.

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

4 Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 5.592 Extraordinario del 27 de Junio de 2001

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: La Asociación Civil sin fines de lucro que recibe aportes de un Ministerio está obligada a implementar un sistema de control interno que permita el ejercicio de los controles correspondientes.

El Instituto Autónomo como persona jurídica de Derecho Público está obligada a establecer y mantener un sistema de control interno, de conformidad con las normas básicas dictadas por el Organismo Contralor y procurar que tanto la entrega de los aportes como su correspondiente rendición, sean efectuados de forma oportuna, siguiendo las normas y procedimientos internos diseñados y aprobados por la máxima autoridad del Instituto para tal fin.

Memorándum N° 04-00-733 del 14 de diciembre de 2006.

Se solicita opinión con relación a la posibilidad que el Instituto no aplique las normas y procedimientos que conforman el Sistema de Control Interno de la Institución, a las operaciones de entrega de los aportes que corresponden a la Federación Venezolana de Béisbol y su correspondiente rendición de cuenta, dada la naturaleza privada de dicha asociación civil y a la necesidad de obtener con mayor celeridad dichos recursos, con el fin de no entorpecer las actividades que realiza la mencionada Federación debido a la demora en la entrega de dichos recursos.

Al respecto, se debe precisar que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, regula la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuyo objetivo primordial es fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de las entidades aludidas en el artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley.

En tal sentido, el artículo 9 *ejusdem* define de forma expresa el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley in commento, al establecer los órganos y entidades sujetos a las disposiciones de la Ley, dentro

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

de los cuales se encuentran por una parte, los institutos autónomos nacionales y las personas jurídicas que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos, tal como ocurre en el caso bajo análisis, de conformidad con lo previsto en los numerales 6 y 12 de dicho artículo. De manera que, tanto el Instituto como la Federación, están sujetos a la aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, ciertamente la Federación es una asociación civil sin fines de lucro, tal como se desprende del artículo 1 de sus Estatutos, es decir, una persona jurídica de naturaleza privada; sin embargo, por recibir **aportes** del Instituto –independientemente que el legislador no haya establecido montos o porcentajes con rangos mínimos o máximos–, está incluida dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y adicionalmente le es aplicable el artículo 52 *ejusdem*, conforme al cual, quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público provenientes de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, están obligados a establecer un sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión de acuerdo con lo que establezca la Resolución dictada a tal efecto por el Contralor General de la República.

Ello es así, debido al interés general del Estado de verificar que los recursos afectados al cumplimiento de finalidades públicas, sean destinados a la consecución de los objetivos para los cuales fueron entregados y en tal sentido no solamente con el fin único de salvaguardar los recursos públicos, sino también para garantizar la satisfacción de los derechos correspondientes a los beneficiarios finales de los mismos, a través de las actividades deportivas desarrolladas por la Federación, vale decir, niños, adolescentes y jóvenes, tal como se expone en la consulta.

Asimismo, es importante destacar que el establecimiento del sistema de control interno por parte de las personas jurídicas a que se refiere el citado artículo 52, es responsabilidad de la máxima autoridad de la Federación, en tanto dicho control apunta principalmente a procurar la eficiencia y economía en el uso de los recursos y la efectividad en los resultados de las actividades desarrolladas, lo cual es inmanente en todas las organizaciones públicas y privadas, aún cuando en éstas últimas no sean aplicables las normas de Control Interno contenidas en la referida Ley Orgánica y las normas básicas dictadas por este Órgano Contralor.

De manera que, la Federación está llamada por la Ley a implementar un sistema de control interno particular, adecuado a la naturaleza de la institución, el tipo y número de operaciones que realiza, que permita el ejercicio de los controles pertinentes, según las áreas respectivas.

En suma, el control interno constituye un pilar fundamental en la administración de los recursos y abarca las actividades financieras, administrativas y operativas (técnicas), que permitan funcionar de manera eficiente, efectiva y económica a las entidades públicas y privadas.

Por otra parte, es importante indicar que no debe abstenerse de realizar los controles internos necesarios en torno al asunto expuesto, toda vez que como persona jurídica de Derecho Público está obligada a establecer y mantener un sistema de control interno de conformidad con las normas básicas dictadas por este Organismo Contralor, y debe procurar que tanto la entrega de los aportes como su correspondiente rendición, sean efectuados de forma oportuna cumpliendo con las normas y procedimientos internos diseñados y aprobados por la máxima autoridad del Instituto para tal fin.

En efecto, el Control interno está diseñado para enfrentarse a los riesgos y para dar una seguridad razonable de que en la consecución de la misión de la entidad, se alcanzarán los objetivos gerenciales siguientes:

- Ejecución ordenada, ética, económica, eficiente y efectiva de las operaciones.
- Cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad.

- Cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables.
- Salvaguarda de los recursos para evitar pérdidas, mal uso y daño.

De lo antes expuesto, se colige la improcedencia de la solicitud respecto a que este Órgano Contralor gire instrucciones con el propósito de exceptuar al Instituto de aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 35, 36, 37 y 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, con motivo de la entrega y rendición de cuentas de los aportes correspondientes a la Federación, sin menoscabo que dicho Instituto en atención a la experiencia obtenida con tales actividades y las necesidades de la Federación, revise la adecuación de las normas y procedimientos implementados hasta la fecha, a los fines de precisar si requieren una reforma que permita agilizar los trámites respectivos y sobre todo estimule la adhesión a las políticas y normas establecidas en el Instituto en pro de la eficiencia en el logro de los objetivos planteados.

Memorándum N° 04-00-733 del 14 de diciembre de 2006.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Aprobación de Manuales, Normas e Instrumentos en un Ente Público.

Las normas, manuales de procedimiento, indicadores de gestión, son instrumentos específicos que permiten el funcionamiento del sistema de control interno en cada órgano o entidad cuya aprobación le corresponde a las máximas autoridades jerárquicas de cada órgano o ente, y deben estar en consonancia con las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República a quien le corresponde verificar si dichos instrumentos se adecuan a éstas.

Memorándum N° 04-00-147 del 04 de abril de 2006.

Se somete a consideración de esta Dirección la posibilidad de contratar una empresa para que elabore el Manual de Organización y el Manual Descriptivo de Cargos de una Compañía y una vez elaborados someterlos a la revisión y aprobación de este Órgano Contralor, para luego proceder a la contratación de una firma de auditores independientes, para la elaboración de los Manuales de Normas y Procedimientos.

Sobre el particular, cabe indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, corresponde a las máximas autoridades de cada ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22 de las vigentes Normas Generales de Control Interno, dictadas por esta Contraloría General de la República, según las cuales, los manuales técnicos y de procedimientos deben ser aprobados por las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades que ejercen el Poder Público.

De manera, que las normas, manuales de procedimientos, indicadores de gestión, entre otros, son instrumentos específicos que permiten el funcionamiento del Sistema de Control Interno en cada órgano o entidad, cuyo contenido debe estar en consonancia con las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República a quien le corresponde evaluar dichos instrumentos para verificar que tales normativas elaboradas y aprobadas por las máximas autoridades conforme a la Potestad Organizativa que detentan los órganos y enti-

dades del sector público, se adecuen a las normas básicas dictadas por este Órgano Contralor, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal.

De allí que, dicha evaluación no debe entenderse como una atribución para **aprobar dichos instrumentos** normativos, sino como una facultad para verificar que tales normativas **elaboradas y aprobadas** por las máximas autoridades se adecuen a las normas básicas dictadas por éste.

En ese sentido, no cabe duda que es una atribución exclusiva de la Junta Directiva del ente, en su carácter de máxima autoridad jerárquica de la empresa, la aprobación de los manuales de organización, de clases de cargos, de normas y procedimientos y cualesquiera otra normativa o instructivo de carácter interno, que permita la implantación y el fortalecimiento del Sistema de Control Interno de dicho ente, sin que esta Contraloría este obligada a emitir aprobación previa al respecto, sin menoscabo de la colaboración que pudiera presta a dicha entidad, a los fines de asesorar técnicamente en la implantación de dicho Sistema, a tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, con respecto a la referida contratación se estima que podría constituir un mecanismo de instrumentación del sistema de control interno de dicho ente, no obstante, consideramos que dicha normativa debe ser elaborada por una unidad especializada que se contemple dentro de la estructura organizativa de la Compañía, a los fines que la elaboración de dichos instrumentos normativos no implique un costo adicional para la institución

Memorándum N° 04-00-147 del 04 de abril de 2006.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: La cancelación de más de un incentivo a una persona que participa en dos o más misiones creadas por el Gobierno Nacional es posible siempre que no exista incompatibilidad entre ellas.

Las misiones Robinson, Ribas y Sucre, se refieren a etapas preclusivas de la educación formal excluyentes entre sí, pues se requiere la culminación y aprobación de una para acceder a la otra, razón por la cual a los fines de hacer efectiva la cancelación de los incentivos y evitar pagos incompatibles deben establecerse mecanismos suficientes de control, con miras a lograr la transparencia en el pago de incentivos y el resultado óptimo en la implementación o ejecución de las mismas.

Memorandum N° 04-00-484 del 23 de agosto de 2006.

Se somete a la consideración de esta Dirección, la solicitud formulada por el Auditor Interno de un Instituto en cuanto a la posibilidad de que a un mismo ciudadano (Lancera o Lancero de la misión vuelvan caras), **le sea cancelado más de un incentivo por su participación en las misiones creadas por el gobierno nacional.** Dicha solicitud se fundamenta en la responsabilidad que actualmente tiene el referido Instituto de ejecutar la misión “Vuelvan Caras”, constatándose que algunos de los participantes de esa misión, se encuentran recibiendo a su vez formación en otra de las misiones.

Examinada su solicitud consideramos oportuno precisarle que la tarea asignada a este Máximo Órgano de Control Fiscal, tanto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como por la Ley que rige sus funciones consiste en ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos Nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. En ese sentido, sus actuaciones se orientan a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control.

Esta actividad se ejerce en forma posterior, es decir, se realiza una vez se hayan ejecutado las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de control. De allí que no le esté dado actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fuera parte de ella,

interfiriendo en la órbita de competencias propiamente administrativas asumiendo una responsabilidad coadministradora, sino, precisamente, la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, lo que a su vez supone también, la del órgano o ente sujeto a control, por ello no debe participar en las labores que estos cumplen para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control fiscal.

Ello es así, debido a que su función empieza justamente, cuando la Administración culmina la suya, sin embargo, apegados al principio de colaboración consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procedemos a emitir nuestra opinión sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

Las referidas Misiones, fueron creadas por el Ejecutivo Nacional, fundamentándose en la necesidad de impartir una educación integral a las personas, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé tanto en su exposición de motivos como en los artículos 102 y 103 que es innecesario por reiterativo que sea, exponer motivaciones para reafirmar el carácter insoslayablemente fundamental y prioritario que tiene la educación para cualquier sociedad. Por consiguiente se proclama la educación como un derecho humano y como un deber constitutivo de la base más esencial de la democracia y se le declara gratuita y obligatoria, y la asume el Estado como función indeclinable de servicio público.

De acuerdo con la Constitución, la educación es plural en su apertura a todas las corrientes del pensamiento universal, como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico. Debe estar orientada al desarrollo pleno de la personalidad para el disfrute de una existencia digna, que transcurra con una valoración ética del trabajo y con una conciencia de participación ciudadana. El propósito es que cada venezolano se sienta parte de una sociedad democrática, de la cual sea activamente solidaria, en su transformación hacia un país con una firme identidad neohistórica nacional, y al mismo tiempo, con vocación latinoamericana y universal.

En todo caso la inversión presupuestaria que para tales fines realice el Estado, tendrá carácter prioritario y estará en concordancia con las recomendaciones de la UNESCO en esta área.

En este orden de ideas, tenemos que la Misión Samuel Robinsón, según Acta Constitutiva, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.154 de fecha 29 de marzo de 2005, establece en su cláusula cuarta literal a) que la misma tendrá por objeto la administración académica, financiera y operativa del plan extraordinario de alfabetización Simón Rodríguez (Misión Robinson I) y del plan extraordinario de alfabetización y prosecución educativa al sexto grado de los jóvenes y adultos alfabetizados Simón Rodríguez (Misión Robinson II), así mismo la promoción y financiamiento de las actividades que se vinculan con la administración y organización de planes y programas relacionados con la ejecución de la política educativa a nivel nacional, regional y local, a fin de impulsar a todos los factores de la vida nacional, para alcanzar mayores niveles de desarrollo, calidad de vida y bienestar en los grupos sociales más necesitados del país por medio del aporte de los recursos necesarios, con participación del Ministerio de Educación y Deportes, articulado con otro organismo e instituciones de la Administración Pública.

Por su parte, la Misión Ribas, según su acta constitutiva, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.999 de fecha 11 de agosto de 2004, establece en el artículo 1° que su objeto está dirigido a brindar apoyo en la ejecución de las actividades relacionadas con programas y proyectos asignados a dicha Misión, que no es otra que la de preparar en su formación a los futuros bachilleres de la República.

A su vez la Misión Sucre, cuya acta constitutiva, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.154 de fecha 29-03-2005, es el ente ejecutor, dentro del plan excepcional de desarrollo económico y social para la construcción de la planta física universitaria hacia la universalización de la educación superior, para la elaboración de obras constitutivas de espacios académicos, denominados aldeas universitarias. De igual forma, su artículo 1° prevé dentro de su objeto, desarrollar planes y programas destinados a garantizar a los bachilleres venezolanos su legítimo derecho a la educación superior, con el fin de darle fiel cumplimiento al mandato constitucional que prevé el derecho a la educación gratuita y de calidad, el desarrollo potencial en una sociedad democrática participativa y no excluyente. Asimismo, dicha Fundación podrá formular y ejecutar los programas y proyectos de construcción de obras de aldeas universitarias, que se requieren para el desarrollo de la educación su-

perior en el país.

Por ultimo, la misión Vuelvan Caras, en su Acta Constitutiva y Estatutos publicada en la Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 38.176 del 29 de abril de 2005, más allá de la generación de nuevos empleos, pretende iniciar un cambio en el modelo económico, modificando las relaciones de producción, con un enfoque en el desarrollo endógeno que parte de las fuerzas propias “desde adentro, por adentro” bajo las premisas que la economía popular deberá estar centrada en la equidad, la solidaridad y la cooperación. Este desarrollo se sustenta en la educación y el trabajo, tal como lo establece el Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con el fin de lograr la capacitación y preparación de las personas para un oficio u ocupación con el propósito de consolidar la inclusión social para que se desempeñen dentro de la economía formal y otorgando un incentivo a quienes participen en ella.

Es de destacar, que los incentivos que se les otorgan a los participantes de las Misiones, forman parte de la motivación hacia los mismos, a los fines de contribuir a suplir sus necesidades básicas (alimentación y transporte), para facilitar de alguna manera su desenvolvimiento de forma productiva en el estudio. En el caso objeto de análisis los participantes reciben el servicio de formación educacional y los incentivos, los cuales se encuentran distribuidos conforme a características específicas de cada persona, es decir, en el caso de la Misión Vuelvan Caracas, reciben por la educación de las mujeres jefas de hogar la cantidad de trescientos setenta y dos mil seiscientos bolívares sin céntimos (Bs. 372.600,00), por los hombres jefes de hogar, doscientos mil bolívares sin céntimos (Bs. 200.000,00) y el resto de la población participante, ciento cincuenta mil bolívares sin céntimos (Bs.150.000,00).

Ahora bien, las misiones Robinsón, Ribas y Sucre están dirigidas a la preparación educativa de las personas en sus distintas **facetas de la escolaridad** como lo son: alfabetización, primaria, bachillerato y superior; por su parte la misión Vuelvan Caras está dirigida, entre otras, a la **extra escolaridad** como es la capacitación para un trabajo u oficio determinado, donde aparentemente, no se requiere un grado de instrucción determinado, por lo que es factible, entonces, que una

persona que integre esta misión, participe en cualquiera de las otras misiones pero, siempre y cuando se tome en cuenta que los horarios de cada una no sean coincidentes y que se constate si el participante asiste regularmente a las mismas, ello es así, pues de acuerdo con su objeto pareciera que la participación en la Misión Vuelvan caras, no es incompatible o excluyente con otra, **como si lo sería el participar simultáneamente en las tres misiones que cubren la escolaridad** es decir Robinson, Ribas o Sucre, ya que se refieren a etapas preclusivas de la educación formal excluyentes entre si pues se requiere la culminación y aprobación de una para acceder a la otra, razón por la cual a los fines de hacer efectiva la cancelación de estos incentivos y evitar pagos incompatibles tendrán que establecerse mecanismos suficientes de control, como por ejemplo el cruce de información con los entes encargados de la ejecución de las demás misiones con miras a lograr la transparencia en el pago de estos incentivos y el resultado óptimo en la implementación o ejecución de las mismas.

Memorándum N° 04-00-484 del 23 de agosto de 2006.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Obligatoriedad de exigir fianza de anticipo cuando la contratación se efectúe entre órganos o entes del Estado.

Los Institutos Autónomos están obligados al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley de Licitaciones y su Reglamento, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras y demás normativa que regula la materia de contratación pública, por tanto, salvo disposición expresa en contrario, debe exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes para salvaguardar y proteger patrimonialmente al Estado frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista, aún cuando el obligado directo a cumplir el compromiso sea un órgano o ente del sector público.

Oficio N° 01-00-000564 del 08 de agosto de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la necesidad o no de requerir la presentación de caución o garantía en un contrato que un Instituto Autónomo suscribirá con otro ente del Estado como consecuencia de un procedimiento de adjudicación directa.

Una vez analizado el asunto sometido a consulta, esta Dirección tiene a bien indicar el criterio que sobre ese particular ha sostenido esta Institución Contralora, en los términos siguientes:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ en su artículo 38 dispone lo siguiente:

“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***

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

del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. *Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.*
2. *Que exista disponibilidad presupuestaria.*
3. **Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.**
4. *Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.*
5. **Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables...** (Destacado nuestro)

La disposición parcialmente transcrita determina claramente, los extremos que en ejercicio de control previo, deben verificar la Administración Activa antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, destacando, entre otros que deben asegurarse que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para que el contratista responda por las obligaciones que asume y que se hubiere cumplido con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

La verificación de estos extremos corresponde a quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como a sus supervisores inmediatos en 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, quienes deben asegurarse sobre la conveniencia de llevar adelante operaciones relacionadas con la administración y uso del patrimonio público que les ha sido encomendado, con apego a los principios que rigen el actuar de la Administración, previstos en la Constitución de

la República Bolivariana de **Venezuela**², la Ley Orgánica de la Administración Pública³, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴ y la Ley Contra la Corrupción⁵ **y demás normativa que regula la materia de contratación pública** De manera que si se consideran los distintos aspectos de obligatoria verificación por parte de los responsables del control interno, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen compromisos financieros, no cabe duda que **se erige como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado⁶, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger patrimonialmente al Estado frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.**

Estas garantías constituyen un mecanismo de protección de los intereses patrimoniales del Estado, que la sana lógica y prudencia administrativa aconsejan prever, toda vez que con la contratación administrativa las entidades buscan, entre otros objetivos, la satisfacción

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 del 24 de marzo de 2000. “**Artículo 141.** La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. “**Artículo 12.** La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica...”

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002. “**Artículo 33.** Además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos estarán obligados a:

(omissis)

7. Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración...”

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003. “**Artículo 6.** En la administración de los bienes y recursos públicos, los funcionarios y empleados públicos se regirán por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad. **Artículo 7.** Los funcionarios y empleados públicos deben administrar y custodiar el patrimonio público con decencia, decoro, probidad y honradez, de forma que la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que lo integran, se haga de la manera prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, y se alcancen las finalidades establecidas en las mismas con la mayor economía, eficacia y eficiencia. **Artículo 17.** Los funcionarios y empleados públicos deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos.”

6 El término Estado lo utilizamos en su acepción más amplia, de modo que abarque a todos los entes o personas jurídicas del sector público.

del interés público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. De allí que en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se haya incorporado como un requisito a ser verificado en ejercicio del control previo la previsión de las garantías necesarias que aseguren el cumplimiento de esos fines.

Efectivamente, las garantías tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que deben ser otorgadas por todo aquél que contrate con los órganos y entes del sector público para asegurar la ejecución oportuna y correcta de las obligaciones que asume y de esta manera se protege al patrimonio público ante el eventual incumplimiento de su obligación. Sin embargo, la previsión de garantías necesarias y suficientes que respondan de las obligaciones asumidas por quienes contraten con tales Instituciones y el grado de exigibilidad de ese y de los demás extremos legales a que se refiere el artículo 38 citado, dependerá de la naturaleza y modalidades del compromiso a adquirir⁷, de manera que si existen Leyes que dispensen la constitución de garantías en los supuestos de contrataciones por ellas reguladas, obviamente, el órgano o ente contratante no estaría obligado a exigir las.

Dentro de las garantías previstas en el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁸, en adelante, Ley de Licitaciones, se contempla la **garantía de sostenimiento de la oferta** (artículo 78 de la Ley) por medio de la cual el oferente se obliga a sostener y no retirar su oferta durante la tramitación del procedimiento licitatorio y que en caso de otorgársele la buena-pro, suscribirá el contrato y proveerá la **fianza de fiel cumplimiento**. Esta otra modalidad de fianza la consti-

7 En materia de contratos de servicios, es necesario determinar las condiciones bajo las cuales se ejecuta cada contrato en particular para determinar la procedencia de la fianza, la cual será necesaria en los casos en que el contratista haya recibido un anticipo, antes del cumplimiento de su obligación, así como en los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquéllos en los cuales la ejecución de la prestación se lleva a cabo en varios periodos de tiempo. Sin embargo, no sería necesaria en los contratos de tracto inmediato, esto es, aquéllos en los cuales la prestación se cumple en una sola unidad de tiempo, ni cuando se trata de contratos en masa, en los cuales el contratista no puede prever condiciones especiales para cada uno de los co-contratantes (por lo que debe prever cláusulas de adhesión para quienes quieran contratar con él, y no existe el riesgo de que el servicio se interrumpa, ni se otorga anticipo, aun cuando el servicio constituya un contrato de tracto sucesivo, ni cuando se trata de contratos gratuitos en los cuales una de las partes proporciona una ventaja a otra sin equivalente (artículo 1.135 del Código Civil) .

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

tuye el contratista con el propósito de garantizar la buena ejecución de un contrato por parte del ejecutor de la obra o el suplidor de los bienes o servicios; a través de su constitución el contratista garantiza que va a cumplir su obligación frente al ente contratante en la forma estipulada en el contrato y en caso de no ejecutarse debidamente la obligación, el contratante exigirá por parte del ente emisor de la garantía, el pago de una indemnización.

Por su parte, la **fianza de anticipo** le permite al ente contratante recuperar los montos que haya anticipado sobre un contrato de ejecución de obra, de suministro de bienes o prestación de servicios, y se extiende a los montos no reembolsados mediante la prestación de los servicios estipulados en el contrato, garantizando la devolución del anticipo recibido.

En el caso específico de contratos para la ejecución de obras **la fianza de fiel cumplimiento y la fianza de anticipo** están previstas en los artículos 10 y 53, respectivamente, del Decreto Nro 1.417 del 31 de julio de 1996, relativo a las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”⁹.

Dentro del contexto de los procedimientos licitatorios, la Ley de Licitaciones, exige la constitución de **la garantía de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento**, en los artículos siguientes:

“Artículo 47. Los pliegos de licitación deben contener, al menos, determinación clara y precisa de:

(Omissis)

*15. Condiciones y requisitos de **las garantías que se exigirán con ocasión del contrato.***

Artículo 78. Los oferentes deben obligarse a sostener sus ofertas durante el plazo indicado en los pliegos. Deben presentar además, junto con sus ofertas, caución o garantía por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar que no se retirará la oferta durante su vigencia, y que se celebrará el contrato y otorgará la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo establecido en los pliegos, en caso de que se le otorgue la buena pro.

⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

Artículo 82. Una vez concluido los actos de recepción y apertura de las ofertas, la Comisión de Licitaciones debe examinarlas, determinando entre otros aspectos, si éstas han sido debidamente firmadas, **están acompañadas de las garantías exigidas** y cumplen los requisitos especificados en los pliegos de licitación. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado

Artículo 86. Los oferentes que hubieren merecido la segunda y tercera opción tienen, en este mismo orden, el derecho a que les sea otorgada la buena pro, en caso de que el participante adjudicatario no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, **no suministre la fianza de fiel cumplimiento** o le sea anulada la buena pro, por haber suministrado información falsa.

Artículo 116. Cuando el infractor del presente Decreto Ley fuese una persona jurídica, se le suspende del Registro Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por los siguientes lapsos:

(Omissis)

2. De dos (2) a tres (3) años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la buena pro no suscriban el contrato o **no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato**, dentro del plazo establecido en los pliegos.” (Destacado nuestro)

Estas disposiciones son de obligatorio cumplimiento al momento de interpretar el contenido del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual aparte de exigir la verificación de que se hayan constituido las garantías necesarias alude, además, a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Licitaciones. Ello es así, porque la Administración al momento de realizar su actividad contractual está sujeta a la ejecución de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la

obligan a que la selección del contratista, deba regirse por los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones, como una exigencia de funcionamiento para cualquier organización del sector público a objeto de facilitar el control interno de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, exigible por estar ésta vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

De manera que la aplicación de procedimientos licitatorios en materia de contratación pública constituye la regla general, sin embargo, observamos que en la consulta se alude a la adjudicación directa de un contrato a un organismo del sector público, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 87 numeral 3 de la Ley de Licitaciones, conforme al cual cuando la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público se puede proceder por adjudicación directa.

Precisamente, en el supuesto citado, al permitirse la adjudicación directa no resultan de obligatoria aplicación las disposiciones de la Ley de Licitaciones precedentemente transcritas, referidas a la constitución de la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo en los procedimientos de licitación general y selectiva, sino lo dispuesto en el artículo 89 de la citada Ley, el cual dispone que “Los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, en atención a las características propias de cada contratación, deben hacerse de conformidad con el Reglamento de la presente Ley.”¹⁰

Al efecto, el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones en el TÍTULO II, DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA, Capítulo I, De los Procedimientos para la Adjudicación Directa, contempla mecanismos como el concurso privado y la consulta de precios como procedimientos para la adjudicación directa los cuales deberá seguir el ente adjudi-

¹⁰ En ese sentido, cabe destacar que el artículo 89 de la Ley de Licitaciones delegaba en el Reglamentista el establecimiento de los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, sin embargo el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones a que alude esa norma excedió el señalado propósito y extendió su objeto al desarrollar las normas de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros Auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio.

catario¹¹. De manera que actualmente existen una serie de trámites administrativos previos a la adjudicación directa del contrato, sin embargo, ninguno relativo a las garantías señaladas.

Aunado a esto, cabe destacar que, ciertamente, el Reglamento en comentarios derogó expresamente el Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991¹² que reformó el Reglamento de la Ley de Licitaciones, en el cual se regulaba el procedimiento de licitación general y selectiva, existiendo por tanto un vacío legal en cuanto a la regulación de dichos procedimientos, pero, además, con tal derogatoria quedaron sin efecto los artículos 79, 83 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1991, los cuales señalaban lo siguiente:

“Artículo 79.- *Los participantes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro. A tales efectos **deberán presentar junto con las ofertas, salvo aquellos interesados que formen parte del sector público,** caución o garantía suficiente por el monto fijado por el organismo o ente licitante, para asegurar la celebración del contrato en caso de otorgamiento de la buena pro.*

Artículo 83.- *La Comisión de Licitación declarará inadmisibles las ofertas que se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos:*

1.- Las que no hubieren sido acompañadas de la caución o garantía a que se refiere el artículo 43 de la Ley, o cuando la caución acompañada fuere insuficiente o no cumpla con

11 **“Artículo 28.** Para proceder por Adjudicación Directa, en atención a lo establecido en los artículos 87 y 88 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, los Entes adjudicatarios podrán optar por los siguientes mecanismos: 1. Concurso privado; 2. Consulta de precios. **Artículo 29.** Siempre que ello sea posible, en las adjudicaciones directas, el ente contratante procederá atendiendo como orden de prelación, los mecanismos enunciados en el artículo anterior. Por acto motivado de la unidad que se encargue de efectuar las compras o contratación, justificará la selección del oferente adjudicatario y las razones que imposibiliten el uso de los mecanismos descartados, si fuere el caso. **Artículo 30.** En el concurso privado, el Ente Contratante solicitará ofertas a por al menos tres (3) empresas, en sobres cerrados. La selección se hará tomando en cuenta el cumplimiento de criterios contenidos en los requerimientos. **Artículo 31.** En la Consulta de precios, el Ente Contratante obtendrá cotizaciones de al menos tres (3) empresas, que considerará para la adjudicación del contrato. **Artículo 32.** En las adjudicaciones directas, el ente contratante deberá notificar al adjudicatario el acto por el que se le adjudique el contrato, con indicación expresa de la causal de adjudicación directa utilizada, los hechos que la fundamentan.”

12 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 34.628 del 17 de octubre de 1991.

las condiciones establecidas en la publicación o invitación a que se refieren los artículos 75 y 76 de este Reglamento, salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Licitaciones...”.

Artículo 89.- *En la misma notificación se dará al contratista beneficiario de la buena pro, un plazo no menor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación, para que presente las garantías establecidas en las condiciones de licitación, a satisfacción del ente licitante, sin lo cual no se otorgará el contrato. Cuando el beneficio de la buena pro fuere un organismo de los señalados en el artículo 2 de la Ley, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.*
(Destacado nuestro)

Esta normativa constituía el fundamento jurídico al criterio sostenido por este Máximo Organismo de Control Fiscal, conforme al cual no era necesario constituir la fianza de sostenimiento de la oferta, la de fiel cumplimiento y anticipo, cuando la contratación era celebrada entre dos órganos o entes del sector público y uno de ellos era el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, en estos casos se sostuvo que el órgano o ente público (contratista) quedaba a salvo de presentar las garantías previstas en la Ley de licitaciones.

Cabe recordar que en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el principio de legalidad en los términos siguientes: “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. En virtud de este principio, el Estado se vale del Derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos de manera que las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo, con las modalidades que le son asignadas. Así las cosas, los órganos y entes del sector público están forzados a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal.

Ahora bien, no hay duda que ante la derogatoria expresa del Reglamento citado, y en ausencia de un dispositivo normativo que permita eximir de la constitución de las garantías necesarias y suficientes a los fines de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el contratista en los contratos a suscribirse entre dos entes u organismos del sector público, resulta forzoso concluir que aún en este supuesto el ente contratante debe exigir las, pues de no hacerlo, incumpliría con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En ese orden de razonamiento resulta de cardinal importancia lo dispuesto en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” normativa que contempla la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo específicamente para los contratos de obra celebrados por la Administración en los artículos 10, 11, 12 y 53 en los términos siguientes:

“Artículo 10. Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el Contratista deberá constituir, antes de la suscripción del contrato, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del Ente contratante, de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el documento principal. Dicha fianza deberá ser solidaria y constituida mediante documento autenticado o registrado y deberá incluir mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1.833, 1.834 y 1.836 del Código Civil.

Artículo 11.- A solicitud del Contratista, el Ente Contratante podrá acordar la sustitución de la Fianza de Fiel Cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada, hasta cubrir una cantidad igual al monto de la fianza.

Artículo 12.- La fianza que se hubiere constituido de acuerdo con lo previsto en los artículos que anteceden, estará vigente durante todo el tiempo de ejecución de la

obra y durante el lapso de garantía establecido en el documento principal y en el artículo 103 hasta que se efectúe la recepción definitiva de la obra ejecutada, conforme a lo previsto en los artículos 106 y 110 de este Decreto.

Artículo 53.- *El Ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal.*

Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. **En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo.** Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio. De no producirse el pago, se otorgará una prórroga en la fecha de terminación de la obra, por igual término al de la demora del pago del anticipo por parte del Ente Contratante...”
(Destacado nuestro)

El ámbito de aplicación de la normativa citada se delimita en el artículo 1° el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1°. *Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras a que se refiere este Decreto, regirán con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República, a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración*

Central.

Se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del estado para que elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas.

Por acuerdo entre el Ente Contratante y el Contratista, en atención a la entidad o característica de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto.”
(Destacado nuestro)

Cabe señalar que las referidas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” conforme lo prevé el artículo 1, rigen con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central y a su vez **los Institutos Autónomos** y Empresas del estado elaborarán sus normas de contratación en concordancia con las mismas. De esta manera las normas en comentario pasan a formar parte integrante de los contratos que suscriban los órganos de la Administración Pública con el carácter de instrucciones administrativas **de obligatoria observancia.**

Ciertamente, en el citado artículo se establece la posibilidad de dejar de aplicar algunas de estas condiciones, previo acuerdo entre el ente contratante y el contratista, pero dicha posibilidad está restringida a que la condición sustitutiva que se pacte o acuerde sea *conforme a la Ley y*, específicamente en el caso de la **fianza de fiel cumplimiento**, prevista en la citada normativa, la sustitución quedaría limitada a lo previsto en su artículo 11, conforme al cual, el ente contratante podrá acordar la sustitución de la fianza de fiel cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada.

Por su parte, conforme a la redacción del artículo 53 *ejusdem*, no cabe duda que para proceder a la entrega del anticipo (si su entrega se hubiere estipulado en el contrato) el contratista **deberá** presentar una **fianza de anticipo** por el monto establecido en el documento principal, de allí que la constitución de la fianza por tal concepto tiene carácter obligatorio y previo a la entrega del anticipo, pues sólo una vez que sea

presentada y aceptada la fianza por el ente contratante, se entregará al contratista el monto correspondiente.

En ese sentido, cuando el Instituto otorgue contratos para la ejecución de obras aún cuando sea un organismo del sector público el obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato, está obligado a exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes de conformidad con lo dispuesto las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras.

Los razonamientos expuestos precedentemente permiten responder la consulta formulada señalándole que un Instituto Nacional, está obligado al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley de Licitaciones y su Reglamento, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras y demás normativa que regula la materia de contratación pública, por tanto, salvo disposición expresa en contrario, debe exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes para salvaguardar y proteger patrimonialmente al Estado frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista, aún cuando el obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato sea un órgano o ente del sector público.

Oficio N° 01-00-000564 del 08 de agosto de 2006

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Constitución de garantías.

Los órganos y entes públicos están en la obligación de presentar las garantías suficientes y necesarias que le sean exigidas de conformidad con la Ley.

Oficio N°-01-00-000982 del 08 de diciembre de 2006.

El Contralor de General de la Fuerza Armadas Nacionales con fundamento en la comunicación N° 05-03-1673 de fecha 6 de octubre de 2006, emanada de este Máximo Órgano de Control Fiscal, determinó que la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIN), debía presentar las garantías necesarias y suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, entendiéndose por garantías sólo las fianzas emitidas por compañías de seguros o instituciones bancarias nacionales; lo cual obligaría a dicha Compañía a constituir pólizas de seguros por las contrataciones que lleve a cabo con el Ministerio de la Defensa, a pesar de que este Órgano Contralor mediante Oficio N° 01-00-024 de fecha 8 de febrero de 2002, determinó que dicha compañía *“no estaría obligada a presentar garantías cuando sea contratada por entes del Estado”* de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 79, 83 numeral 1 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones vigente para la época.

Al respecto le comunico, que realizado el análisis correspondiente al contenido de los Oficios emanados de este Organismo Contralor citados la consulta, apreciamos que los mismos no exponen criterios contrapuestos o antagónicos, toda vez que en ambos se ratifica como regla general que en toda contratación celebrada por el Estado¹, es obligación del órgano o ente contratante exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes para salvaguardar y proteger su patrimonio frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Esta obligación se desprende del contenido del citado artículo cuando establece:

¹ El término Estado lo utilizamos en su acepción más amplia, de modo que abarque a todos los entes o personas jurídicas del sector público.

“Artículo 38. El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren 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:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales
2. Que exista disponibilidad presupuestaria.
3. **Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.**
4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.
5. **Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.**

Asimismo, deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. *Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.*
2. *Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.*
3. *Que exista disponibilidad presupuestaria.*
4. *Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.*
5. *Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares” (Destacado nuestro)*

Asimismo, el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, en su artículo 6, al momento de demarcar qué comprende el control interno previo, señala lo siguiente:

“Artículo 6. El Control interno previo comprende los procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de organización, en los reglamentos y manuales de cada ente u organismo que deben ser aplicados por los administradores, antes de la adquisición de bienes y servicios o a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas que regulan tales actos, los hechos que los respaldan, la conveniencia y oportunidad de su ejecución.

El control previo de los compromisos y órdenes de pago para la ejecución del presupuesto estará efectiva y explícitamente incorporado en los procesos administrativos, la verificación y observancia de los requisitos legales de dicho control corresponde a los propios administradores.” (Destacado nuestro)

Las disposiciones transcritas, delimitan los extremos que en ejercicio del control previo debe verificar la administración activa, antes de proceder a la adquisición de bienes y servicios o a la celebración de contratos que impliquen compromisos financieros y su posterior pago. Por lo tanto, estamos en presencia de una función inherente a la gestión y a la dirección de las organizaciones, que permite al funcionario responsable al mismo tiempo que lleva a cabo su actividad administrativa la posibilidad de asegurarse del cumplimiento de los requisitos establecidos en el sistema de control interno.

En el caso que nos ocupa corresponde a los funcionarios competentes dentro del Ministerio de la Defensa que tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, así como a sus supervisores inmediatos, asegurarse en la oportunidad de efectuar el control previo sobre la conveniencia de exigir la constitución de garan-

tías como un mecanismo de protección de los intereses patrimoniales del Estado, que la sana lógica y prudencia administrativa aconsejan prever.

En ese orden de ideas, cabe reiterar que esta Institución Contralora mediante Oficio N° 01-00-024 fecha 8 de febrero de 2002, sostuvo como regla general que en toda contratación celebrada por entes del Estado, debía exigirse la constitución de las garantías necesarias para asegurar al acreedor (Estado) el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, a los fines de resguardar los intereses del Estado, y precisamos como excepción a dicha regla lo dispuesto dentro del marco de las licitaciones en los artículos 79, 83 numeral 1 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones, de esta manera cuando la contratación es celebrada entre dos entes del Estado y uno de ellos es el obligado directo a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, quedaba a salvo de presentar las garantías previstas en el marco regulatorio de las licitaciones.

Sin embargo, en dicha oportunidad también sostuvimos que el Ministerio de la Defensa debía exigir la presentación de garantías en los contratos y órdenes de compra celebrados con la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM) cuando ésta actuare como intermediaria de otra persona jurídica nacional o extranjera, no así cuando procediera en nombre propio y fuera la obligada directa a cumplir la obligación objeto del contrato u orden de compra.

Como se infiere no se excluyó de manera general a la citada empresa estatal de la obligación de presentar garantías cuando es contratada por entes del Estado, como afirma en su comunicación, pues la respuesta dada en aquella oportunidad debe encuadrarse dentro del contexto de la consulta que la originó, a saber: *si en la negociación celebrada entre el Estado y la Compañía Anónima de Industrias Militares (CAVIM), actuando esta última como representante de Empresas Extranjeras, es posible solicitar la presentación de garantías, toda vez que se otorgaba un anticipo del cien por ciento (100%) del monto de la contratación y no se establecían dentro de sus condiciones contractuales y condiciones generales la presentación de los instrumentos garantes (fianza de anticipo y de fiel, cabal y oportuno cumplimiento) ni cláusula penal, y la situación*

del proceso de adjudicación.

Es oportuno indicar que las garantías supra citadas están contempladas en la Ley de Licitaciones dentro de los procedimientos de licitación general y selectiva; y en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” normativa ésta que establece que las fianzas de fiel cumplimiento y de anticipo serán otorgadas **por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del Ente contratante, de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el documento principal.** En ese sentido, no erró el Contralor General de la Fuerza Armada Nacional, cuando en apego a dicha normativa le señaló que las garantías serían las emitidas por tales organismos.

Ahora bien, las disposiciones de la Ley de Licitaciones, referidas a los procedimientos de licitación general y selectiva en las cuales se contempla la constitución de las garantías señaladas no resultan de obligatoria aplicación cuando el “ente contratante” procede por adjudicación directa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la citada Ley, el cual dispone que “Los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, en atención a las características propias de cada contratación, deben hacerse de conformidad con el Reglamento de la presente Ley, por lo tanto, si se trata de adjudicaciones directas resulta inoficioso el análisis relativo a la aplicación de los artículos 79, 83 numeral 1 y 89 del Reglamento de la ley de Licitaciones.”²

Al respecto cabe indicar que el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones, relativo al Sistema Nacional de Contrataciones, a las Comisiones de Licitación, a los Procedimientos de Adjudicación Directa y a la Suspensión y Reposición de los Procedimientos de Licitación³ en su artículo 28, contempla el **concurso privado** y la **consulta de precios** como mecanismos para la adjudicación directa los cuales deberá seguir el ente adjudicatario cuando decida optar por este procedimiento, sin embargo, no establece disposición alguna relativa a exigir o no las garantías señaladas en la Ley de Licitaciones (garantía de sostenimiento de la oferta, fianza de fiel cumplimiento y anticipo); de manera que en

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.830 del 30 de octubre de 1991.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005.

aplicación del criterio que postulamos como regla general, deberíamos acogernos a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tantas veces citado.

En todo caso, corresponderá al “ente contratante” la ponderación respecto a la modalidad y suficiencia de la garantía, pues el propio numeral 3 del artículo 38 deja cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la apreciación y valoración de este requisito por parte de los funcionarios responsables de su verificación, al utilizar la expresión garantías “**necesarias y suficientes**” de allí que el grado de exigibilidad de ese y de los demás extremos legales a que se refiere el citado artículo, admitirá las excepciones derivadas de lo establecido en las Leyes que dispensen de la constitución de la caución en los supuestos de contrataciones reguladas por ellas; así como las que deriven del análisis de la naturaleza y de las condiciones bajo las cuales se ejecutará el contrato o compromiso a adquirir, será necesario, entonces, verificar las condiciones bajo las cuales se ejecuta cada contrato en particular para determinar la procedencia de las garantías (contratos de tracto inmediato, contratos de tracto sucesivo, contratos gratuitos).

A todo evento cabe destacar que el hecho de exigir a la precitada Compañía Anónima las garantías previstas en la Ley, no presupone que el Estado pueda ser insolvente, pues, si bien es cierto que estamos en presencia de una empresa del Estado bajo la tutela del Ministerio de la Defensa, CAVIM está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del de la República, y cuando constituye una fianza para garantizar el cumplimiento de su obligación, el fiador se obliga subsidiariamente frente al ente contratante (en este caso la República por órgano del Ministerio de la Defensa) a responder del cumplimiento de esa obligación si el afianzado (CAVIM) no la satisface.

Oficio N° 01-00-000982 del 8 de diciembre de 2006.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: La desincorporación o destrucción de documentos inactivos de los órganos o entes que integran la Administración Pública no requieren de la autorización previa de la Contraloría General de la República.

La normativa que rige el Sistema Nacional de Control Fiscal no contiene como requisito la autorización previa de este Organismo para la destrucción de los documentos que conformen el archivo de los entes y órganos que integran la Administración Pública.

Memorándum N° 04-00-120 del 7 de abril de 2005.

Se solicita opinión con respecto a la competencia que tiene el Servicio Autónomo para destruir los documentos que reposan en sus archivos, y que han sido declarados por ese Servicio como susceptibles de destrucción, según el “Manual de Normas y Procedimientos Tributarios sobre Manejo de Documentación Inactiva”, remitidos a esta institución para su consideración y consiguiente autorización del procedimiento previsto para la desincorporación y destrucción.

Sobre el particular es preciso destacar que no está prevista en la normativa que rige el Sistema Nacional de Control Fiscal el cumplimiento del requisito de la autorización previa de este Organismo, para la destrucción de los documentos que conformen el archivo de los entes y órganos que integran la Administración Pública, por ende, como allí se expresa no corresponde a esta Contraloría autorizar el procedimiento para la desincorporación o destrucción de documentos previsto en el “Manual de Normas y Procedimientos Tributarios sobre Manejo de Documentación Inactiva”, remitido por el Servicio Autónomo consultante.

Por su parte, en cuanto al interés que tendría este Organismo en la documentación sujeta a destrucción o desincorporación por parte del Servicio consultante, consideramos acertado que si bien en el Manual se expresa que el periodo de retención y la destrucción de los libros principales de contabilidad y de las planillas de declaración y pagos de ese Organismo, están supeditados a la aprobación de la cuenta o la presentación de la contabilidad por este Organismo Contralor, también, deben tomarse en consideración, las normas e instrucciones técnicas

que dicte la Oficina Nacional de Contabilidad para la organización y funcionamiento del archivo de la documentación financiera de la Administración Nacional, con respecto a la conservación de documentos por medios informáticos aplicando mecanismos de seguridad que garanticen su estabilidad, inmutabilidad e inalterabilidad. Igualmente, deben tomarse en consideración por el Servicio, la normativa dictada por el Ministerio de Finanzas a través del Programa de Modernización de las Finanzas Públicas, con respecto a la forma y lapso de archivo de los documentos que forman parte de los registros y documentos físicos de la cuenta.

En ese sentido, queda claro que la posibilidad de que el Servicio destruya los documentos que reposan en sus archivos, está sujeta al cumplimiento de esta normativa a las cuales deben sumarse las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública, conforme a las cuales la unidad administrativa funciona como órgano de archivo que dentro de la estructura organizativa de ese Instituto, y tiene bajo su responsabilidad la custodia, organización, conservación, valoración, selección, desincorporación y transferencia de documentos oficiales sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, con la finalidad de valorar, seleccionar, desincorporar y transferir a los archivos intermedios o al Archivo General de la Nación, según sea el caso, los documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser archivadas conforme al Reglamento respectivo.

Ese órgano de archivo que actúa bajo la rectoría del Archivo General de la Nación como responsable de la creación, orientación y coordinación del Sistema Nacional de Archivos, tiene la obligación de conservar y disponer de la documentación y puede incorporar tecnologías y emplear cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático para el cumplimiento de sus fines, de manera que los documentos reproducidos por los citados medios gocen de la misma validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ley y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información.

Es importante destacar que la Ley citada es enfática al prohibir la destrucción de documentos que posean valor histórico, aun cuando

hayan sido reproducidos o almacenados mediante cualquier medio, precisando que la violación de esa prohibición acarreará las sanciones que establezca la Ley. Sin embargo, nada dispone respecto a la destrucción de los documentos administrativos que no posean valor histórico, de allí que en principio, estos documentos podrían ser susceptibles de destrucción siempre y cuando previamente se hubieren reproducido por medios electrónicos, informáticos, ópticos o telemáticos que garanticen la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información en ellos contenida.

Sin embargo, la Ley deja a cargo de disposiciones reglamentarias aspectos como las características específicas de los archivos de gestión, la obligatoriedad de la elaboración y adopción de tablas de retención documental en razón de las distintas cronologías documentales y el tratamiento que recibirán los documentos de los registros públicos, notarías y archivos especiales de la Administración Pública, así como lo concerniente a los documentos producidos por las entidades privadas que presten servicios públicos.

En ese sentido se aprecia que en el “Manual de Normas y Procedimientos Tributarios sobre Manejo de Documentación Inactiva” se dispuso una tabla de retención documental, pero no se prevén regulaciones relativas a la reproducción previa por medios fotográficos o telemáticos o de cualquier otra índole de los documentos que una vez cumplido el tiempo de retención allí previsto sean declarados susceptibles de destrucción conforme lo prevé la Ley Orgánica de la Administración Pública. No obstante, atendiendo a que el referido Manual, ya fue aprobado por el Archivo General de la Nación, mediante Oficio AGN-N° 047/02 de fecha 15-8-2002, en el cual se expresa “evaluada la tabla de retención (Detección de Períodos de Retención para la Documentación Administrativa y Tributaria) utilizada por ustedes, encontramos que la misma se ajusta adecuadamente a los criterios archivísticos y a la normativa legal que regula la materia...” debemos suponer que la aprobación del ente rector en materia de archivos, constituye un aval respecto a que dicho instrumento cumple lo dispuesto en la normativa legal citada.

Memorándum N° 04-00-120 del 7 de abril de 2005.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Ubicación de la Unidad de Auditoría Interna dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad sujeta a control.

La Unidad de Auditoría Interna debe estar adscrito al máximo nivel jerárquico de su estructura administrativa y asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización en el ejercicio de sus funciones.

Memorándum N° 04-00-082 del 2 de Marzo de 2006.

La Vicerrectora Administrativa de una Universidad expone que el Auditor Interno de dicha casa de estudios fue ubicado al más alto nivel directivo y administrativo dentro de la estructura de cargos con una remuneración correspondiente a dicho nivel, no obstante, éste introdujo un reclamo en cuanto a su remuneración razón por la cual solicita orientación con respecto a si está obligada a modificar la remuneración asignada.

Examinada su solicitud consideramos oportuno precisarle que la tarea asignada a este Órgano de Control tanto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como por la Ley que rige sus funciones consiste en ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos Nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. En ese sentido, sus actuaciones se ejercen en forma posterior y se orientan a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control. De allí que no le esté dado actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fuera parte de ella, sino precisamente, la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, lo que a su vez supone también, la del órgano o ente sujeto a control, por ello no le corresponde pronunciarse con respecto a la remuneración que debe asignarle dicha Casa de Estudios al Auditor Interno.

No obstante, si podemos indicarle en cuanto a la ubicación del órgano de control fiscal interno dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad, que el artículo 36 la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece que corresponde a la máxima autoridad jerárquica de cada ente la

responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente. Asimismo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de las Normas Generales de Control Interno, el órgano de control interno de los organismos o entidades debe estar adscrito al máximo nivel jerárquico de su estructura administrativa y asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación alguna en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar.

Dentro de ese contexto normativo y dada la importancia que revisten los órganos de control fiscal interno y externos, como instrumento fundamental que debe contribuir al logro de los objetivos del Estado, así como el carácter de las competencias que le han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico en su condición de órganos integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, es criterio sostenido por esta Máxima Entidad Fiscalizadora, que a los fines de garantizar el cabal cumplimiento de sus funciones, la máxima autoridad jerárquica de cada organismo o entidad del sector público, debe observar lo siguiente:

- Que las Unidades de Auditoría Interna deben estar ubicadas, dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad, sin depender jerárquica o funcionalmente de otra dependencia, esta independencia en el ejercicio de sus funciones no implica, necesariamente, que deban ser equiparados a las dependencias de más alto nivel dentro de la estructura organizativa del órgano o ente al cual esté adscrita.

- Los órganos de control interno deben estar adscritos al máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa del organismo o entidad.

Igualmente, al momento de determinar el rango que tendrá la Unidad de Auditoría Interna dentro de su estructura organizativa las máximas autoridades jerárquicas del respectivo organismo o entidad deben considerar que el costo del control interno no debe exceder a los beneficios esperados de la función contralora, así como los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales, previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 17 de la Ley Contra la Corrupción, propendiendo en todo caso a la utilización racional de los recursos humanos,

materiales y presupuestarios.

De manera tal que corresponde al ente consultante verificar el cumplimiento de los extremos señalados en el caso bajo examen.

Memorándum N° 04-00-082 del 2 de Marzo de 2006.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Derecho de petición e información.

La Constitución, establece y desarrolla una serie de principios que garantizan a los ciudadanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida ciudadana, constituyendo dicha participación un medio eficiente de desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica. Dentro de estos principios, el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, le impone al legislador la obligación de legislar para hacer efectivos y viables todos estos derechos, creando los mecanismos y vías que permitan la concreción real de estos postulados.

En ese sentido, cualquier persona natural o jurídica, independientemente de su naturaleza, es titular del derecho de petición y podrá ejercerlo, tanto individual como colectivamente, bien sea como un canal de expresión en defensa de sus intereses legítimos o como mecanismo de participación ciudadana en la gestión pública.

Por lo tanto cuando se presenten solicitudes de información o peticiones, así como de documentos que reposan en los archivos la Administración debe examinarlas verificando si reúnen los requisitos legales para su tramitación, entre otros, constatar el “interés” necesario cuando la norma así lo requiera, además, examinará si la solicitud encuadra dentro del ámbito de competencias asignadas al órgano o ente ante el cual se formula, si los documentos solicitados son de interés general o de carácter reservado, entre otros, y finalmente, dar oportuna respuesta mediante escrito razonado.

Oficio N° 01-00-000246 del 18 de abril de 2006.

Esta Dirección emite opinión con respecto a determinar el alcance de los derechos de petición e información contenidos en los artículos 51 y 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y la actuación que debe desarrollar la Administración ante las constantes comunicaciones que recibe de asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales, sin que dichas solicitudes evidencien el interés del peticionario para efectuarlas, y en las cuales, requieren gran cantidad de información sobre documentos, registros o datos de diversa índole, utilizando como fundamento lo dispuesto en los artículos 62 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los artículos del Texto Constitucional citados en la consulta, han sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo de Justicia en decisiones

emanadas de la Sala Constitucional¹, órgano llamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a ser su máximo y último intérprete, cuyos criterios respecto de las disposiciones Constitucionales tiene carácter vinculante a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 ejusdem.

Dentro de ese contexto, estimamos ilustrativos los razonamientos expuestos por la referida Sala, sobre el contenido y alcance de los citados artículos del Texto Constitucional. Así, con respecto al derecho de petición consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha sostenido que este precepto, permite dirigir con arreglo a la ley, peticiones a los Poderes Públicos, solicitando gracias, expresando quejas o poniendo en marcha actuaciones procedimentales.

En efecto, el artículo 51 de la Constitución establece lo siguiente:

“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

De la disposición transcrita se desprenden dos derechos, el primero, el derecho de representar o dirigir peticiones ante las autoridades públicas cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública, a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa y el segundo, el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta que inviste a estos particulares del derecho a obtener la respuesta pertinente en un término prudencial.

Este derecho de petición se complementa con el derecho a obtener una respuesta “oportuna” y “adecuada”; el término “oportuna”, alude a una condición de tiempo, es decir, que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta, mientras que el término “adecuada”, apunta a la correlación o adecuación de la respuesta con la solicitud planteada, pues, lo

1 Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional identificadas con los números 332, 442, 1050, 2073 de fechas 14-03, 04-04, 23-8- y 30- 10-2001 respectivamente, N° 1286 de fecha 12-06-2002; N° 23 del 22-01-03; N° 1613 de fecha 17-08-2004 y N° 458 del 08-04-2005.

que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante.

Desde esta perspectiva, el derecho de petición no genera en el solicitante el derecho a obtener una respuesta favorable a lo solicitado, ya que su contenido intrínseco sólo supone el reconocimiento a favor de las personas, del derecho a formular peticiones a los órganos de la Administración Pública competentes para resolver sobre lo pedido, pero nunca que lo requerido tenga que ser necesariamente concedido. Ello es así, en virtud de que no es lo mismo hallarse facultado para pedir algo y obtener una respuesta (favorable o no), que tener derecho a aquello que se pide.

Conforme con el dispositivo constitucional en comentarios cualquier persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, es titular del derecho de petición y podrá ejercerlo, tanto individual como colectivamente, bien sea como un canal de expresión en defensa de sus intereses legítimos o como mecanismo de participación ciudadana en la gestión pública.

Por su parte, el destinatario del derecho de petición es cualquier autoridad o funcionario público, concepto que comprende tanto los órganos que ejercen el Poder Público y sus entes descentralizados, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional, y a los funcionarios públicos vinculados o dependientes de estos, respecto de las materias de su competencia.

Es importante resaltar que el derecho de petición no es irrestricto, su ejercicio se encuentra limitado a que el contenido de la petición se corresponda con la esfera oficial de competencias del órgano o ente ante el cual se ha incoado dicho requerimiento, y supone que la autoridad a quien se dirige tenga plena facultad para acordar, negar o resolver lo solicitado. Esta autoridad una vez recibida la petición, debe tramitarla si la misma encuadra dentro de las competencias asignadas o remitirla al órgano competente en el supuesto que no lo fuere, pero en todo caso, debe dársele respuesta oportuna a la solicitud, bien sea favorable o no a lo pedido, y en ella se examinarán las razones del solicitante; respuesta

que deberá comunicarse al interesado.

En virtud que el derecho de petición y pronta respuesta podría ser objeto de control jurisdiccional -en el caso de que el interesado interponga un Recurso de Amparo en el que aduzca violación de éste derecho- es recomendable que la respuesta a toda petición se haga siempre en forma escrita, de manera tal que, en caso de ser necesario, la administración pueda demostrar, mediante prueba documental, que la gestión del interesado fue atendida en tiempo y forma. De esta manera, aun en el supuesto de que la petición formulada, fuera jurídicamente improcedente, la Administración debe comunicarle por escrito, al interesado, el rechazo de la misma, con indicación expresa de las razones que lo motivan.

En ese sentido, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone como garantía del derecho de petición lo siguiente:

“Artículo 9. *Los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.*

En caso de que un funcionario público o funcionaria pública se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley. (Subrayado nuestro)

En razón de lo anterior, ha señalado la Sala Constitucional que la violación al derecho de petición de dar oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace in limine, sin examen alguno, o porque las deje indefinidamente sin respuesta. Asimismo, se entiende conculcado este derecho cuando la Administración da la respuesta fuera

del lapso previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o cuando la respuesta es impertinente e inadecuada, pues no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse.

Es de destacar que el derecho de petición ya aparecía regulado en el artículo 67 de la Constitución de 1961², en el artículo 2° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³ y, en el ordenamiento jurídico posterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo encontramos en diversos instrumentos normativos como la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículo 9°) ya citado, Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (artículo 85)⁴, Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (artículo 38)⁵, Ley Contra la Corrupción (artículo 10)⁶ y la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (artículo 29)⁷ entre otros.

A mayor abundamiento, la Defensoría del Pueblo, como institución

2 “Artículo 67. Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de estos, y a obtener oportuna respuesta.”

3 “Artículo 2. Toda persona interesada, podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.”

4 “Artículo 85. Derecho de Petición. Todos los niños y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.”

Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables.

5 “Artículo 38. Toda persona que haya presentado una petición, reclamación, consulta o queja ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación y a que se le informe el plazo, dentro del cual se atenderá la misma.”

6 “Artículo 10. Los particulares tienen el derecho de solicitar a los órganos y entes indicados en los artículos 4 y 5 de esta Ley, cualquier información sobre la administración y custodia del patrimonio público de dichos órganos y entes. Asimismo, podrán acceder y obtener copia de los documentos y archivos correspondientes para examinar o verificar la información que se les suministre, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, salvo las excepciones que por razones de seguridad y defensa de la Nación expresamente establezca la ley.”

7 “Artículo 29 Cualquier persona puede presentar solicitudes o denuncias, verbales o escritas, ante los órganos del Poder Ciudadano, sin ningún tipo de discriminaciones ni exclusiones por razones de nacionalidad, residencia, sexo, edad, incapacidad legal, internamiento en centro de salud o de reclusión, relación de sujeción o dependencia, o por cualquier otra razón.”

La solicitud o denuncia puede ser hecha en defensa de los derechos o intereses del solicitante, de un tercero, o de intereses colectivos o difusos.

garante de los derechos humanos por tratarse de un derecho fundamental por cuyo cumplimiento le corresponde velar ya ha expuesto su opinión sobre el derecho de petición y su consagración Constitucional⁸, en la cual destaca lo siguiente:

“Históricamente se ha conocido el derecho de petición, como aquel derecho que autoriza a los ciudadanos de un determinado país para dirigirse a los poderes públicos solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisfagan el interés del peticionario o los intereses generales(...) En Venezuela, el derecho de petición está consagrado constitucionalmente como un derecho fundamental en el artículo 51 (...) Igualmente, observamos que la Carta Fundamental, en su artículo 143, establece la obligación por parte de los distintos órganos que conforman la Administración Pública de suministrar, oportuna y verazmente, información a todo ciudadano sobre las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular, para el ejercicio cabal del derecho de petición.

Como obligación correlativa del derecho de petición, existe la obligación del destinatario de la misma de recibirla y además de contestarla, en la forma establecida por la Carta Magna: debe tratarse de una oportuna y adecuada respuesta. Oportuna, por cuanto el factor tiempo es un elemento esencial para la efectividad de los derechos fundamentales, pues de nada sirve una respuesta adecuada y certera cuando es tardía. Adecuada, en el sentido de que no basta, por ejemplo, dar una información cuando lo que se solicita es una decisión, lo cual quiere decir que debe existir correspondencia e integridad entre la petición y la respuesta.

Adicionalmente, a los anteriores calificativos que establece la Ley Fundamental respecto a la respuesta, es lógico pensar que la misma debe ser igualmente efectiva, es decir, que

8 Opinión publicada en la página Web de la Defensoría del Pueblo.

sirva al peticionario para esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que lo conduzca a la solución de su problema; y sustancial, en el sentido de que no debe cumplirse con una simple respuesta, sino que debe ser de fondo y no de forma, para no vulnerar el derecho fundamental y los intereses de las personas. Sin embargo, pese a todos estos caracteres propios de este derecho, el peticionario en su condición de tal, no puede pretender en ningún momento que la respuesta a obtener le sea favorable, pues esto dependerá de cada caso en concreto.

Con relación a su ámbito subjetivo, la delimitación de los titulares del derecho de petición se realiza extensivamente, en el entendido que abarca a cualquier persona natural o jurídica, sin discriminaciones, pudiendo ejercerse individual o colectivamente.

En cuanto a los destinatarios de la petición, pueden ser cualquiera de los poderes públicos o autoridades administrativas, incluyendo los órganos constitucionales así como los funcionarios públicos.

4.1) Límites del derecho de petición.-

Resulta oportuno resaltar que el derecho de petición no es un derecho absoluto, por tanto, su ejercicio se encuentra limitado de la siguiente manera:

- *La petición debe estar correspondida por el interés personal de quien solicita, pudiendo ser realizada por un representante debidamente autorizado. También pueden incoarse derechos e intereses colectivos o difusos.*
- *El contenido de la petición debe corresponder a la esfera oficial de competencia del ente involucrado o ante el cual se ha incoado dicho requerimiento, pues supone que la autoridad a quien se dirige tenga plena facultad para acordar, negar o resolver lo solicitado.*
- *La forma de la petición no debe quebrantar el orden público, las buenas costumbres, la honorabilidad o respeto debido a los funcionarios o autoridades a quienes se dirige.*

- *En términos generales, los secretos de Estado, los secretos referidos a la seguridad y defensa de la nación (de naturaleza política), y los documentos que, conforme a la Ley, son de naturaleza privada, no están cubiertos por el derecho de petición.*

4.2) Tipos de petición.-

De acuerdo al contenido del derecho de petición o el fin que se persigue a través de su ejercicio, diversos autores distinguen los siguientes tipos:

- **Quejas**, cuando se pone en conocimiento de las autoridades, conductas irregulares de empleados oficiales o de particulares, a quienes se ha atribuido o adjudicado la prestación de un servicio público, e inclusive las arbitrariedades cometidas por los órganos públicos. Este tipo de petición comúnmente se identifica con la figura de la denuncia y tiene como finalidad, la sanción o corrección de la conducta de aquél que incurrió en la falta.
- **Manifestación**, cuando se hace llegar a las autoridades la opinión del peticionario sobre una materia sometida a actuación administrativa, con miras a que se tomen las medidas pertinentes, sean éstas de carácter individual o colectivo.
- **Demanda**, es la petición que se dirige a los entes públicos que gozan de funciones jurisdiccionales, con el objeto de solicitar del Estado le sea reconocido o reestablecido un derecho público subjetivo o bien la legalidad que le haya sido conculcada o amenazada por algún particular, entidad, funcionario público, conducta o acto administrativo. En este sentido, podemos citar el artículo 26 de la Constitución de la República, que consagra el derecho de acceso a la justicia que tienen todos los ciudadanos y que no es más que una manifestación del derecho constitucional de petición, pero realizado frente a los órganos de administración de justicia.
- **Petición de información**, cuando se formula a las auto-

ridades, para que éstas den a conocer cómo han actuado en un caso concreto.

- **Consultas**, cuando se presentan a las autoridades para que manifiesten su parecer sobre materias relacionadas con sus atribuciones y competencias.

4.5) El derecho de petición en las leyes venezolanas.

Este derecho humano está regulado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ambas anteriores al vigente Texto Fundamental.

Los artículos 2° y 5° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 85 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establecen, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 2° LOPA.- “Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Éstos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.”

Artículo 5° LOPA.- “A falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la Administración Pública y que no requiera sustanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o a la fecha posterior en la que el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos. La Administración informará al interesado por escrito, y dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, la omisión o incumplimiento por éste de algún requisito.”

Artículo 85 LOPNA.- “Todos los niños y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos

de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna. / Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables.”

4.6) La Defensoría del Pueblo y su labor frente al derecho de petición.- *La Defensoría del Pueblo como institución garante de los derechos humanos en Venezuela, debe velar por el efectivo respeto del derecho de petición y oportuna respuesta. Tal obligación se desprende de sus competencias constitucionales, contenidas en los artículos 280 y 281, siendo éste un derecho humano reconocido en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.”*

En otro orden de ideas, cabe precisar que el artículo 143 de la Constitución consagra el derecho de acceso a las actuaciones administrativas en las cuales las personas se encuentren directamente interesados y a los archivos y registros administrativos.

En efecto, la norma citada dispone lo siguiente:

Artículo 143. *“Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.*

Sobre el particular, ha precisado la Sala Constitucional, que dicho artículo estructura un derecho de acceso a las actuaciones administrativas en que las personas se encuentren interesadas, y a los archivos y registros administrativos, es decir, establece dos derechos distintos, el primero debe ser cumplido por la Administración a favor de los ciudadanos, y consiste en informar a las personas oportunamente, del estado de las actuaciones contenidas en los expedientes administrativos en los cuales tengan interés. De allí que tratándose de actuaciones y resoluciones a dictarse en expedientes en los cuales la persona tiene un interés, no cabe duda que el derecho de los ciudadanos a estar informados, consagrado en la primera parte de la norma, está referido al procedimiento administrativo, y estas informaciones se adelantarán en la forma pautada en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o en otras leyes aplicables que rijan procedimientos administrativos. Hasta allí llega el primer derecho que otorga el artículo 143 citado.

Como puede apreciarse en este supuesto se requiere de un interés particular en el peticionario cuando la norma utiliza el término “directamente interesado” el cual en la doctrina administrativa se identifica con el sujeto legitimado, es decir, el titular de un derecho o de un interés legítimo, personal y directo.

Por su parte, el segundo derecho que consagra la norma en comentarios establece el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, este derecho de acceso no funciona, por mandato constitucional, en materias secretas relativas a seguridad interior o exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule el contenido confidencial o secreto de estos archivos o registros, prevista en el artículo 143 Constitucional y en el artículo 155, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, este último regula el derecho de acceso a los archivos y registros que conforman el sistema de archivos documental de la Administración Pública, y es desarrollado en los artículos 156 y 157 en los términos siguientes:

“Artículo 155. *Toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, salvo las excepciones establecidas en la Constitución de la República*

Bolivariana de Venezuela y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Artículo 156. *El derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes.*

Artículo 157. *El derecho de acceso a los archivos y registros conllevará el de obtener copias simples o certificadas de los mismos, previo pago o cumplimiento de las formalidades que se hallen legalmente establecidas.”*

Ahora bien, una característica de este derecho de acceso, es que el mismo se ejerce no para la obtención de datos nominativos, sino de cualquier tipo de información no calificada como secreta, o que pueda atentar contra la vida privada e intimidad de las personas, o que entrase o vulnere una investigación criminal, independientemente de que el acceso se efectúe para conocer hechos con relevancia comunitaria o no.

En definitiva, el artículo 143 otorga a los ciudadanos un derecho a la información que debe ser cumplido por la Administración Pública, con el fin que los administrados conozcan el estado de las actuaciones en que están directamente interesados, así como las resoluciones que se adopten. Se trata de un derecho de acceso de los interesados a las actuaciones de los procedimientos administrativos. Con esa misma finalidad, los ciudadanos tienen acceso a los archivos y registros administrativos, con las excepciones legales. El derecho a la información que acogió el artículo 143 del Texto Constitucional no abarca aquellos documentos de contenido confidencial o secreto. Sin embargo, la con-

fidencialidad de un documento requiere de la existencia previa de una norma que así lo califique o de un acto expreso que ponga al particular directamente interesado en conocimiento de tal decisión, por cuanto la limitación que deriva de esa condición sólo puede concebirse dentro de un moderno Estado de Derecho y de Justicia, con la debida garantía de un pronunciamiento motivado en función del derecho constitucional a la defensa de los eventuales interesados en la información cuya confidencialidad se declarase.

Por su parte la Ley Contra la Corrupción⁹ en los artículos 8 y 9¹⁰ establece que toda la información sobre la administración del patrimonio público que corresponda a las personas indicadas en sus artículos 4 y 5¹¹, tendrá carácter público, e impone a los titulares de los organismos y entidades que conforman el Poder Público la obligación de informar a los ciudadanos sobre la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde, quienes, a tal efecto, publicarán trimestralmente y pondrán a la

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 de fecha 07 de abril del 2003.

10 “**Artículo 8.** Toda la información sobre la administración del patrimonio público que corresponda a las personas indicadas en los artículos 4 y 5 de esta Ley, tendrá carácter público, salvo las excepciones que por razones de seguridad y defensa de la Nación expresamente establezca la Ley.”

“**Artículo 9.** A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, las personas a que se refieren los artículos 4 y 5 de esta Ley deberán informar a los ciudadanos sobre la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde. A tal efecto, publicarán trimestralmente y pondrán a la disposición de cualquier persona en las oficinas de atención al público o de atención ciudadana que deberán crear, un informe detallado de fácil manejo y comprensión, sobre el patrimonio que administran, con la descripción y justificación de su utilización y gasto.

El informe a que se refiere este artículo podrá efectuarse por cualquier medio impreso, audiovisual, informático o cualquier otro que disponga el ente, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente”

11 “**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 las demás entes locales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

disposición de cualquier persona en las oficinas de atención al público o de atención ciudadana que deberán crear, un informe detallado de fácil manejo y comprensión, sobre el patrimonio que administran, con la descripción y justificación de su utilización.

Como puede apreciarse de esta normativa se infiere la obligación a cargo de los órganos y entes señalados en los artículos 4 y 5 de la citada ley de crear oficinas de atención al público o de Atención Ciudadana, a través de las cuales se informe a los ciudadanos, mediante la publicación de un informe trimestral, respecto a la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público, preservando así el derecho a la información que proclama la Constitución.

En otro orden de ideas y en cuanto a las disposiciones invocadas por los solicitantes como fundamentos de derecho para las peticiones

-
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 aquéllas.
 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 consideran 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.”

“**Artículo 5.** Cuando las personas señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del artículo anterior tengan una participación accionaria menor al cincuenta por ciento (50%) en cualquier sociedad, dicha participación se considerará patrimonio público a los efectos de esta Ley y estará sujeto a las normas y principios en ella establecidos. Su irregular o incorrecta administración será penada de conformidad con lo previsto en esta Ley y las sanciones administrativas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.”

dirigidas a la Administración, estimamos apropiado significarle que el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente:

“Artículo 62. *Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.*

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”

Respecto al alcance del artículo supra transcrito, ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que éste consagra el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública, y se caracteriza por ser un derecho político y un deber social de todos los ciudadanos, según sus capacidades, porque la concepción de nuestra democracia como participativa, exige de una participación popular directa en los asuntos públicos, y no sólo indirectamente a través de los representantes políticos electos mediante el sufragio.

En ese sentido la Constitución, establece y desarrolla una serie de principios que garantizan a los ciudadanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida ciudadana, constituyendo dicha participación un medio eficiente de desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica. Dentro de estos principios, el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos consagrado en el artículo 62 supra transcrito, le impone al legislador la obligación de legislar para hacer efectivos y viables todos estos derechos, creando los mecanismos y vías que permitan la concreción real de estos postulados.

El encabezado del artículo 62 Constitucional establece el derecho a la libre participación en los asuntos públicos, y su párrafo primero delimita una de las manifestaciones fundamentales de ese derecho, como lo es la participación de los administrados en el ejercicio de la

actividad administrativa. El referido precepto constitucional, contiene un mandato a los Poderes Públicos a fin de establecer la sociedad democrática, participativa y protagónica formulada en el mismo preámbulo de la Constitución, para lo cual, el artículo 70 Constitucional enuncia, de manera amplia, los campos en los cuales es ejercitable dicho derecho, no sólo en lo político sino también en lo económico y lo social. Dicho artículo establece algunos medios de participación política, como la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos.

No cabe duda que el artículo 70 Constitucional se erige en una norma programática que refiere a la Ley el desarrollo de estos medios cuando dispone lo siguiente:

“Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La Ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”.

Estas diversas formas de participación otorgan a los ciudadanos múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, de manera que los medios o modos de participación enunciados son únicamente algunos de los que permiten el ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 de la Constitución “...La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”, por

lo que este derecho sólo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tomados en cuenta a objeto de regular su ejercicio. De manera, que hasta tanto se dicte la Ley que regule estos mecanismos de participación este derecho a la participación debe ejercerse en el contexto de las previsiones legales vigentes.

Este derecho a la participación ciudadana en la gestión pública también está previsto en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 135: *Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública. A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública. A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción”.*

Conforme con este dispositivo cualquier persona bien sea directamente o a través de las comunidades organizadas o de organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, puede *presentar propuestas y formular* opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, como mecanismo para promover la participación ciudadana en la gestión pública. En todo caso el ejercicio de este derecho no puede entorpecer el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública.

Así, la participación ciudadana constituye una manifestación del “modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado

en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, que concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el Capítulo IV del Título III de la Norma Suprema.” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 23 del 22-1-2003).

Los razonamientos expuestos precedentemente reproducen la doctrina sentada por el Máximo Tribunal de la República, las cuales resultan suficientemente claras en cuanto al contenido y alcance de los artículos objeto de su consulta, de manera que conforme con dichos criterios, cuando se presenten solicitudes de información o peticiones, así como de documentos que reposan en sus archivos la Administración debe examinarlas verificando si reúnen los requisitos legales para su tramitación, entre otros, constatar el “interés” necesario cuando la norma así lo requiera, además, examinará si la solicitud encuadra dentro del ámbito de competencias asignadas al órgano ante el cual se formula, si los documentos solicitados son de interés general o de carácter reservado, etc, y finalmente, le dará oportuna respuesta mediante escrito razonado.

Oficio N° 01-00-000246 del 18 de abril de 2006.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Inaplicabilidad de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no afectos a las Industrias Básicas, para la enajenación de bienes adscritos a la Contraloría General de la República.

El Contralor General de la República, en ejercicio de la facultad conferida en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal puede dictar la normativa que regule el procedimiento aplicable para la enajenación de bienes Nacionales adscritos a la Contraloría que hayan sido desincorporados, y de considerarlo pertinente puede aplicar por analogía los procedimientos previstos en Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas.

Memorándum N° 04-00-686 del 21 de noviembre de 2006.

Se solicita opinión de esta Dirección en cuanto a la posibilidad o no de aplicar la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, en la enajenación, a través del procedimiento de Subasta Pública, de los bienes desincorporados de la Contraloría General de la República.

Analizada la normativa que regula la materia en cuestión, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

La Ley Orgánica que regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas,¹ que en lo sucesivo a los fines de esta opinión denominaremos Ley de Enajenación de Bienes, establece en su artículo 1 que tiene por objeto “(...) *todo lo relativo a la enajenación de bienes propiedad de la **República**, de los Institutos Autónomos, de las Empresas del Estado, de las demás personas en las que los entes antes mencionados, tengan una participación superior al 50% del Capital Social y de las Fundaciones que conforme al Decreto N° 677 del 21 de junio de 1985 se consideran fundaciones del Estado, que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades, así como los que hubiesen sido desincorporados o se encontraren en estado de obsolescencia o deterioro.* **El Presidente de la República, en Consejo**

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.951 Extraordinario del 7 de enero de 1987.

de Ministros por Decreto señalará los organismos que procederán a enajenar bienes conforme a esta Ley.” (Negrillas y subrayado nuestro)

Observamos que se trata, de una Ley que además de Orgánica, reviste el carácter de especialísima, por cuanto está destinada a regular específicamente lo concerniente a la enajenación de una particular categoría de bienes públicos, vale decir, aquellos que no fueren necesarios para el cumplimiento de las finalidades de los órganos y entidades mencionados en la norma, así como los que hubiesen sido desincorporados o se encontraren en estado de obsolescencia o deterioro.

Asimismo, pese a que en el encabezamiento del artículo 1, se hace una enumeración de los entes públicos sujetos a la Ley, sin embargo en su parte final, se defirió al Presidente de la República en Consejo de Ministros, la determinación mediante Decreto, de cuáles entes serían los que efectivamente deberían proceder a enajenar sus bienes conforme a dicha Ley.

A tal efecto, desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica in commento, fueron dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros los Decretos Nros: 1.487 del 11 de marzo de 1987²; 1.571 del 20 de mayo de 1987³; y más recientemente el N° 79 del 20 de marzo de 1999⁴, cuyo artículo 1 señala lo siguiente:

“Los Ministerios, los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y las demás personas jurídicas de Derecho Público en las que los entes antes mencionados tengan una participación superior al cincuenta por ciento del capital social y las Fundaciones del Estado a que se refiere el artículo 1° de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, deberán enajenar los bienes que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades, los que hubiesen sido desincorporados y los que se encontraren en estado de obsolescencia o de-

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.708 del 30 de abril de 1987.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.723 del 22 de mayo de 1987.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.668 del 24 de marzo de 1999.

terioro, conforme a los términos establecidos en la citada Ley.” (Destacado nuestro)

De manera, que por disposición del citado Decreto los órganos y entidades del sector público llamados a enajenar sus bienes en las condiciones previstas en la Ley, son expresamente: los Ministerios, los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y las demás personas jurídicas de Derecho Público en las que los entes antes mencionados tengan una participación superior al cincuenta por ciento del capital social y las Fundaciones del Estado, es decir, los órganos y entidades que conforman la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada funcionalmente.

En ese orden de ideas cabe precisar que la Contraloría General de la República, no es parte de la Administración Pública Nacional, en sentido estricto, toda vez que conjuntamente con la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público conforman el Poder Ciudadano, y goza al igual que estos de autonomía funcional, financiera y administrativa sin subordinación a otro órgano del Poder Público en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, no cabe duda que la Contraloría General de la República no está incluida dentro del ámbito de aplicación de dicha normativa, dirigida al Poder Ejecutivo cuyos órganos y entes conforman la Administración Pública Nacional conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública⁵, donde la expresión ‘administración pública’ es entendida en su acepción más común o en el sentido más restringido como un aspecto de la actividad del conjunto de los órganos y entes subordinados al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, independientemente de que este Órgano Contralor goce de autonomía, no está dotado de personalidad jurídica propia, comparte la personalidad de la República Bolivariana de Venezuela de la cual forma parte. En tal virtud los bienes que haya adquirido o en general los que le sean adscritos por el Ejecutivo Nacional para su uso

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

y el ejercicio de sus respectivas funciones, en puridad son bienes propiedad de la República o bienes nacionales conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional⁶, cuya adscripción y administración se rige por lo dispuesto en los artículos 21 y 22 ejusdem, dado que todavía no se ha dictado la Ley Especial que organice el Sistema de Administración de Bienes del Estado a que alude el artículo 191 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁷.

En ese sentido, los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional disponen lo siguiente:

“Artículo 21. La administración de los bienes nacionales se rige por esta Ley y por las leyes y reglamentos concernientes a algunos de ellos. Salvo lo que especialmente dispongan tales leyes y reglamentos, el Ejecutivo Nacional tiene la plena administración de aquellos bienes (...)”

*“Artículo 22. La administración, conservación y mejora de los bienes nacionales corresponde al Ejecutivo Nacional. Por disposiciones especiales se asignará a los diversos Departamentos del Ejecutivo Nacional la administración de los bienes nacionales, según las necesidades de cada ramo y la naturaleza de los bienes, **de modo que cada uno de ellos quede expresamente adscrito para su administración a alguno de los Departamentos del Ejecutivo.***

La administración de los bienes nacionales que no se hayan adscrito especialmente a determinado Departamento del Ejecutivo Nacional, corresponderá al Ministerio de Hacienda.” (Destacado nuestro)

Como se observa, los citados dispositivos aún vigentes, establecen la posibilidad de enajenación de bienes nacionales, entendida tal operación como una de aquellas mediante las cuales puede expresarse la

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.

facultad de administrarlos, dependerá de lo que al respecto dispongan la propia Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, así como las demás leyes y reglamentos especiales que en particular sean aplicables a cada categoría de los mencionados bienes dentro de lo cuales se encuentran la Ley de Enajenación de Bienes y el Decreto N° 79, citado supra. Asimismo, las disposiciones señaladas establecen la potestad del Ejecutivo Nacional para administrar los bienes nacionales, con facultad para adscribirlos –por disposiciones especiales- a sus diversos Departamentos.

Al respecto, cabe precisar que aún cuando en las normas citadas sólo se hace mención a los Departamentos del Ejecutivo Nacional, debe tenerse en cuenta el **contexto de temporalidad al cual corresponde la citada norma**, puesto que la misma se remonta a la primera Ley Orgánica de la Hacienda Nacional de 1918, año en el cual no existía la Contraloría General de la República, creada en 1938, ni ningún otro organismo con autonomía funcional, por lo que existe la posibilidad de adscribir determinados bienes a esta Contraloría, con fundamento en el citado artículo 22 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

De esta manera, al adscribirse determinados bienes a esta Contraloría, regiría en principio lo dispuesto en el citado artículo 22. No obstante, en materia de disposición de los bienes nacionales adscritos al Organismo Contralor, el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, va más allá de la simple administración de los bienes prevista en la Ley Orgánica de Hacienda al establecer que son atribuciones y obligaciones del Contralor General de la República, **la administración y disposición de los bienes nacionales adscritos a la Contraloría.**

De allí, que en nuestro criterio es jurídicamente viable que el Contralor General de la República, en ejercicio de la facultad conferida en el numeral 5 del citado artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁸ proceda a enajenar los vehículos desincorporados a que alude la consulta, sin que para ello esté sujeto a las previsiones de la Ley de Enajenación de Bienes y por ende a lo que disponga la Comisión para la Enajenación de

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 de 17 de diciembre de 2001

Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, adscrita al Ministerio de Finanzas.

En tal sentido, bien puede el Contralor General de la República dictar la normativa que regule el procedimiento aplicable para tal enajenación, e incluso puede de considerarlo pertinente aplicar por analogía alguno de los procedimientos previstos en la Ley de Enajenación de Bienes.

Memorándum N° 04-00-686 del 21 de noviembre de 2006.

CONTRATACIONES PÚBLICAS

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Valor de la Unidad Tributaria aplicable en los procedimientos de selección de contratistas.

La razón de ser de la Unidad Tributaria como medida de valor referencial es la de garantizar la actualización monetaria en épocas de inflación y en ese sentido se aplica para mantener actualizado el valor de los costos que por su variación en el mercado ascienden continuamente, de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza propia de dicha medida, siendo así el valor aplicable en el caso de los procesos licitatorios es el vigente al momento de hacer el llamado, a los fines de ubicar por categorías los contratos de obras, bienes y servicios, según los montos.

Memorándum N° 04-00-058 de fecha 24 de febrero de 2005

La Ley de Licitaciones¹ no prevé regulación alguna que precise cuál es el valor de la Unidad Tributaria que debe aplicarse en los procedimientos de selección de contratistas, por ello esta Dirección General realizó un análisis tomando en consideración las diferentes normativas relacionadas con la materia, a los fines de proponer una solución que no atente contra el **Principio de Legalidad Administrativa** que rige a la Administración Pública, fundamentando su criterio en que: *“(...) la formulación del presupuesto de gastos de las Entidades Federales por lo general, se realiza durante el último trimestre de cada año, tomando en consideración el valor de la Unidad Tributaria vigente a la fecha y que será la que va a regir la ejecución del presupuesto durante todo el ejercicio fiscal. En tal sentido, de llamarse a un proceso licitatorio con una U.T. diferente, hará insincero la formulación del presupuesto, el cual prevé los créditos presupuestarios que expresarán los gastos que se estimen han de causarse en el ejercicio.*

De allí que se considera conveniente que los distintos entes y organismos del Sector Público que requieran proceder a la ejecución de obras, adquisición de bienes o servicios, tomen en consideración la norma prevista en el artículo 147 del Reglamento N° 1 de la Ley de Administración Financiera del Sector Público, cuyo texto dispone que el valor de la Unidad Tributaria será el vigente al inicio del ejercicio económico financiero, manteniéndose durante toda la ejecución de la Ley de Presupuesto, por

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

cuanto no existe disposición expresa que regule tal situación, en atención al principio de analogía en el derecho y con el objeto de mantener un criterio que brinde la mayor seguridad jurídica posible, lo cual se infiere de la intención del Reglamentista con relación a la disposición antes citada.”

No obstante, debido a una nueva revisión nos encontramos que si bien es cierto que en materia presupuestaria se encuentra previsto que el valor de la Unidad Tributaria aplicable es el vigente al inicio del ejercicio económico financiero, manteniéndose durante toda la ejecución de la Ley de Presupuesto, no es menos cierto que la figura de la Unidad Tributaria creada en la Reforma Parcial del Código Orgánico Tributario de 1994², respondió al objetivo de otorgar la permanencia y estabilidad en el tiempo a las cantidades en bolívares que establecen las distintas leyes tributarias y mantener actualizados los valores imponibles fijados para los actos y otros hechos gravados por tales leyes, así como para ajustar los montos de las sanciones previstas en el citado Código, en atención a la instauración del fenómeno de la inflación en Venezuela, el cual conlleva la pérdida del valor de la moneda, tal como se indicó en la correspondiente Exposición de Motivos.

Sobre el particular, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), expresa que la Unidad Tributaria es “la medida de valor creada a los efectos tributarios como una medida que permite equiparar y actualizar a la realidad inflacionaria, los montos de las bases de imposición, exenciones y sanciones, entre otros, con fundamento en la variación del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)³”

En este sentido, no obstante a que tal como fue señalado en el citado criterio, la *Unidad Tributaria* constituye una medida económica expresada en moneda de curso legal, que en su origen se encuentra intrínsecamente vinculada al elemento tarifario (quantum) de obligaciones de naturaleza estrictamente tributaria, su aplicación en los diferentes casos previstos en las leyes respectivas, obedece a una razón de prever en el tiempo la permanencia y estabilidad de las cantidades en bolívares, es decir, mantener actualizado el valor de los costos que por su variación en el contexto del mercado ascienden continuamente,

2 Gaceta oficial N° 4.727 de fecha 27 de mayo de 1.994.

3 Valor de la Unidad Tributaria. www.seniat.gov.ve.

caso contrario se estaría desvirtuando la naturaleza propia de dicha medida de valor referencial.

Tan cierto es lo antes expuesto, que cuando la Administración Tributaria procede cada año al reajuste de la unidad tributaria, lo realiza sobre la base de la variación producida en el **Índice de Precios del Consumidor (IPC)** en el Área Metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, publicado por el Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, es imperioso acotar que el fin perseguido por el Legislador en la disposición contenida en el artículo 147 del Reglamento N° 1 de la Ley de Administración Financiera del Sector Público, es el de hacer coincidir en la ejecución del presupuesto de gastos de cada ejercicio económico financiero el mismo valor de la unidad tributaria previsto en la planificación realizada el año anterior de dicho presupuesto, de esta manera se busca preservar el *Principio del Equilibrio Presupuestario*, según el cual el presupuesto de gastos no debe ser superior al presupuesto de ingresos, a pesar que en la realidad ocurre en muchos casos que el costo de los programas, subprogramas, proyectos, actividades y obras superan los montos presupuestados, en razón de la dinámica del mercado globalizado, a diferencia de la Ley de Licitaciones, cuyas disposiciones relativas a la aplicación de la Unidad Tributaria, tienen como fin ubicar por categorías los contratos de obras, bienes y servicios, según el monto de los mismos, tomando en consideración la disponibilidad presupuestaria, cuyos créditos establecen los límites para los gastos que se estimen han de causarse en el ejercicio, de lo contrario sería algo más que ilusorio el sentido de los procedimientos licitatorios. De manera pues, que el fin perseguido por el Legislador en cuanto a la aplicación de la medida de valor referencial en una y otra Ley es radicalmente opuesto.

A mayor abundamiento, conviene traer a colación parte de la jurisprudencia reiterada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia N°. 01202 del 03 de octubre de 2002 sobre el valor de Unidad Tributaria en materia de sanciones, cuyo texto copiado señala:

“ (...) esta Sala considera menester reiterar el criterio sostenido en sentencias dictadas el 16 de abril y el 21 de

mayo de 2002, números 00609 y 00692, en las que se estableció en relación a la norma prevista en el artículo 70 numeral 1 de la Ley de Aviación Civil, lo que a continuación se transcribe: "Ahora bien, la referencia que en esta norma hace el legislador a las unidades tributarias, en criterio de la Sala, en modo alguno infringe el principio de legalidad, pues simplemente **constituye un mecanismo de técnica legislativa que permite la adaptación progresiva de la sanción representada en unidades tributarias, al valor real y actual de la moneda.** Por otra parte, tal actualización no obedece a una estimación caprichosa realizada por la Administración Tributaria, sino que se realiza con base al estudio y ponderación de variables económicas, (Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Área Metropolitana de Caracas), que representan la pérdida del valor real del signo monetario por el transcurso del tiempo. Así, las providencias que debe dictar el Superintendente Nacional Tributario, de conformidad con el artículo 221, numeral 15 del Código Orgánico Tributario publicado en Gaceta Oficial No. 37.305 del 17 de octubre de 2.001, dispositivo vigente de conformidad con lo previsto en el artículo 343 de ese texto legal, sólo se limitan a actualizar anualmente el valor de las unidades tributarias, lo cual, a su vez, como en el caso de autos, incide en las sanciones ya previstas en normas de rango legal, como lo es la contenida en el artículo 70 de la citada Ley de Aviación Civil de 1996, pero en modo alguno puede entenderse que tal remisión, utilizada a los solos fines de mantener la vigencia real y efectiva de la sanción adoptada por el legislador, constituye una delegación de potestades reservadas a la ley". (Destacado nuestro)

Como puede observarse, ha sido criterio reiterado del Máximo Tribunal de la República que en materia de sanciones, la Unidad Tributaria constituye un mecanismo de técnica legislativa que permite la adaptación progresiva de la sanción representada en unidades tributarias, al valor real y actual de la moneda. En tal sentido, no cabe duda que la

ratio de la Unidad Tributaria como medida de valor referencial, es la de garantizar la actualización monetaria en épocas de inflación que experimenta la economía del País, es decir, tiene la finalidad de mantener la permanencia y estabilidad en el tiempo los montos en bolívares, por lo que su aplicación se ha extendido a otras áreas, así como ha sido prevista en diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico, tal como es el caso de la Ley de Licitaciones.

En atención, a lo antes expuesto debe concluirse forzosamente que aún cuando la Ley de Licitaciones no establece la forma de cálculo para obtener el valor en bolívares de la Unidad Tributaria aplicable en los procedimientos de selección de contratistas, en criterio de esta Dirección General, el valor que debe aplicarse es el vigente al momento de hacer el llamado al proceso licitatorio, a los fines de ubicar por categorías los contratos de obras, bienes y servicios, según el monto de los mismos.

Con fundamento en la revisión de oficio realizada, se deja sin efecto la comunicación N° 04-00-118 de fecha 24 de agosto de 2004, quedando la opinión en torno al asunto consultado, en los términos aquí expuestos.

Memorándum N° 04-00-058 de fecha 24 de febrero de 2005

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Inclusión del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en el monto del contrato a los fines de seleccionar el procedimiento de licitación aplicable.

El impuesto al valor agregado forma parte del monto de la contratación, por lo que debe ser tomado en consideración a los fines del inicio de los procedimientos de selección de contratistas previstos en la Ley de Licitaciones.

Memorándum N° 04-00-376 del 21 de octubre de 2005.

Opinión con respecto a la inclusión o no del impuesto al valor agregado en los montos de las obras a licitar por parte de la Gobernación de un Estado que está restando el monto del IVA, para de esa manera no someter la obra al proceso licitatorio selectivo previsto en la Ley de Licitaciones.

Examinada la solicitud, a la luz de las disposiciones de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado¹, observamos que dicho impuesto es un tributo clasificado doctrinariamente como un impuesto “indirecto”, creado para gravar la enajenación de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación de bienes muebles, aplicable en todas las etapas del circuito económico y que opera bajo el sistema de crédito y débito fiscal.

Se trata de un impuesto indirecto porque su pago se exige de manera ordinaria a los vendedores de bienes muebles o a los prestadores de servicios independientes quienes son los llamados contribuyentes de derecho, pero a su vez estos tienen el derecho de trasladar la carga económica del tributo sobre las personas que adquieren los bienes o servicios gravados o contribuyentes de hecho.

En ese sentido constituyen hechos imponible a los fines de esa Ley, la prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país, incluyendo aquellos que provengan del exterior, el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio, en los casos a que se refiere el numeral 4 del artículo 4 de esta Ley. Al respecto, cabe señalar que el término “servicio” en esa Ley comprende cualquier actividad independiente en la que sean principales

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38263 del 1° de septiembre de 2005.

las obligaciones de hacer incluidos los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales. (Artículo 3 numeral 3)

Por su parte, los artículos 5, 6 y 7, señalan quienes serán considerados contribuyentes ordinarios u ocasionales de este impuesto y en ese orden precisa en el artículo 29 que el monto del debito fiscal deberá ser trasladado por los contribuyentes ordinarios a quienes funjan como adquirentes de los bienes vendidos o receptores de los servicios prestados, quienes están obligados a soportarlos (contribuyente de hecho).

Esta posibilidad que tienen los contribuyentes ordinarios de trasladar el impuesto a los adquirentes de bienes y a los receptores de servicios, así como a deducir el impuesto soportado, justifica que se haya establecido una disposición que excluya el tributo del costo del bien o servicio de que se trate. Tal precisión resultaba necesaria, a los efectos de este impuesto, si tenemos en cuenta que desde un punto de vista estrictamente económico los impuestos forman parte del costo y son considerados costos indirectos para el vendedor del bien o el prestador del servicio.

En efecto, el artículo 42 de la Ley citada señala que *“El impuesto soportado o pagado por los contribuyentes no constituye un elemento de costo de los bienes y servicios adquiridos o utilizados, salvo cuando se trate de contribuyentes ocasionales, o cuando se trate de créditos fiscales de contribuyentes ordinarios que no fueren deducibles al determinar el impuesto establecido en esta Ley.”*

De esta disposición legal se desprende claramente que el impuesto al valor agregado, no constituye un elemento de costo de los bienes y servicios adquiridos o utilizados, cuando se trata de contribuyentes ordinarios, y sí lo es en el caso de los contribuyentes ocasionales y de aquellos contribuyentes ordinarios cuyos créditos fiscales no pudieren ser deducidos en el momento de determinar el monto del impuesto a pagar.

Esta previsión según la cual el impuesto al valor agregado no forma parte del costo, en el caso de los contribuyentes ordinarios, obedece a la trasladabilidad del tributo, característica de este tipo de impuesto indirecto, ya que dichos contribuyentes generalmente podrán deducir el impuesto soportado.

Cabe señalar que tan aceptado es, desde un punto de vista económico, que los impuestos integran el costo para quien vende el bien o para quien presta el servicio, que el Legislador del Impuesto al Valor Agregado así lo prevé, en los casos en que se trate de contribuyentes ocasionales u ordinarios que no puedan deducir el impuesto, con lo cual dicho Impuesto, en estos casos, debe considerarse que forma parte del precio definitivo que pagó ese contribuyente.

Para una mejor comprensión de lo afirmado acerca de que los impuestos forman parte del costo, podemos citar algunas definiciones económicas de interés:

“Costes de producción (...) Costes del proceso de fabricación de un producto, incluyendo el coste de las materias primas, mano de obra y gastos indirectos o de fábrica. (...)

Costes del período. (...) Costes directos o indirectos que se producen al realizarse una operación o al mantener en funcionamiento una máquina. Estos costes incluyen salarios, rentas e impuestos.”

“Costo (o cargo, o gasto) del período (...) Cualquier erogación asignada a gastos sobre una base de tiempo, más bien que sobre la base de rendimiento de servicio, aun cuando en la mayoría de los casos las dos bases coinciden: la renta, los intereses, los impuestos prediales y el impuesto sobre la renta, pueden citarse como ejemplos...”.

“Costo (o gasto) fijo: (...) Gasto de operación, o gasto de las operaciones como clase, que no varía en relación con el volumen de negocios. Ejemplos: los intereses sobre bonos; la renta; los impuestos sobre bienes; la depreciación (algunas veces en parte); las cantidades mínimas de gastos de venta y gastos generales de fabricación.”

Si bien estas definiciones se orientan a considerar los impuestos como elementos que integran el costo, la previsión particular que ha sido establecida para los contribuyentes ordinarios, a los efectos del Impuesto al Valor Agregado, se justifica -como ya lo señalamos- por su obligatoria trasladabilidad. Es la naturaleza particular del mismo,

la que explica la existencia de una previsión que excluya el impuesto del costo, como la prevista en el artículo 42 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, por lo que tal previsión es aplicable sólo a los efectos de la determinación de éste.

Sin embargo, cuando tratamos de precisar cuál es el monto que debe tomarse en cuenta a los fines de seguir un determinado procedimiento de selección de contratistas, no deberíamos partir de la naturaleza de los tributos que se pueden causar con motivo de la contratación; del tipo de contribuyente que resulte ser el contratista; o de los elementos que se incluyen para el cálculo del tributo, pues todos estos son conceptos tributarios que sirven para precisar al obligado tributario, mas no para determinar el tipo de procedimiento de selección de contratistas aplicable. Por ello, a nuestro juicio, para precisar cuáles serían los elementos cuantitativos que deben tomarse en cuenta para establecer el procedimiento de selección de contratistas aplicable a un caso concreto, resulta necesario examinar lo que al efecto dispongan las normas especiales sobre la materia.

Con ese propósito al examinar el contenido del DECRETO DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE LICITACIONES², se observa que los artículos 61, 72 y 82 establecen:

“Artículo 61. Debe procederse por Licitación General o Licitación Anunciada Internacionalmente:

1. En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, **si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado** superior a once mil unidades tributarias (11.000 UT).

Artículo 72. Puede procederse por Licitación Selectiva:

1. En el caso de la adquisición de bienes o contratación de servicios, **si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado** desde mil cien unidades tributarias (1.100 UT) y hasta once mil unidades tributarias (11.000 UT).
2. En el caso de construcción de obras, **si el contrato a**

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

ser otorgado es por un precio estimado superior once mil quinientas unidades tributarias (11.500 UT) y hasta veinticinco mil unidades tributarias (25.000 UT).

Artículo 82. “Se puede proceder por adjudicación directa:

- 1° En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, **si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado** de hasta mil cien unidades tributarias (1.100 U.T.).
- 2° En el caso de construcción de obras, **si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado** de hasta once mil quinientas unidades tributarias (11.500 U.T); y
- 3° Si la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomiendan a un organismo del sector público. (Resaltado nuestro).

Como puede apreciarse, las disposiciones transcritas, establecen los límites mínimo y máximo para adoptar un determinado procedimiento de selección de contratistas, y utilizan expresiones que nos orientan acerca de los elementos que conformarían ese “**monto**” o “**precio**” del contrato. Efectivamente el artículo 61 expresa: “**el contrato a ser otorgado es por un monto estimado**”; por su parte, los artículos 77 y 82 indican “**si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado**”.

Precisamente, ese “**monto**” o “**precio**” del contrato encierra, en nuestro criterio, una noción amplia, pues utiliza una expresión que permite incluir todos los componentes necesarios para poner a disposición del ente contratante la obra, los bienes o el servicio. Por tanto, quien va a pagar el precio, en este caso, el ente contratante, requiere que el monto o precio del contrato contemple la suma total estimada de lo que deberá pagar para disponer del bien o del servicio.

Así las cosas, el problema planteado en la consulta no debe resolverse, en atención a la cualidad de contribuyentes de los sujetos que intervienen en la relación económica, sino, con fundamento en su condición de sujetos económicos que pretenden vincularse en una relación regulada por una normativa especial como es la prevista en la Ley de Licitaciones y, particularmente, desde la óptica del sujeto obligado al

pago del precio (el ente público), sin perjuicio, claro está, del cumplimiento de las normas tributarias.

Ello considerando que el “**monto**” del contrato o el “**precio**” del contrato términos utilizados en la Ley de Licitaciones deberá entenderse como la suma estimada de todas las inversiones necesarias que debe hacer el ente contratante para que el bien, la obra o el servicio ingrese efectivamente en su patrimonio, suma que lógicamente debe incluir lo correspondiente al impuesto al valor agregado. Ello es así, dado que el ente contratante es quien debe pagar el precio, y éste será todo lo que pague para poder obtener la libre disposición del bien o del servicio, de allí que el Legislador haya utilizado los términos “monto” y “precio” del contrato.

A este respecto, resulta conveniente señalar que, en términos económicos, al precio se le define como la manifestación en valor de cambio de un bien expresado en términos monetarios, o como la cantidad de dinero, que es necesario entregar para adquirir un bien; es la suma de dinero a pagar al vendedor a cambio de recibir unos determinados bienes o servicios. **Aquí el precio no es lo que pide el vendedor, sino la suma realmente pagada en la transacción”.**

Como puede advertirse dentro del contexto de estas definiciones luce patente la necesaria inclusión del impuesto al valor agregado en el monto de la licitación pues es la suma total por la cual se compromete el ente público, e igualmente, existe la obligación del oferente de reflejar el Impuesto al Valor Agregado desagregado al final de la oferta. Asimismo, tomando en cuenta las normas de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, es obvio que el impuesto debe estar incluido en el monto de la contratación pues los gastos relacionados con los contratos que celebren los órganos y entes sujetos a dicha Ley, se imputan al presupuesto de forma tal que el monto correspondiente al impuesto al valor agregado es pagado, precisamente, con cargo a la partida respectiva destinada a tales fines.

Sobre la base de los razonamientos anteriores es forzoso concluir que el impuesto al valor agregado forma parte del monto de la contratación, por lo que debe ser tomado en consideración a los fines del inicio de los procedimientos de selección de contratistas previstos en la Ley

de Licitaciones, por ende, a criterio de este Organismo, no es viable la práctica de excluir el impuesto sobre el valor agregado del precio contractual de las obras.

En ese sentido también se orienta el Proyecto de Ley de Licitaciones actualmente en discusión en la Asamblea Nacional, el cual incluye una norma que tiene como finalidad que el ente público no excluya del monto de la contratación los impuestos que le corresponde pagar, a objeto de minimizar el monto del contrato y así cambiar el tipo de licitación que está obligado a efectuar o emplear la adjudicación directa. Dicha norma precisa que: *”Cuando en el texto de esta Ley se haga alusión al monto de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el impuesto al valor agregado y en el caso de los bienes que deban ser importados, los impuestos de importación, así como otros derechos y gastos que un importador no exento, ni beneficiario de regímenes aduaneros especiales, tendría que pagar, tales como arancel de aduana, tasa aduanera y cualquier otro concepto que correspondería pagar con motivo de la importación.”*

CONCLUSIÓN:

El impuesto al valor agregado forma parte del monto de la contratación, por lo que debe ser tomado en consideración por el ente contratante a los fines del inicio de los procedimientos de selección de contratistas previstos en la Ley de Licitaciones.

Memorándum N° 04-00-376 del 21 de octubre de 2005.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: La inobservancia de los requisitos esenciales en el procedimiento de contratación genera un compromiso no válidamente adquirido.

La inobservancia de los requisitos esenciales en el procedimiento de contratación generan un compromiso no válidamente adquirido, por no cumplir los extremos previstos en el artículo 56 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema Presupuestario y en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En el supuesto de comprobarse el incumplimiento de los requisitos esenciales para la adquisición del compromiso y como consecuencia de ello la existencia de una obligación no válidamente adquirida, el pago no sería procedente y debería objetarse advirtiendo las violaciones que se observaren, aún cuando, se trate de compromisos ciertos y debidamente comprobados, atendiendo a la prohibición contenida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y 94 del su Reglamento N° 1.

Memorándum N° 04-00-543 del 27 de septiembre de 2006.

Se solicita opinión con relación a los particulares siguientes:

- Si la omisión o inobservancia de trámites esenciales en el procedimiento de contratación, en especial los extremos exigidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, causan la improcedencia del pago.
- Si para proceder al pago de obligaciones, en cuyo proceso de contratación se incurrió en la omisión o inobservancia de trámites esenciales se requiere del pronunciamiento previo de la Procuraduría General de la República.
- Quién es el órgano o Dirección competente para emitir el pronunciamiento definitivo sobre la procedencia al pago.”

Al respecto es preciso indicar que el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece:

“Artículo 38. *El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren 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:*

- 1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.*
- 2. Que exista disponibilidad presupuestaria.*
- 3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.*
- 4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.*
- 5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.*

Asimismo, deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

- 1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.*
- 2. Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.*
- 3. Que exista disponibilidad presupuestaria.*
- 4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.*
- 5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares”*

Por su parte el Reglamento Sobre la Organización del Control In-

terno en la Administración Pública Nacional¹, en su artículo 6, señala lo siguiente:

*“El Control interno previo comprende los procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de organización, en los reglamentos y manuales de cada ente u organismo **que deben ser aplicados por los administradores**, antes de la adquisición de bienes y servicios o a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas que regulan tales actos, los hechos que los respaldan, la conveniencia y oportunidad de su ejecución.*

*El control previo de los compromisos y órdenes de pago para la ejecución del presupuesto estará efectiva y explícitamente incorporado en los procesos administrativos, **la verificación y observancia de los requisitos legales de dicho control corresponde a los propios administradores.**”* (Destacado nuestro)

De las disposiciones transcritas, se desprenden los extremos que en el ejercicio del control previo debe verificar la Administración activa, antes de proceder a la adquisición de bienes y servicios o a la celebración de contratos que impliquen compromisos financieros y su posterior pago. La verificación de estos requisitos recae en quienes tienen atribuidas o encomendadas directamente la realización de tales actividades u operaciones, dentro del respectivo departamento, sección o cuadro administrativo de los órganos o 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.

Por lo tanto es una función inherente a la gestión y a la dirección de las organizaciones, este control está inmerso en los propios procedimientos, de tal manera que el funcionario competente pueda llevar su actuación administrativa y al mismo tiempo asegurarse del cumplimiento de los requisitos establecidos en el sistema de control interno.

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

Dentro de este contexto en la oportunidad de efectuar el control previo al pago, el funcionario responsable debe verificar el cumplimiento de los extremos indicados en los numerales 1 al 5 de la parte final del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de decidir sobre su procedencia y precisamente estos requisitos suponen, entre otros, que el pago se realice para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados y que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Específicamente, en cuanto a la procedencia del pago es importante destacar lo que al respecto señala la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en su artículo 54 cuando dispone:

*“Ningún pago puede ser ordenado sino para pagar **obligaciones válidamente contraídas y causadas**, salvo lo previsto en el Artículo 113 de esta ley.”* (Destacado nuestro)

Prohibición que se reproduce en el artículo 94 del Reglamento N° 1, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema Presupuestario², cuando señala:

*“**Ningún pago podrá ser ordenado sino para pagar obligaciones válidamente contraídas y causadas**, salvo que las previsiones de fondos de carácter permanente, por concepto de fondos de anticipo girados a los responsables de las unidades administradoras, conforme a lo previsto en el presente reglamento y a las normas que al respecto establezcan la Oficina Nacional del Tesoro y la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, en las respectivas áreas de su competencia.”* (Destacado nuestro).

De acuerdo con estas disposiciones bajo ninguna circunstancia es procedente, la ordenación de pagos destinados a cancelar obligaciones adquiridas con inobservancia o incumplimiento de los requisitos previstos para considerar la obligación como válidamente adquirida, requisitos estos a los que hace referencia el artículo 56 del citado Reglamento N° 1 cuando señala:

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

“Sólo se registrarán como compromisos válidamente adquiridos los actos que reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Que sea efectuado por un funcionario competente.*
- 2. Que mediante ellos se dispongan o formalicen obligaciones de acuerdo con los criterios que al respecto establezca el Ministerio de Finanzas*
- 3. Que hayan sido dictados previo cumplimiento de las normas y procedimientos vigentes.***
- 4. Que la naturaleza y el monto del gasto esté previsto en la partida presupuestaria con crédito disponible en el presupuesto vigente.*
- 5. Que se exprese el monto, la cantidad o la especie de los bienes y servicios, según corresponda y la persona natural o jurídica de quien se les adquiere.*
- 6. Que esté identificado el beneficiario y el monto, cuando se refiera a compromisos sin contraprestación. (Destacado nuestro)*

Precisado lo anterior y atendiendo a los planteamientos formulados por el consultante, consideramos que en el supuesto de comprobarse el incumplimiento de los requisitos esenciales para la adquisición del compromiso y como consecuencia de ello la existencia de una obligación no válidamente adquirida, el pago no sería procedente y debería objetarse advirtiendo las violaciones que se observaren, aún cuando, se trate de compromisos ciertos y debidamente comprobados³, correctamente imputados a una partida presupuestaria con disponibilidad, pues el funcionario ordenador del pago se encontrará igualmente impedido de materializarlo atendiendo a la prohibición supra transcrita, so pena de incurrir en las responsabilidades a que hubiere lugar.

En ese sentido, no existe una norma expresa que establezca el deber de la Administración de pedir el pronunciamiento previo de la

³ Ello podría suponer un enriquecimiento sin causa de conformidad con lo establecido en el artículo 1.184 del Código Civil Venezolano, cuando prevé: *“Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido”*, resultando la Administración beneficiada sin que el contratista recibiera contraprestación alguna, en este caso el particular podría proceder a demandar a la República ante la negativa de pago de un compromiso cumplido.

Procuraduría General de la República como autorización para proceder al pago de compromisos no válidamente adquiridos, pues de acuerdo a lo señalado precedentemente pagar es una decisión que le corresponde tomar al funcionario responsable de ordenar el pago. No obstante, es importante puntualizar que el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República se requiere con carácter vinculante en caso que el interesado notifique al órgano o ente la intención de incoar una acción contra la República, supuesto en el cual debe seguirse el procedimiento administrativo previo, previsto en el Capítulo I, del Título IV, artículos 54 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, a los fines de obtener la opinión jurídica de este órgano sobre la procedencia o no de dicha reclamación.

Una vez obtenido el pronunciamiento que reconoce como válida la reclamación del particular, el compromiso pudiera ser pagado en la forma que determina el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el cual dispone:

“(…)

*Los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada **o reconocidos administrativamente de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República** y en el Reglamento de esta Ley así como...se pagarán con cargo al crédito presupuestario, que a tal efecto, se incluirá en el respectivo presupuesto de gastos (Destacado nuestro).*

(…).

Sobre la base de los razonamientos anteriormente expuestos las interrogantes formuladas por el órgano consultante deben responderse en los términos siguientes:

1) La inobservancia de los requisitos esenciales en el procedimiento de contratación generan un compromiso no válidamente adquirido, por no cumplir los extremos previstos en el artículo 56 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema Presupuestario y en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de

Control Fiscal.

2) El pronunciamiento previo de la Procuraduría General de la República se requiere cuando el particular notifique al órgano o ente la intención de incoar una acción contra la República, supuesto en el cual debe seguirse el procedimiento administrativo previo, previsto en el Capítulo I, del Título IV, artículos 54 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, a los fines de obtener la opinión jurídica de este órgano sobre la procedencia o no de dicha reclamación.

3) El órgano competente es el funcionario responsable de ordenar el pago dentro del cuadro organizativo de que se trate.

Memorándum N° 04-00-543 del 27 de septiembre de 2006.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado.

En todas las operaciones destinadas a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros los responsables deben verificar que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Las excepciones a este principio, derivan de lo establecido en las Leyes que dispensen de la constitución de garantías en los supuestos de contrataciones reguladas en ellas; así como del análisis de la naturaleza y de las condiciones bajo las cuales se ejecuta el contrato.

Memorándum N° 04-00-475 del 17 de agosto de 2006.

Se solicita opinión con respecto a si es necesario constituir garantías cuando se trata de contratos celebrados entre órganos y entes del sector público.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ en su artículo 38 dispone lo siguiente:

“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:***

- 1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.*
- 2. Que exista disponibilidad presupuestaria.*
- 3. **Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones***

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

que ha de asumir el contratista.

4. *Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.*
5. **Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.**

Asimismo, deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. **Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.**
2. *Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.*
3. *Que exista disponibilidad presupuestaria.*
4. *Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.*
5. *Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.”*
(Destacado y subrayado nuestro)

Como puede observarse, en la disposición transcrita se determinan, entre otros, los extremos que en ejercicio del control previo, debe verificar la Administración Activa², antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, estas verificaciones incluyen la constatación relativa a si se han previsto las garantías necesarias y suficientes para que el contratista responda por las obligaciones que asume y si se cumplió lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, así como en las demás Leyes que sean aplicables.

² Sin menoscabo de las atribuciones y competencias asignadas a este Máximo Órgano de Control Fiscal externo, en los artículos 46 y 124 de la citada Ley, cabe precisar, que la Contraloría General de la República, cesó en el ejercicio de las funciones de control previo sobre las operaciones realizadas por los órganos y entidades de la Administración Pública Nacional Central y demás organismos cuyos titulares son ordenadores de compromisos y pagos, según la Resolución N° 01-00-00-030 del 29 de agosto de 1996, Gaceta Oficial N° 36.036 del 4 de septiembre de 1996.

La comprobación de estos requisitos atañe a quienes tengan atribuidas o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como a sus supervisores inmediatos en 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, quienes deben asegurarse sobre la conveniencia de llevar adelante operaciones relacionadas con la administración y uso del patrimonio público que les ha sido encomendado, con apego a los principios que rigen el actuar de la Administración, previstos, entre otros, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁵ y la Ley Contra la Corrupción⁶.

De manera, que si se consideran los distintos aspectos de obligatoria verificación por parte de los responsables del control interno, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000. “Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001. “Artículo 12. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica...”

5 Gaceta Oficial N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002. “Artículo 33. Además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos estarán obligados a: (omissis) ...”. Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración.

6 Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003. “Artículo 6. En la administración de los bienes y recursos públicos, los funcionarios y empleados públicos se regirán por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad. Artículo 7 Los funcionarios y empleados públicos deben administrar y custodiar el patrimonio público con decencia, decoro, probidad y honradez, de forma que la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que lo integran, se haga de la manera prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, y se alcancen las finalidades establecidas en las mismas con la mayor economía, eficacia y eficiencia. Artículo 17. Los funcionarios y empleados públicos deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos.”

compromisos financieros, no cabe duda que se **erige como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado⁷, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger su patrimonio frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.**

Estas garantías constituyen un mecanismo de protección de los intereses patrimoniales del Estado, que la sana lógica y prudencia administrativa aconsejan prever, toda vez que con la contratación administrativa las entidades buscan, entre otros objetivos, la satisfacción del interés público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. La importancia de estos cometidos y la inversión de recursos públicos en su realización, condujo a que en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se haya incorporado como un requisito a ser verificado en ejercicio del control previo, la previsión de las garantías necesarias que aseguren el cumplimiento de esos fines.

En efecto, las garantías tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que deben ser otorgadas por todo aquél que contrate con los órganos y entes del sector público, quienes deben exigir las para asegurar la ejecución oportuna y correcta de las obligaciones que asume el contratista y de esta manera proteger al patrimonio público ante el eventual incumplimiento de su obligación.

Sin embargo, del propio artículo 38 se desprende cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la apreciación y valoración de requisitos en el ejercicio de esta actividad de control, por ende la previsión de garantías necesarias y suficientes que respondan de las obligaciones asumidas por quienes contraten con tales Instituciones y el grado de exigibilidad de ese y de los demás extremos legales a que se refiere el citado artículo, admitirá las excepciones derivadas de lo establecido en las Leyes que dispensen de la constitución de la caución en los supuestos de contrataciones reguladas por ellas; así como las que deriven del análisis de la

⁷ El término Estado lo utilizamos en su acepción más amplia, de modo que abarque a todos los entes o personas jurídicas del sector público.

naturaleza y de las condiciones bajo las cuales se ejecutará el contrato o compromiso a adquirir (contratos de tracto inmediato, contratos de tracto sucesivo, contratos gratuitos).⁸

Dentro de las garantías previstas en materia de contrataciones del sector público el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁹, en adelante, Ley de Licitaciones, contempla la **garantía de sostenimiento de la oferta** (artículo 78 de la Ley) como un mecanismo por medio de la cual el oferente se obliga a sostener y no retirar su oferta durante la tramitación del procedimiento licitatorio, y asimismo, garantiza que en caso de otorgársele la buena-pro, suscribirá el contrato y proveerá **la fianza de fiel cumplimiento**, precisamente, ésta es otra modalidad de caución prevista en la Ley de Licitaciones, que constituye el contratista con el propósito de garantizar la buena ejecución de un contrato por parte del ejecutor de la obra o el suplidor de los bienes o servicios, y mediante su constitución garantiza que va a cumplir su obligación frente al ente contratante en la forma estipulada en el contrato y en caso de no ejecutarla debidamente, el contratante exigirá por parte del ente emisor de la garantía, el pago de una indemnización.

En nuestro ordenamiento jurídico también se contempla la figura de **la fianza de anticipo**, en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”¹⁰ modalidad de caución que permite al ente

8 En materia de contratos de servicios, es necesario verificar las condiciones bajo las cuales se ejecuta cada contrato en particular para determinar la procedencia de la fianza, la cual **será necesaria en los casos en que el contratista haya recibido un anticipo, antes del cumplimiento de su obligación, así como en los contratos de tracto sucesivo**, esto es, aquéllos en los cuales la ejecución de la prestación se lleva a cabo en varios periodos de tiempo. Sin embargo, no sería estrictamente necesaria en los contratos de tracto inmediato, es decir, aquéllos en los cuales la prestación se cumple en una sola unidad de tiempo; ni cuando se trate de contratos en masa, en los cuales el contratista no puede prever condiciones especiales para cada uno de los co-contratantes por lo que debe prever cláusulas de adhesión para quienes quieran contratar con él, y no existe el riesgo de que el servicio se interrumpa, ni se otorga anticipo, aun cuando el servicio constituya un contrato de tracto sucesivo; ni cuando se trate de contratos gratuitos en los cuales una de las partes proporciona una ventaja a otra sin equivalente (artículo 1.135 del Código Civil) .

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

10 Decreto Nro 1.417 del 31 de julio de 1996, Gaceta Oficial Extraordinario Nro 5.096 del 16 de septiembre de 1996.

contratante recuperar los montos que haya anticipado sobre un contrato de ejecución de obra, extensiva a los montos no reembolsados mediante la prestación de los servicios estipulados en el contrato, garantizando así la devolución del anticipo recibido.

La referencia legislativa a las garantías de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento, están contempladas en la Ley de Licitaciones dentro del contexto de los procedimientos de licitación general y selectiva, cuyos artículos 47, 54, 78, 82, 86 y 116, disponen lo siguiente:

“Artículo 47. *Los pliegos de licitación deben contener, al menos, determinación clara y precisa de:*

(Omissis)

15. Condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato.

Artículo 54. *El ente contratante puede solicitar a los oferentes que prorroguen la validez de sus ofertas. Los oferentes que accedan a prorrogar la validez de la oferta, proveerán lo necesario para que la garantía de sostenimiento de la oferta, se mantenga vigente durante el tiempo requerido en los pliegos de licitación más la prórroga. Con ocasión de la solicitud de prórroga de validez de las ofertas, no se pedirá ni permitirá modificar condiciones de la oferta, distintas a su plazo de validez.*

Artículo 78. *Los oferentes deben obligarse a sostener sus ofertas durante el plazo indicado en los pliegos. Deben presentar además, junto con sus ofertas, caución o garantía por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar que no se retirará la oferta durante su vigencia, y que se celebrará el contrato y otorgará la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo establecido en los pliegos, en caso de que se le otorgue la buena pro.*

Artículo 82. *Una vez concluido los actos de recepción y apertura de las ofertas, la Comisión de Licitaciones debe examinarlas, determinando entre otros aspectos, si éstas*

han sido debidamente firmadas, **están acompañadas de las garantías exigidas** y cumplen los requisitos especificados en los pliegos de licitación. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado

Artículo 86. Los oferentes que hubieren merecido la segunda y tercera opción tienen, en este mismo orden, el derecho a que les sea otorgada la buena pro, en caso de que el participante adjudicatario no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, **no suministre la fianza de fiel cumplimiento** o le sea anulada la buena pro, por haber suministrado información falsa.

Artículo 116. Cuando el infractor del presente Decreto Ley fuese una persona jurídica, se le suspende del Registro Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por los siguientes lapsos:

(Omissis)

2. De dos (2) a tres (3) años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la buena pro no suscriban el contrato o **no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato**, dentro del plazo establecido en los pliegos.” (Destacado nuestro)

Por su parte, específicamente, en materia de contratación de obras resulta relevante lo previsto en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” normativa que contempla la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo en los artículos 10, 11, 12 y 53 en los términos siguientes:

“Artículo 10. Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el Contratista deberá constituir, antes de la suscripción del contrato, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del Ente contratante, de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indi-

que en el documento principal. Dicha fianza deberá ser solidaria y constituida mediante documento autenticado o registrado y deberá incluir mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1.833, 1.834 y 1.836 del Código Civil.

Artículo 11.- A solicitud del Contratista, **el Ente Contratante podrá acordar la sustitución de la Fianza de Fiel Cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada,** hasta cubrir una cantidad igual al monto de la fianza.

Artículo 12.- La fianza que se hubiere constituido de acuerdo con lo previsto en los artículos que anteceden, estará vigente durante todo el tiempo de ejecución de la obra y durante el lapso de garantía establecido en el documento principal y en el artículo 103 hasta que se efectúe la recepción definitiva de la obra ejecutada, conforme a lo previsto en los artículos 106 y 110 de este Decreto.

Artículo 53.- El Ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal.

Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. **En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo.** Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados

a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio. De no producirse el pago, se otorgará una prórroga en la fecha de terminación de la obra, por igual término al de la demora del pago del anticipo por parte del Ente Contratante...”

El ámbito de aplicación de la normativa citada, aparece delimitado en el artículo 1° el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1°. Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras a que se refiere este Decreto, regirán con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República, a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central.

Se instruye a los Institutos Autónomos y Empresas del estado para que elaboren sus normas de contratación en concordancia con las presentes normas.

Por acuerdo entre el Ente Contratante y el Contratista, en atención a la entidad o característica de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto.”
(Destacado nuestro)

Cabe señalar que las referidas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” conforme lo prevé el artículo supra transcrito, rigen con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central. Estas normas forman parte integrante de los contratos que suscriban los órganos de la Administración Pública con el carácter de instrucciones administrativas **de obligatoria observancia**.

Ciertamente, en el citado artículo se establece la posibilidad de dejar de aplicar algunas de estas condiciones, previo acuerdo entre el ente contratante y el contratista, pero dicha posibilidad está restringida a que la condición sustitutiva que se pacte o acuerde sea *conforme a la Ley* y, específicamente en el caso de la **fianza de**

fiel cumplimiento, prevista en la citada normativa, la sustitución quedaría limitada a lo previsto en su artículo 11, conforme al cual, el ente contratante podrá acordar la sustitución de la fianza de fiel cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada.

Por su parte, conforme a la redacción del artículo 53 *ejusdem*, no cabe duda que para proceder a la entrega del anticipo (si su entrega se hubiere estipulado en el contrato) el contratista **deberá** presentar una **fianza de anticipo** por el monto establecido en el documento principal, de allí que la constitución de la fianza por tal concepto tiene carácter obligatorio y previo a la entrega del anticipo, pues sólo una vez que sea presentada y aceptada la fianza por el ente contratante, se entregará al contratista el monto correspondiente.

Como puede apreciarse, en el contexto de la normativa citada la exigencia de las garantías no depende de la naturaleza pública o privada del contratista, por tanto, salvo disposición expresa en contrario o cuando la naturaleza y modalidades del compromiso lo justifiquen, en todo contrato en donde una de las partes sea un ente u órgano del sector público, cabe incluir la previsión de las garantías “necesarias y suficientes” a que se refiere el numeral 3 del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por tanto su constitución será exigible por igual a todos aquellos que pretendan contratar con éste independientemente que se trate de otro órgano o ente del sector público.

Del mismo modo, al momento de interpretar el contenido del artículo mencionado supra, deben considerarse las disposiciones normativas citadas considerando que en este artículo, al mismo tiempo de exigirse la verificación de que se hayan constituido las garantías necesarias se requiere, además, de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, tomando en cuenta que la Administración al momento de realizar su actividad contractual está sujeta en principio, a la ejecución de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la obligan a que la selección del contratista, se efectúe mediante los procedimientos previstos en la Ley

de Licitaciones, como un requisito de funcionamiento para cualquier organización del sector público a objeto de cumplir los objetivos del control interno en el marco de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

Ahora bien, tratándose de contrataciones entre dos órganos o entes del sector público la regla general en materia de contratación pública que obliga a la aplicación de procedimientos licitatorios, cede en virtud de lo dispuesto en el artículo 87 numeral 3 de la Ley de Licitaciones, conforme al cual cuando la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público se puede proceder por adjudicación directa.

Así las cosas, cuando en el supuesto citado el “ente contratante” procede por adjudicación directa no resultan de obligatoria aplicación las disposiciones de la Ley de Licitaciones, referidas a los procedimientos de licitación general y selectiva en lo cuales se contempla la constitución de la garantía de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento, sino lo dispuesto en el artículo 89 de la citada Ley, el cual dispone que “Los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, en atención a las características propias de cada contratación, deben hacerse de conformidad con el Reglamento de la presente Ley.”¹¹

Al respecto, el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones en su TÍTULO II, DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA, Capítulo I, De los Procedimientos para la Adjudicación Directa, contempla el concurso privado y la consulta de precios como mecanismos para la adjudica-

11 En ese sentido, cabe destacar que el artículo 89 de la Ley de Licitaciones delegaba en el Reglamentista el establecimiento de los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, sin embargo el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones a que alude esa norma excedió el señalado propósito y extendió su objeto al desarrollar las normas de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros Auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio.

ción directa los cuales deberá seguir el ente adjudicatario¹² cuando decida optar por este procedimiento. Sin embargo, el Reglamento no establece disposición alguna relativa a exigir o no las garantías señaladas en la Ley (garantía de sostenimiento de la oferta, fianza de fiel cumplimiento y anticipo), no obstante en aplicación del criterio que postulamos como principio, debe acogerse lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tantas veces citado.

El criterio señalado se refuerza si consideramos que el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones, derogó expresamente el Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991¹³ que reformó el Reglamento de la Ley de Licitaciones, por lo tanto, con tal derogatoria quedaron sin efecto los artículos 79, 83 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1991, los cuales señalaban lo siguiente:

***“Artículo 79.- Los participantes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro. A tales efectos deberán presentar junto con las ofertas, salvo aquellos interesados que formen parte del sector público, caución o garantía suficiente por el monto fijado por el organismo o ente licitante, para asegurar la celebración del contrato en caso de otorgamiento de la buena pro.*”**

12 “Artículo 28. Para proceder por Adjudicación Directa, en atención a lo establecido en los artículos 87 y 88 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, los Entes adjudicatarios podrán optar por los siguientes mecanismos: 1. Concurso privado; 2. Consulta de precios. Artículo 29. Siempre que ello sea posible, en las adjudicaciones directas, el ente contratante procederá atendiendo como orden de prelación, los mecanismos enunciados en el artículo anterior. Por acto motivado de la unidad que se encargue de efectuar las compras o contratación, justificará la selección del oferente adjudicatario y las razones que imposibiliten el uso de los mecanismos descartados, si fuere el caso. Artículo 30. En el concurso privado, el Ente Contratante solicitará ofertas a por al menos tres (3) empresas, en sobres cerrados. La selección se hará tomando en cuenta el cumplimiento de criterios contenidos en los requerimientos. Artículo 31. En la Consulta de precios, el Ente Contratante obtendrá cotizaciones de al menos tres (3) empresas, que considerará para la adjudicación del contrato. Artículo 32. En las adjudicaciones directas, el ente contratante deberá notificar al adjudicatario el acto por el que se le adjudique el contrato, con indicación expresa de la causal de adjudicación directa utilizada, los hechos que la fundamentan”.

13 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.628 del 17 de octubre de 1991. En dicho Reglamento se regulaba el procedimiento de licitación general y selectiva, existiendo por tanto un vacío legal en cuanto a la regulación de tales procedimientos.

Artículo 83.- *La Comisión de Licitación declarará inadmisibles las ofertas que se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos:*

*1.- Las que no hubieren sido acompañadas de la caución o garantía a que se refiere el artículo 43 de la Ley, o cuando la caución acompañada fuere insuficiente o no cumpla con las condiciones establecidas en la publicación o invitación a que se refieren los artículos 75 y 76 de este Reglamento, **salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Licitaciones...**”.*

Artículo 89.- *En la misma notificación se dará al contratista beneficiario de la buena pro, un plazo no menor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación, para que presente las garantías establecidas en las condiciones de licitación, a satisfacción del ente licitante, sin lo cual no se otorgará el contrato. **Cuando el beneficio de la buena pro fuere un organismo de los señalados en el artículo 2 de la Ley, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo**”.*

(Destacado y subrayado nuestro)

Esta normativa constituía el fundamento jurídico al criterio sostenido por este Máximo Organismo de Control Fiscal¹⁴, conforme al cual no era necesario constituir la fianza de sostenimiento de la oferta, la de fiel cumplimiento y anticipo, cuando la contratación era celebrada entre dos órganos o entes del sector público y uno de ellos era el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, en estos casos se sostuvo que el órgano o ente público (contratista) quedaba a salvo de presentar las garantías previstas en la Ley de licitaciones.

Ahora bien, no cabe duda que ante la derogatoria expresa del Reglamento citado, y en ausencia de un dispositivo normativo que permita eximir de la constitución de las citadas garantías en los contratos a suscribirse entre dos entes u organismos del sector público, resulta forzoso

14 Memorandum N° 04-02-040 del 4 de Febrero de 2002.

concluir que aún en este supuesto el ente contratante debe exigirlos, pues de no hacerlo, incumpliría con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En ese sentido, cabe recordar que en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el principio de legalidad en los términos siguientes: *“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*. En virtud de este principio, el Estado se vale del Derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos de manera que las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo, con las modalidades que le son asignadas. Así las cosas, los órganos y entes del sector público están forzados a realizar aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal.

CONCLUSIONES:

1.- En principio, en todas las operaciones destinadas a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros los responsables deben verificar que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Las excepciones a este principio, derivan de lo establecido en las Leyes que dispensen de la constitución de garantías en los supuestos de contrataciones reguladas en ellas; así como del análisis de la naturaleza y de las condiciones bajo las cuales se ejecuta el contrato.

2.- Ante la derogatoria expresa del Reglamento de la Ley de Licitaciones (Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991), no existen, en la actualidad, normas que dispensen a órganos o entes del sector público a quienes se les encomiende la ejecución de una obra, la adquisición de bienes o servicios, de constituir las garantías previstas en la Ley de Licitaciones y en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras.

Memorándum N° 04-00-475 del 17 de agosto de 2006.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Solvencia Laboral

De conformidad con el Decreto N° 4.248, la solvencia laboral, se erige en un requisito imprescindible para que entre otras cosas, empresas del Estado y asociaciones cooperativas, puedan contratar con órganos, entes y empresas del Estado; no obstante los inconveniente que pudieran surgir para obtenerla resulta de obligatoria exigencia al momento de contratar por parte de los órganos y entes del sector público.

Oficio N° 01-00-000618 del 18 de agosto de 2006.

Se solicita opinión de esta dirección con respecto a la situación que se presenta con los procedimientos de selección de contratistas y el cumplimiento del Decreto N° 4.248, que obliga a las empresas contratantes con el Estado a proveerse de la solvencia laboral expedida por el Ministerio del Trabajo como un requisito indispensable para contratar con el sector público; exigencia que, según plantea el consultante, ha puesto en riesgo la ejecución de la programación anual de compras la institución consultante, ya que las empresas alegan que a pesar de sus gestiones no logran obtener la referida solvencia.

Una vez examinada la solicitud y apegados al principio de colaboración que rige entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público, procedemos a emitir nuestra opinión en los términos siguientes:

Mediante el Decreto N° 4.248¹ de fecha 30 de enero de 2006, el Presidente de la República, adoptó una serie de medidas dirigidas a garantizar que los patronos y patronas cumplan, en un marco de responsabilidad y solidaridad social, con los derechos laborales que les corresponden a sus trabajadores y trabajadoras contenidos en el ordenamiento jurídico venezolano.

Esta normativa de rango sublegal tiene por objeto regular el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados, con la finalidad de garantizar

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.371 del 2 de febrero de 2006, se acordó prorrogar hasta el 1 de mayo del 2006 su entrada en vigencia mediante Decreto N° 4.398 del 27 de marzo de 2006, publicado en Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.410 del 31 de marzo de 2006.

los derechos humanos laborales de los trabajadores e instituye dicha solvencia como un requisito de obligatorio cumplimiento por los patronos que deseen celebrar contratos, convenios o acuerdos con órganos, entes y empresas del Estado.

La solvencia laboral, definida en el Decreto en cuestión, como un documento administrativo emanado del Ministerio del Trabajo destinado a certificar que el empleador respeta los derechos humanos, laborales y sindicales de sus trabajadores, se erige en un requisito imprescindible (artículo 2°) para que empresas del Estado y asociaciones cooperativas, puedan contratar con órganos, entes y empresas del Estado; soliciten créditos provenientes del sistema financiero público; accedan al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo; reciban asistencia técnica y servicios no financieros; participen en los programas de compras del Estado, Ruedas y Macro Ruedas de Negocios, nacionales e internacionales; renegocien deudas con el Estado; reciban apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica; soliciten recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción; participen en procesos de licitación; tramiten y reciban divisas de la administración pública; y soliciten permisos o licencias de importación y exportación.

El Decreto N° 4.248 prevé además, la creación del Registro Nacional de Empresas y Establecimientos, como el órgano en el cual se hará constar todo lo referente a la solvencia laboral. Este Registro fue creado mediante Resolución del Ministerio del Trabajo N° 4.524, de fecha 21 de marzo de 2006², con carácter único, público y obligatorio para la consolidación y concentración de los datos en materia de trabajo y de seguridad social de todas las empresas y establecimientos del país, información que servirá de base para el otorgamiento y revocatoria de la solvencia laboral. En este Registro están obligados a inscribirse todas las empresas y establecimientos sometidos a la legislación laboral y de seguridad social, a los fines de obtener su Certificado de Registro contentivo del Número de Identificación Laboral como dato necesario para tramitar la citada solvencia.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.402 del 21 de marzo de 2006.

Conforme con lo dispuesto en la Resolución dictada por el Ministerio del Trabajo, sólo pueden solicitar la solvencia laboral, las empresas o establecimientos inscritos en el citado Registro; quienes además, deberán solicitar la expedición de una solvencia laboral para cada contrato, convenio o acuerdo que pretendan suscribir con cualquier órgano, ente o empresa del Estado.

Es importante destacar que la exigencia de la solvencia laboral como requisito indispensable para celebrar contratos o acuerdos con los órganos, entes y empresas del Estado, fue ratificada por el Ejecutivo Nacional en la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo³, a través de la incorporación de un artículo que reproduce en idénticos términos el contenido del artículo 3 del Decreto N° 4.248. En efecto, el artículo 228 del citado Reglamento dispone lo siguiente:

“Artículo 228.- Solvencia Laboral Los órganos, entes y empresas del Estado sólo podrán celebrar contratos, convenios o acuerdos con patronos o patronas a quienes el Ministerio del Trabajo les haya expedido la solvencia laboral correspondiente.

La solvencia laboral constituye un requisito indispensable para:

- a) Solicitar créditos provenientes del sistema financiero público.*
- b) Acceder al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo.*
- c) Recibir asistencia técnica y servicios no financieros.*
- d) Participar en los programas de compras del Estado, Ruedas y Macro Ruedas de Negocios, nacionales e internacionales.*
- e) Renegociar deudas con el Estado.*
- f) Recibir apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica.*
- g) Solicitar recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción.*

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

- h) *Participar en procesos de licitación.*
 i) *Tramitar y recibir divisas de la administración pública; y,*
 j) *Solicitar para su aprobación el otorgamiento de permisos o licencias de importación y exportación.”(Subrayado nuestro)*

Sin embargo, exigir un documento que acredite que el patrono está solvente con las cotizaciones referentes a la seguridad social, no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues en varios instrumentos legislativos ya estaba contemplada como un requisito de obligatoria observancia para realizar diversas operaciones con órganos y entes del sector público. En efecto el artículo 115 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁴ demanda la presentación del certificado de solvencia con dicho Sistema integrado por los sistemas y regímenes prestacionales de Salud, Previsión Social y Vivienda y Hábitat, en los términos siguientes:

“Certificado de solvencia

Artículo 115. *Los registradores y notarios no darán curso a ninguna operación de venta, cesión, arrendamiento, donación o traspaso a cualquier título del dominio de una empresa o establecimiento si el interesado no presenta cer-*

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002. **Definición de Sistema de Seguridad Social** Artículo 5. A los fines de esta Ley, se entiende por Sistema de Seguridad Social el conjunto integrado de sistemas y regímenes prestacionales, complementarios entre sí e interdependientes, destinados a atender las contingencias objeto de la protección de dicho Sistema. **Contingencias amparadas por el Sistema.** Artículo 17. El Sistema de Seguridad Social garantiza el derecho a la salud y las prestaciones por: maternidad, paternidad, enfermedades y accidentes cualquiera sea su origen, magnitud y duración, discapacidad, necesidades especiales, pérdida involuntaria del empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda y hábitat, recreación, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia susceptible de previsión social que determine la ley. El alcance y desarrollo progresivo de los regímenes prestacionales contemplados en esta Ley se regulará por las leyes específicas relativas a dichos regímenes. En dichas leyes se establecerán las condiciones bajo las cuales los sistemas y regímenes prestacionales otorgarán protección especial a las personas discapacitadas, indígenas, y a cualquier otra categoría de personas que por su situación particular así lo ameriten y a las amas de casa que carezcan de protección económica personal, familiar o social en general. **Estructura del Sistema** Artículo 19. El Sistema de Seguridad Social, sólo a los fines organizativos, estará integrado por los sistemas prestacionales siguientes: Salud, Previsión Social y Vivienda y Hábitat. Cada uno de los sistemas prestacionales tendrá a su cargo los regímenes prestacionales mediante los cuales se brindará protección ante las contingencias amparadas por el Sistema de Seguridad Social. La organización de los regímenes prestacionales procurará, en atención a su complejidad y cobertura, la aplicación de esquemas descentralizados, desconcentrados, de coordinación e intersectorialidad.

tificado de solvencia con el Sistema de Seguridad Social. El certificado de solvencia también se exigirá a todo patrono o empresa para participar en licitaciones de cualquier índole que promuevan los órganos y entes del sector público y para hacer efectivo cualquier crédito contra éstos.”
(Subrayado nuestro)

Por su parte la Ley del Seguro Social⁵ contempla en términos similares a los de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, el certificado de solvencia con el Seguro Social, como un requisito previsto con el claro propósito de evitar que los patronos demoren de manera indefinida y perjudicialmente el cumplimiento de su obligación de abonar con regularidad y eficacia, las contribuciones destinadas al mantenimiento de los servicios encomendados al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

En ese orden el artículo citado dispone lo siguiente:

“Artículo 103: *Los Jueces y Registradores no darán curso a ninguna operación de venta, cesión, arrendamiento o traspaso del dominio de una empresa o establecimiento, a cualquier título, si el interesado no presenta certificado de solvencia con el Seguro Social. Igual formalidad se exigirá a todo patrono o empresa para:*

- a) *Participar en licitaciones de cualquier índole que promuevan entidades oficiales o empresas en las cuales el Estado tenga participación;*
- b) *Hacer efectivo cualquier crédito contra organismos oficiales.*” (Subrayado nuestro)

La diferencia entre ambas previsiones normativas cuando se refieren unas al “certificado de solvencia” (Ley Orgánica del sistema de Seguridad Social y del Seguro Social) y la “solvencia laboral” (Decreto N° 4.248 y artículo 228 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo), radica a nuestro parecer, en que las disposiciones legales dirigen una instrucción a los jueces, registradores y notarios para que se abstengan de dar curso a operaciones de venta, cesión, arrendamiento o traspaso del dominio de una empresa o establecimiento a cualquier título, si el

⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.322 del 3 de noviembre de 1991.

interesado no presenta certificado de solvencia con el Seguro Social. Documento que se exigirá, igualmente, a todo patrono o empresa para participar en licitaciones de cualquier índole que promuevan entidades oficiales o empresas en las cuales el Estado tenga participación y para hacer efectivo cualquier crédito contra organismos oficiales.

Por su parte el decreto 4.248, el artículo 228 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, así como la Resolución del Ministerio del Trabajo, van más allá, al constituirse en una prohibición que restringe la posibilidad de contratar de los órganos, entes y empresas del Estado, limitándola a aquellas empresas a quienes el citado Ministerio les hubiere otorgado la solvencia laboral, cuando dispone que los órganos, entes y empresas del estado sólo podrán celebrar contratos, convenios o acuerdos con patronos o patronas a quienes el Ministerio del Trabajo les haya expedido la solvencia laboral correspondiente.

Aunada a esta prohibición las normas citadas se extienden y regulan el procedimiento para otorgar solvencia, amplían el marco de operaciones en las cuales es exigible dicho documento, y dejan cierto margen de discrecionalidad en los supuestos para el otorgamiento y revocatoria⁶ de la solvencia laboral por parte del Ministerio de Trabajo.

6 Artículo 4. La solicitud de solvencia laboral será presentada por los patronos o patronas ante la Inspectoría de Trabajo competente y tendrá una vigencia de un (1) año. El Inspector del Trabajo negará o revocará la solvencia laboral cuando el patrono o patrona:

- a) Incumpla una Resolución del Ministro o Ministra del Trabajo o cualquier otro acto o decisión dictada por éste o ésta en el ámbito de sus competencias;
 - b) Se niegue a cumplir efectivamente la providencia administrativa o cautelar de reenganche y pago de salarios caídos, así como cualquier otra orden o decisión que dicte la Inspectoría del Trabajo en el ámbito de su competencia;
 - c) Desacate cualquier observación realizada por los funcionarios competentes en materia de supervisión e inspección del trabajo;
 - d) Incumpla cualquier observación o requerimiento dictado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o el Instituto Nacional de Prevención, Seguridad y Salud Laborales en el ámbito de su competencia;
 - e) Incumpla una decisión de los tribunales con competencia en materia del trabajo o seguridad social;
 - f) No cumpla oportunamente con las cotizaciones y demás aportes al Sistema de Seguridad Social;
 - g) Menoscabe los derechos de libertad sindical, negociación colectiva voluntaria o de huelga.
- Revocatoria: Artículo 5°. En cualquier momento previa comprobación de los hechos que lo motiven, el Inspector del Trabajo revocará la solvencia laboral al patrono o patrona que incurra en los supuestos indicados en la disposición precedente. A tal efecto, cualquier persona podrá denunciar estas situaciones ante las autoridades competentes.

Particularmente en lo que se refiere a los trámites para su otorgamiento, cabe señalar que conforme a los instrumentos citados la solvencia laboral se tramita vía electrónica a través del Sistema de Registro Nacional de Empresas y Establecimientos, en la página Web del Ministerio del Trabajo www.mintra.gov.ve, con la planilla “solicitud de solvencia laboral”, disponible en la citada página Web, en la cual la empresa indica, entre otros, los datos correspondientes a las solvencias previamente otorgadas por el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) y el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), asimismo, el funcionario del Ministerio del Trabajo debe comprobar, que la empresa se encuentra solvente con las obligaciones derivadas del Sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, la solvencia laboral ha generado en la práctica dificultades en la esfera de la actividad contractual de los órganos y entes del sector público, entorpeciendo su normal desenvolvimiento toda vez que las empresas interesadas en participar en los procedimientos licitatorios han manifestado que el Ministerio del Trabajo no expide la referida solvencia, oportunamente, y manifiestan inconvenientes en el dispositivo instaurado para obtenerla.

Al respecto, han indicado que el mecanismo de solicitud de la solvencia laboral vía electrónica, muestra problemas al momento de acceder a la página Web del Ministerio del Trabajo; así como para actualizar los datos en el portal, porque el sistema reconoce a las empresas como registradas pero no les despliega la información; asimismo, el número de identificación laboral que refleja la pantalla no coincide con el número que el funcionario del Ministerio le otorga a la empresa en el certificado impreso o aparecen datos distintos a los registrados por la empresa en el portal; igualmente, se plantea la dificultad para acceder a la solvencia del seguro social, a las cuales el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) no ha dado respuesta; aunado a que dicho Instituto no tiene una base de datos actualizada y prueba de ello es que figuran como trabajadores activos personas que ya no laboran en las empresas, no obstante, haberles tramitado oportunamente la forma 14-03 (retiro de la empresa), situación similar se refleja con los ingresos que aparecen en el sistema como cesantes no obstante haberse tramitado la planilla 14-02.

A los inconvenientes citados se añade que la solvencia laboral, al constituir un documento administrativo destinado a certificar que los patronos han dado cumplimiento a los derechos de los trabajadores, significa que la empresa debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con los distintos regímenes prestacionales que integran el Sistema de Seguridad Social y por ende está obligada a obtener las diferentes solvencias emitidas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) y el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), lo que impone una carga adicional, toda vez que para la emisión de las distintas solvencias se exigen requisitos comunes cuyo cumplimiento en forma simultánea o paralela en los órganos de la Administración Pública, atenta contra las disposiciones de la Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos⁷.

Con el objeto de subsanar estas deficiencias y superar los inconvenientes presentados en la práctica, el Ministerio del Trabajo a través de una Resolución conjunta⁸ con los Ministerios para la Economía Popular y para la Vivienda y Hábitat acordó concentrar en el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos la recopilación de los requisitos comunes necesarios para obtener las solvencias que otorgan el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, el Instituto Nacional de Cooperación Educativa y el Consejo Nacional de la Vivienda. Asimismo, ha adelantado esfuerzos y permanece en contacto con organismos gubernamentales y del sector privado, efectuando operativos donde se realizan los trámites correspondientes para la inscripción de las empresas en el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos y las denominadas “jornadas de solvencia laboral”, a los fines de que los empresarios cumplan con las obligaciones de ley; asimismo, se han instalado mesas técnicas que permitan dar respuestas a los problemas expuestos por los empresarios en la obtención de la referida solvencia.

A pesar de los esfuerzos realizados por el Ejecutivo Nacional, no escapa a la consideración de este Organismo Contralor la preocupación planteada en su consulta a la cual se suman diversos órganos y entes

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario N° 5.393 del 22 de octubre de 1999.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.439 del 18 de mayo de 2006.

del sector público, con respecto a que el retardo en la expedición de la solvencia laboral por parte del Ministerio del Trabajo impacta negativamente en la ejecución de la programación anual de obras, servicios y adquisiciones planificados y presupuestados conforme a lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, toda vez que para realizar su actividad de contratación la Administración está sujeta a la realización de procedimientos licitatorios.

Como un paliativo a las dificultades generadas en la práctica con la solicitud de la solvencia, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, a través del dictamen N° 297 de fecha 7 de julio de 2006, en respuesta a la comunicación por esa Institución, expresó su parecer respecto a las solicitudes formuladas, además, por representantes de distintos órganos, entes y empresas del Estado en las mesas de trabajo que coordina ese Ministerio y realizó algunas consideraciones a los fines de prever mecanismos que permitan establecer la adecuada implementación del Decreto N° 4.248.

Dentro de las opiniones vertidas en el dictamen en comentario, importa destacar las siguientes:

1. **La solvencia laboral será exigible a los patronos del sector privado así como a las asociaciones cooperativas que contraten servicios de trabajadores no asociados, más no a los órganos y entes de Derecho Público, ni a las empresas del estado.**
2. *Para las autorizaciones administrativas destinadas a la importación de divisas y permisos de importación o exportación a las cuales hacen referencia los literales “j” y “k” del artículo 3 del Decreto⁹, se otorgará una sola solvencia laboral con vigencia de un (1) año con lo cual se entenderán satisfechos los requerimientos tanto de las empresas o establecimientos como los de la Admi-*

9 Entendemos se refiere a los literales i) y j), pues el artículo no contiene literal k). Artículo 3. Obligatoriedad de la Solvencia Laboral. Los órganos, entes y empresas del Estado sólo podrán celebrar contratos, convenios o acuerdos con patronos o patronas a quienes el Ministerio del Trabajo les haya expedido la solvencia laboral correspondiente, la cual constituye un requisito indispensable para: (Omissis) h) Participar en procesos de licitación; i) Tramitar y recibir divisas de la Administración Pública Nacional; j) Solicitar para su aprobación el otorgamiento de permisos o licencias de importación y exportación.

nistración del Trabajo.

3. Sólo serán válidas para celebrar contratos, convenios o acuerdos con el Estado las solvencias laborales otorgadas por las Inspectorías del Trabajo siguiendo el procedimiento previsto en el Decreto N° 4.428.
4. **Todas las asociaciones cooperativas están obligadas a inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos** aún cuando no contraten trabajadores, sin embargo la solvencia laboral como un requisito indispensable para solicitar créditos provenientes del sistema financiero público, sólo es exigible con carácter obligatorio a las cooperativas que contraten los servicios de no asociados.
5. **La solvencia laboral no es exigible para los desembolsos derivados de contratos que los órganos o entes y empresas del Estado hayan suscrito con patronos del sector privado antes del 1° de mayo de 2006**, salvo que el propio contrato o la normativa interna aplicables, contemplen la exigibilidad de la solvencia laboral que se otorgaba conforme a las condiciones especiales de contratación.
6. **La solvencia laboral será necesaria para desembolsos derivados de la celebración de cualquier contrato, convenio o acuerdo que se pretenda suscribir con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto y si el contrato es de ejecución progresiva será necesario para los posteriores desembolsos que la solvencia otorgada para la suscripción del contrato se encuentre vigente o no haya sido revocada.**
7. En los procedimientos licitatorios iniciados antes del 1° de mayo de 2006, **que se encuentren en trámite y no se hubiere otorgado la buena pro, se informará a los oferentes que deben realizar los trámites respectivos ante el Ministerio del Trabajo para obtener la solvencia, pues en estos casos la manifestación de voluntad del oferente no ha**

obtenido una respuesta por parte de un órgano, ente o empresa del Estado, por tanto los procedimientos continuarán su curso hasta el momento de la buena pro cuando será exigible la solvencia laboral y de no ser consignada será una causal de descalificación del oferente.

8. **Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, en los procesos licitatorios que se inicien con posterioridad al 1° de mayo de 2006, que deben realizar los órganos, entes y empresas del Estado para cumplir con sus fines se podrá suplir provisionalmente la presentación de la solvencia laboral con la declaración de los patronos y patronas, que bajo fe de juramento manifiesten que respetan los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores, y deberán declarar, además, que están realizando los trámites respectivos ante el Ministerio del Trabajo para la obtención de la solvencia laboral a los fines de ser consignada antes del otorgamiento de la buena pro, lapso durante el cual pueden continuar los procesos internos con toda normalidad, pero se paralizarán llegado el momento del otorgamiento de la buena pro la cual no podrá otorgarse a favor de un contratista que no demuestre el cumplimiento de los derechos laborales y sindicales de los trabajadores y las trabajadoras. En ningún caso podrá ser beneficiario de una adjudicación ni suscribir contratos con el Estado el contratista que no consigne la solvencia laboral.**
9. **Únicamente en la realización de las actividades diarias que garantizan el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa y que se ejecutan mediante órdenes de compra y de servicio inferiores a mil cien unidades tributarias (1.100 UT) no se requiere la presentación previa de la solvencia laboral como requisito imprescindible para su realización, supuesto que no podría trasladarse**

a ningún otro caso en que la exigencia de este requisito sea obligatoria.

10. *Sin embargo, en este caso los patronos y patronas, debidamente inscritos en el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos deberán manifestar mediante declaración que respetan los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores, y los órganos, entes y empresas del Estado deberán verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de estos, asimismo, deberán informar mensualmente al inspector del trabajo los patronos y patronas que les suministren o presten servicios cuyas contrataciones sean inferiores al monto señalado y a remitir la información (incluye mención del número de operaciones realizadas por las empresas) que les sea requerida por la Administración del Trabajo para que ésta ejecute los controles posteriores destinados a la verificación del cumplimiento de los derechos citados, quien informará sobre el estado de insolvencia de las empresas o establecimientos contratados a los fines que se abstengan de realizar futuras contrataciones con estas mientras no garanticen los derechos laborales de sus trabajadores.*

Con posterioridad al dictamen citado, los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social, para la Economía Popular y para la Vivienda y el Hábitat, mediante Resolución Conjunta¹⁰ de fecha 31 de julio de 2006, considerando que el proceso de implantación de la solvencia laboral puede ser optimizado con la adopción de medidas administrativas destinadas a la simplificación de los trámites preexistentes y a facilitar a los usuarios el acceso a información fundamental, resolvieron crear un equipo de trabajo interinstitucional de carácter nacional coordinado por el representante del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que operará como sistema de apoyo técnico y logístico integrado por funcionarios de los citados Ministerios, así como de los Institutos Autónomos adscritos a ellos, a los fines de avanzar en la simplificación

¹⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.492 del 3 de agosto de 2006.

de los trámites con vista al establecimiento de la solvencia única, en el marco de las nuevas instituciones del sistema de seguridad social y a fin de reunir en un solo instrumento.

Examinado el dictamen supra citado, apreciamos que el mismo es reflejo del esfuerzo realizado para solventar un problema confrontado por la Administración en ejercicio de su actividad diaria, la cual debe desarrollar en la forma más oportuna y adecuada para la obtención de los fines que persigue apoyada en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza y dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica con sometimiento de pleno a la Ley y al derecho en los términos del artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos.

En ese sentido, este Organismo Contralor, comparte la preocupación por las consecuencias que podrían derivarse en relación con la mejor prestación de los servicios públicos y el incremento de la eficacia de la actividad administrativa, y acoge algunas de las soluciones a los problemas prácticos planteados en el dictamen citado, sin embargo no escapa a nuestra consideración que se trata de la opinión vertida por una dependencia del Ministerio del Trabajo, en cuyo caso, debe considerarse lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuyo artículo 13 dispone lo siguiente:

“Artículo 13. Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.”

El artículo transcrito, además de establecer el principio de jerarquía y del sometimiento de los actos de jerarquía inferior a los actos de jerarquía superior, le da fuerza de derecho positivo a otro principio, que también consolida el Principio de la Legalidad, y es el que se conoce como principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Conforme este principio general, los actos administrativos de efectos generales no

pueden ser derogados o vulnerados por actos administrativos de efectos particulares¹¹.

En el presente caso existen actos normativos de efectos generales como el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y el Decreto N° 4.248, que constituyen normas de derecho positivo vigentes de rango superior al dictamen citado y en consecuencia, de obligatorio cumplimiento, hasta tanto el propio Ejecutivo las modifique o derogue, o el Tribunal Supremo de Justicia declare su nulidad¹², mientras ello no ocurra consideramos que la solvencia laboral se erige como un requisito para contratar con órganos y entes del sector público. En consecuencia, lo pautado en el citado Decreto N° 4.248 así como lo previsto en el artículo 228 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, resulta de obligatorio cumplimiento por los órganos y entes del sector público, quienes sólo podrán celebrar contratos o convenios derivados de procedimientos licitatorios con empresas privadas y asociaciones cooperativas que posean la solvencia laboral.

Así las cosas, en atención al principio de legalidad, no es posible exonerar a alguna empresa del cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa citada, máxime tomando en cuenta los extremos que en ejercicio de control previo, debe verificar la Administración Activa antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, destacando entre estos que se hubiere cumplido con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

Sin perjuicio de lo expuesto, y siendo evidentes los esfuerzos realizados por el Ejecutivo Nacional para agilizar el procedimiento y los trámites necesarios para la obtención de la solvencia laboral, sin embargo, resulta fundamental para el buen funcionamiento de la Administración Pública, resolver las dificultades generadas en las contrataciones del

11 Brewer Carías, Allan; Rondón de Sansó, Hildegard; Urdaneta Troconis, Gustavo; Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987.

12 Contra el Decreto N° 4.248 fue interpuesto recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo de Justicia por la Confederación Venezolana de Industriales.

sector público relacionadas con la expedición de este documento administrativo que no debe constituirse en un obstáculo para el cumplimiento de las actividades del sector público, toda vez que con la contratación administrativa las entidades buscan, entre otros objetivos, la satisfacción del interés público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, en fin el logro de los intereses generales del Estado y la ciudadanía en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para ello la Administración en su actividad contractual se vale de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la obligan a que la selección del contratista, se realice conforme a lo previsto en la Ley de Licitaciones¹³, la cual contempla la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas¹⁴; como requisito a cumplir por las personas naturales o jurídicas que deseen presentar ofertas en todo procedimiento de licitación general, selectivo de adjudicación directa cuyo monto sea superior a quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.) en el caso de adquisición de bienes o contrataciones de servicios, o a mil quinientas Unidades Tributarias (1.500 U.T.) en el

13 Inscripción de los Contratistas Artículo 36. Para presentar ofertas en todo procedimiento de Licitación General, selectiva o de Adjudicación Directa regidos por el presente Decreto Ley, cuyo monto sea superior a quinientas Unidades Tributarias (500 UT) en el caso de adquisición de bienes o contrataciones de servicios, o a mil quinientas Unidades Tributarias (1.500 UT) en el caso de construcción de obras, deben estar inscritas en el Registro Nacional de Contratistas. La inscripción en el Registro Nacional de Contratistas no será necesaria cuando se trate de Licitaciones Anunciadas Internacionalmente, obras científicas o artísticas y servicios altamente especializados de uso esporádico.

14 Artículo 29. El Registro Nacional de Contratistas tiene por objeto centralizar, organizar y suministrar en forma eficiente, confiable y oportuna, en los términos previstos en el presente Decreto Ley, y su reglamento, la información básica para la calificación legal, financiera y la clasificación por especialidad.

En tal sentido le corresponde: 1) Efectuar de manera permanente, conforme a los datos suministrados por las personas que se inscriban, la sistematización, organización y consolidación de los datos suministrados, por estos y por los entes regidos por el presente Decreto Ley (...) 4) Requerir de los contratistas la documentación exigida por el presente Decreto Ley y su Reglamento, para su identificación clasificación legal, financiera y clasificación de especialidad. 5) Acordar no negar la inscripción, en conformidad con el presente Decreto Ley. 6) Determinar la calificación legal y financiera y la clasificación de especialidad, de acuerdo con las normas y procedimientos dictados por el Servicio Nacional de Contrataciones. 7) Acordar o negar la expedición del certificado de inscripción una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos conforme a la presente Ley y su Reglamento. 8) Cualesquiera otras que le señalen la Ley y su Reglamento.

caso de construcción de obras, siendo dicho Registro el ente encargado de coordinar y administrar la base de datos de tales empresas.

Conforme con dicho dispositivo no existirá la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Contratistas cuando el monto de la contratación sea inferior a quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.) en el caso de adquisición de bienes o contrataciones de servicios o a mil quinientas Unidades Tributarias (1.500 U.T.) en el caso de construcción de obras. Asimismo, tampoco será necesaria dicha inscripción, cuando se trate de licitaciones anunciadas internacionalmente, obras científicas o artísticas y servicios altamente especializados de uso esporádico.

Por su parte, en su artículo 40 dicha Ley precisa que en las licitaciones y adjudicaciones directas regidas por ella, el contratante no puede solicitar, a participantes que acrediten estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas, la presentación de documentación o información requerida por éste para efectuar la calificación legal y financiera¹⁵. Aunado a esto, es importante subrayar que a tenor de lo dispuesto en el Artículo 81 de la Ley de Licitaciones solo puede descalificarse aun participante o rechazarse ofertas por los supuestos expresamente previstos en dicha Ley, y su Reglamento y en los pliegos de la licitación.

Estas disposiciones se encuentran en perfecta armonía con lo dispuesto en el Artículo 42 Ejusdem, conforme al cual los procedimientos de selección de contratistas sujetos al presente Decreto Ley, se desarrollarán respetando los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, en concordancia con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos¹⁶, toda vez que protegen el ejercicio de la actividad contractual de la Administración y

15 Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005. Artículo 17 criterios generales, parámetros, ponderaciones y mecanismos para la calificación legal y financiera, así como la clasificación legal de especialidad, la documentación y demás requisitos exigidos para la inscripción serán establecidos por el Servicio Nacional de Contrataciones y publicados en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para lo cual se respetarán las disposiciones de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Cualquier modificación a los mismos requerirá iguales formalidades de aprobación y publicación y no podrá ser aplicada a solicitudes presentadas ante los Registros Auxiliares con anterioridad a la fecha de su publicación.

16 Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario N° 5.393 del 22 de octubre de 1999.

consecuencialmente la satisfacción del interés público que constituye su fin último.

Así las cosas, estimamos que atendiendo a las disposiciones de la Ley Especial por la materia y en armonía con las disposiciones del Decreto y Reglamento en comentarios, podría acogerse como una solución operativa al retardo en el cumplimiento de la programación anual de contrataciones, algunas de las conclusiones del dictamen emanando de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, y en ese sentido, para participar en los procedimientos licitatorios mediante acto motivado el órgano o ente contratante permitiría suplir provisionalmente la presentación de la solvencia laboral con la declaración de los patronos y patronas, que bajo fe de juramento manifiesten que respetan los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores, quienes deberán acreditar, además, con la constancia respectiva, que están realizando los trámites necesarios ante el Ministerio del Trabajo para la obtención de la solvencia laboral.

Igualmente, no se requeriría la presentación previa de la solvencia laboral para la realización de las operaciones destinadas a actividades diarias que garanticen el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa que ejecutan los órganos y entidades del sector público en el caso de adquisición de bienes o contrataciones de servicios mediante órdenes de compra y servicio cuyo monto sea superior a quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.), o a mil quinientas Unidades Tributarias (1.500 U.T.) en el caso de construcción de obras.

Finalmente, la solvencia laboral no sería necesaria cuando el contrato para la ejecución de una obra, el suministro de bienes o la prestación del servicio se encomiende a un organismo del sector público.

La propuesta es pertinente toda vez que se requiere un pronunciamiento que brinde soluciones a los múltiples problemas que aquejan la actividad de contratación administrativa, derivados de la exigencia de una formalidad no prevista en la Ley destinada a regular dichos procedimientos y que ha conducido a un retardo significativo de los procedimientos de adquisiciones, redundado en la imposibilidad de la Administración de dar respuesta en una forma eficiente a las múltiples necesidades que debe satisfacer a la luz de criterios de racionalización y eficiencia.

Dicha proposición tendría su fundamento en lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁷, cuyo artículo 12 precisa que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica. La simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la Ley correspondiente. En concordancia con lo previsto en los artículos 4 y 9 de la Ley sobre Simplificación de los trámites administrativos, los cuales disponen que la simplificación de los trámites administrativos tiene por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficacia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos, por ello de acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En armonía con esta disposición el artículo 16 de la Ley Contra la Corrupción¹⁸ dispone que los funcionarios y empleados públicos instruirán los procedimientos y demás trámites administrativos procurando su simplificación y respetando los principios de economía, celeridad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza, establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Consecuentes, con lo expuesto, esta Contraloría General de la República, dada su propia naturaleza de Máximo Organismo de Control Fiscal Externo, al cual le corresponde la función de control, vigilancia

17 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. En idéntico sentido se refiere la Ley Contra la Corrupción en los artículos 16 y 17.

18 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de

y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos así como de las operaciones vinculadas con los mismos, estima conveniente remitir al Ejecutivo Nacional la presente opinión relativa a la observancia del citado Decreto N° 4.248 y del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y a su vez exhorta a los organismos y entidades sujetos a su control a verificar en cada una de sus operaciones el cumplimiento de los extremos del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Oficio N° 01-00-000618 del 18 de agosto de 2006.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Posibilidad legal para que un Servicio Autónomo pueda por cuenta propia, suscribir contratos para la adquisición de inmuebles destinados a la construcción de su sede.

El SENIAT tiene competencia para redactar y suscribir los contratos que a su juicio, se requieran para acometer los fines inherentes a su creación, lo cual deviene de la autonomía conferida constitucional y legalmente al referido Servicio, en estricto cumplimiento con los principios constitucionales y legales que rigen su actuación y los que rigen la sana administración de los recursos públicos.

Memorándum N° 04-00-652 del 06 de noviembre de 2006.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en el último aparte de su artículo 317, lo siguiente:

*“La administración tributaria nacional gozará de **autonomía técnica, funcional y financiera**, de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional (...)”* (Negrillas nuestras).

A tal efecto, el Órgano Legislativo Nacional dictó la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria¹, cuyos artículos 2 y 3 prevén:

*Artículo 2: “El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) es un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con **autonomía funcional, técnica y financiera**, adscrito al Ministerio de Finanzas.”* (Resaltado nuestro).

Como puede observarse de las normas supra transcritas, la naturaleza jurídica del SENIAT como órgano de ejecución de la administración tributaria nacional, es la de ser un Servicio Autónomo² sin personalidad

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.320 del 8 de noviembre de 2001.

2 De conformidad con lo previsto en los artículos 92 y 93 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, los Servicios Autónomos son órganos sin personalidad jurídica que dependen jerárquicamente del Ministro que determine el Reglamento respectivo (Ver. Art. 2 de la Ley del SENIAT). Dichos servicios contarán con un fondo separado, para lo cual estarán dotados de la autonomía que le acuerde el Reglamento orgánico respectivo. Los ingresos provenientes de la gestión de tales servicios autónomos no forman parte del Tesoro, por lo que podrán ser afectados directamente de acuerdo con los fines para los cuales han sido creados.

jurídica –expresión de la figura organizativa de la desconcentración administrativa - que goza de **autonomía funcional**, técnica y **financiera**.

En ese sentido, se entiende por autonomía funcional, la potestad para definir, establecer y ejecutar las modalidades de ejercicio de sus competencias: dictar su ordenamiento interno, y por autonomía financiera, la potestad que tienen determinadas entidades públicas para disponer de sus ingresos y egresos, con las limitaciones que las leyes les señalen.

A tal efecto, el artículo 3 de la Ley in commento describe con precisión qué comprende la autonomía funcional y financiera para el SENIAT, en los términos siguientes:

Artículo 3: *“El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) definirá, establecerá y ejecutará, de **forma autónoma**, su organización, funcionamiento, su régimen de recursos humanos, procedimientos y sistemas vinculados al ejercicio de las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico. Asimismo, **suscribirá contratos** y dispondrá de los ingresos que le otorgue la ley para ordenar los gastos inherentes a su gestión.”* (Destacado nuestro).

No cabe duda que, dada la naturaleza jurídica del SENIAT, este Servicio Autónomo sin personalidad jurídica, fue dotado de una amplia autonomía que le permite lograr el cometido de sus funciones, siendo potestad de dicho Servicio, la suscripción de contratos y la disposición de sus ingresos de conformidad con la Ley, lo cual fue reiterado en el artículo 4, numeral 38 de la Ley que rige su organización y funcionamiento, según el cual es competencia del SENIAT, otorgar contratos, comprometer y ordenar los pagos de las adquisiciones que requiera el Servicio, de acuerdo a la normativa legal.

De manera, que en criterio de esta Dirección General, el SENIAT tendría competencia para redactar y suscribir los contratos que a su juicio, se requieran para acometer los fines inherentes a su creación, lo cual deviene, tal como se precisó con anterioridad, de la autonomía conferida constitucional y legalmente al referido Servicio.

Siendo ello así y por tratarse de la eventual adquisición de bienes inmuebles, se considera importante indicar que ha sido criterio sostenido por esta Dirección General, mediante Memorándum N° 04-00-170 del 21 de abril de 2006, lo siguiente:

(Omissis)

*“En el caso en comentario se plantea la compra de un bien inmueble (artículo 527 del Código Civil) adquisición a título oneroso mediante un contrato de compra venta regulado en los artículos 1.474 al 1.548 ejusdem, que está exenta de aplicación de los procedimientos licitatorios conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Licitaciones supra citado; por tanto, esta adquisición se rige en teoría por el principio de la “libre contratación”, que le permitiría a la Administración elegir libre y directamente a la persona con la cual contratar, sin embargo la posibilidad de “libre contratación” no es absoluta, ya que en su actuación la Administración está regida por principios constitucionales como los de sometimiento pleno a la ley y al derecho, honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función **pública**, los cuales restringen su libertad de actuar.*

*Así, cuando la Administración pretenda adquirir un bien inmueble debe cumplir con los principios constitucionales y legales que rigen su actuación y los que rigen la sana administración de los recursos públicos, en consecuencia, le corresponde realizar las verificaciones que le permitan **comprobar la legitimidad de la propiedad del vendedor** sobre el inmueble por medio del documento original debidamente registrado ante la Oficina del Registro Subalterno; verificar si pesan sobre éste hipotecas o cualquier tipo de gravámenes u otra medida de prohibición de enajenar o gravar; si el vendedor está solvente en el pago de impuestos y servicios básicos, etc., debe, asimismo, en respeto al principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos previsto en el artículo 20 de la Ley*

Orgánica de la Administración Pública, justificar que la adquisición responda estrictamente a los requerimientos de funcionamiento, es decir a una necesidad inmobiliaria para el cumplimiento de sus funciones o la prestación de servicios a la colectividad.

Igualmente, debe valorar las características y localización del inmueble a fin de verificar si califica para la satisfacción de tales necesidades, realizando avalúos que en aplicación de criterios técnicos le permitan determinar el valor del mercado, comparando el precio de venta del inmueble con diferentes operaciones de compraventa en la misma zona, así como consultar, además, si dentro de los bienes inmuebles propiedad de la República existe alguno que satisfaga tales requerimientos y le pueda ser adjudicado, aunado a esto, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9° del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, debe tomar en cuenta que corresponde a dicho órgano redactar y suscribir, conforme a las instrucciones de los órganos del Poder Público Nacional, los documentos contentivos de actos, contratos o negocios de su respectiva gestión, relacionados con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, cuya competencia no les esté atribuida expresamente por mandato Constitucional o legal.

Todas estas previsiones constituyen actos de control que permiten a la Administración establecer la legalidad, veracidad, oportunidad, eficiencia, economía y calidad de sus operaciones. Adicionalmente, los responsables de la elaboración de los contratos que impliquen compromisos financieros, deben asegurarse, antes de proceder a su celebración, que se hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.” (Negrillas nuestras)

Memorándum N° 04-00-652 del 6 de noviembre de 2006.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Improcedencia de la celebración de contratos utilizando para ello la modalidad de contratos integrales o “llave en mano”.

La celebración de un contrato de compra venta de un terreno, en cuyo documento contractual la Administración convenga con el vendedor que éste realice el “proyecto de una obra”; “construya una obra sobre el mismo”, bien sea total o para concluir una construcción ya iniciada, y hasta se convenga en el equipamiento del inmueble bajo la figura “llave en mano”, configura una violación de la Ley de Licitaciones, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el Clasificador Presupuestario aplicable a los Órganos y Entes del Sector Público; sin perjuicio de las violaciones del Texto Constitucional, al no desarrollar la Administración su actuación conforme a los principios allí establecidos.

Memorándum N° 04-00-170 del 21 de abril de 2006.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto a la posibilidad que órganos y entidades del Estado suscriban contratos cuyo objeto principal sea la compra de un bien inmueble (terreno o edificación) a particulares (personas naturales o jurídicas), en los cuales, además de la adquisición del inmueble, se pacta con el vendedor que éste realice el “proyecto”, la construcción o terminación de una obra sobre dicho terreno, y, en algunos casos, hasta su equipamiento, utilizando para ello la modalidad de contratos integrales o “llave en mano”, que comprenden situaciones contrarias a las previsiones legales que regulan las contrataciones administrativas.

Con el propósito señalado comenzaremos por indicar, que en el Derecho Público la actividad contractual de la Administración se encuentra regulada normativamente por un conjunto de disposiciones que si bien dotan a sus órganos o entes de prerrogativas que los colocan en un lugar superior a los co-contratantes, también los obligan a que la selección del contratista, deba regirse por los procedimientos previstos en ella. De esta manera, los procedimientos licitatorios se configuran

como actos preparatorios para la formación de la voluntad contractual y constituyen una exigencia de funcionamiento para cualquier organización a objeto de facilitar el control interno de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, exigible por estar ésta vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

De manera que cuando el ordenamiento jurídico exige el cumplimiento previo de un proceso de licitación, lo hace, suponiendo la dificultad natural que implica, en el propio seno de la Administración Pública, que todas y cada una de las decisiones que comprometen al erario público, devengan exentas de cualquier anomalía propia y consustancial con lo que significa la elección de contratistas para la consecución de los fines públicos; es decir, el ordenamiento jurídico supone, que tanto por elementos de subjetividad de las autoridades involucradas en las tomas de decisiones públicas, como por diversos elementos de eficiencia y tecnicidad comprometidos con la continuidad, permanencia y calidad del servicio público; resulta improbable, que la elección de los llamados a contratar con las personas públicas, siempre sea, la decisión más acorde y adecuada; siendo pues, perentoria la búsqueda de un sistema o procedimiento que garantice la satisfacción de tales elementos y, es ese sistema, precisamente, el que desde el mismo momento del nacimiento de las Administraciones Públicas, es conocido como el de licitación o selección pública de contratantes, que hoy por hoy, es adoptado en todos los sistemas de organizaciones públicas.¹

Estos procedimientos tienen como propósito seleccionar la persona más conveniente para contratar con la Administración y la creación de una relación contractual transparente, pues representan la escogencia de la persona que ofrece condiciones más ventajosas y convenientes a los intereses de la Administración, evitando, con el cumplimiento de los procedimientos respectivos, las negociaciones fraudulentas, derivadas de favoritismos o del interés por retribuciones pecuniarias, lo cual representaría la formalización de contratos desventajosos con el consiguiente perjuicio para la Administración.

¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado José Rafael Tinoco, en el juicio por nulidad seguido por Andrés Velásquez y Eliécer Calzadilla contra resolución dictada por el Contralor General de la República.

La aplicación de procedimientos licitatorios en materia de contratación pública constituye la regla general y por ello estos procedimientos deben cumplir principios esenciales tendentes a garantizar la transparencia y probidad administrativas en los contratos que celebran los organismos del Estado. De allí que la omisión o el quebrantamiento de las normas y principios que rigen la licitación pública vicia el procedimiento y constituye, igualmente, un ilícito administrativo susceptible de acarrear la responsabilidad de quienes incurren en ello considerando que por su naturaleza este procedimiento administrativo garantiza el interés público y los derechos de los particulares.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador previó la licitación como mecanismo o medio idóneo para la selección del contratista, así atendiendo a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones², en adelante, Ley de Licitaciones, la selección de contratistas por los sujetos que se encuentran bajo su ámbito subjetivo de aplicación debe efectuarse, en principio, mediante licitación general, como procedimiento competitivo ordinario de acuerdo con el concepto acogido en su artículo 5°, o bien por licitación selectiva o adjudicación directa, procedimientos competitivos excepcionales en los términos de la referida Ley, para cada uno de los cuales estableció supuestos de procedencia específicos atendiendo, esencialmente, al objeto y monto de la contratación a celebrarse.

Estos procedimientos licitatorios deben desarrollarse respetando los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, garantizando un trato igual a los particulares frente a la Administración la vez que se protegen los intereses económicos de ésta, pues permiten la justificación de la idoneidad

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 del 13 de noviembre de 2001, cuyo Artículo 5 dispone. A los fines del presente Decreto Ley, se define lo siguiente: (Omissis) 8. **Licitación General.** Es el procedimiento competitivo de selección del contratista, en el que pueden participar personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto Ley, su Reglamento y las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación. 9. **Licitación Selectiva.** Es el procedimiento competitivo excepcional de selección del contratista en el que los participantes son invitados a presentar ofertas por el ente contratante, con base en su capacidad técnica, financiera y legal. 10. Adjudicación Directa. Es el procedimiento excepcional de selección del contratista, en el que éste es seleccionado por el ente contratante, de conformidad con la presente Ley y su Reglamento.

ética, técnica y financiera de los participantes, así como establecer, entre otros aspectos, cuál es la mejor oferta y el precio más conveniente al erario público, para contratar la ejecución de obras, adquisición de bienes y la prestación de servicios como modalidades previstas dentro de su ámbito objetivo de aplicación³.

Ahora bien, refiriéndonos específicamente a la adquisición de bienes o contratación de servicios, la Ley de licitaciones prevé que se aplicará el procedimiento de la licitación general en los supuestos previstos en el numeral 1 del artículo 61; licitación selectiva en los casos del artículo 72 numeral 1 y artículo 73, y adjudicación directa en los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 87 y artículo 88.

Por su parte, en materia de contratación de ejecución o construcción de obras la Ley de Licitaciones dispone que debe procederse por licitación general o licitación anunciada internacionalmente en el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 61; por licitación selectiva en los supuestos del numeral 2 del artículo 71, numerales 2 y 3 del artículo 73, y finalmente, por adjudicación directa en los supuestos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 87 y los numerales 3,5,6,8 y 9 del artículo 88 ejusdem.

En cuanto a los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas debe considerarse lo dispuesto además en el Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁴, que

3 **Artículo 1°.** El presente Decreto Ley, tiene por objeto regular los procedimientos de selección de contratistas, por parte de los sujetos a que se refiere el artículo 2, para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios distintos a los profesionales y laborales.

4 Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 38.313 de fecha 14 de noviembre de 2005, Este Reglamento, en principio dictado con el propósito de desarrollar el contenido del artículo 89 de la Ley de Licitaciones que remite al Reglamento de la Ley para el establecimiento de los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas en atención a las características propias de cada tipo de contratación, no sólo reguló dicha materia sino que define su objeto como el de desarrollar las normas del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio, esto aunado a que expresamente deroga el Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991 mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley de Licitaciones y todas las disposiciones de igual o inferior jerarquía que colidan con el presente Reglamento. Es de destacar que el Reglamento que deroga regulaba lo relativo al procedimiento de licitación general y selectiva no comprendidos en el que lo sustituye quedando así un vacío legal en cuanto a la regulación de dichos procedimientos.

no obstante las observaciones que pudieran hacerse a su contenido y alcance, tiene como objeto desarrollar las normas del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio, previendo en su Artículo 28 que para proceder por adjudicación directa, en atención a lo establecido en los artículos 87 y 88 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, los Entes adjudicatarios podrán optar por los mecanismos de concurso privado y consulta de precios.

Asimismo, el Legislador previó las excepciones a la aplicación de tales procedimientos en los artículos 3° y 4° de la Ley de Licitaciones, conforme a los cuales están excluidos de su ámbito objetivo de aplicación, los contratos que tengan por objeto el arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero y **la adquisición de bienes inmuebles**, los contratos de seguros y los servicios financieros prestados por entidades regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como, los procesos de selección de contratista para la construcción de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados.

Lo expuesto hasta ahora tiene como propósito servir de marco teórico para resolver el planteamiento que nos ocupa, a saber: la posibilidad de que órganos y entidades sujetos al control de este Organismo, suscriban contratos cuyo objeto principal esté constituido, supuestamente, sólo por la compra de bienes inmuebles (terrenos y edificaciones) propiedad de particulares (personas naturales o jurídicas) sin embargo, además de la adquisición del inmueble, se pacta o condiciona la venta a que el vendedor realice el proyecto para la construcción de una obra sobre dichos terrenos, así como su ejecución o la conclusión de una obra ya iniciada, y hasta su equipamiento, amparándose para ello en el concepto de contratos integrales o “llave en mano”.

En el caso en comentario se plantea la compra de un bien inmue-

ble (artículo 527 del Código Civil) adquisición a título oneroso mediante un contrato de compra venta regulado en los artículos 1.474 al 1.548 ejusdem, que está exenta de aplicación de los procedimientos licitatorios conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Licitaciones supra citado; por tanto, esta adquisición se rige en teoría por el principio de la “libre contratación”, que le permitiría a la Administración elegir libre y directamente a la persona con la cual contratar, sin embargo la posibilidad de “libre contratación” no es absoluta, ya que en su actuación la Administración está regida por principios constitucionales como los de sometimiento pleno a la ley y al derecho, honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, los cuales restringen su libertad de actuar.

Así, cuando la Administración pretenda adquirir un bien inmueble debe cumplir con los principios constitucionales y legales que rigen su actuación y los que rigen la sana administración de los recursos públicos, en consecuencia, le corresponde realizar las verificaciones que le permitan comprobar la legitimidad de la propiedad del vendedor sobre el inmueble por medio del documento original debidamente registrado ante la Oficina del Registro Subalterno; verificar si pesan sobre éste hipotecas o cualquier tipo de gravámenes u otra medida de prohibición de enajenar o gravar; si el vendedor está solvente en el pago de impuestos y servicios básicos, etc., debe, asimismo, en respeto al principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos previsto en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, justificar que la adquisición responda estrictamente a los requerimientos de funcionamiento, es decir a una necesidad inmobiliaria para el cumplimiento de sus funciones o la prestación de servicios a la colectividad.

Igualmente, debe valorar las características y localización del inmueble a fin de verificar si califica para la satisfacción de tales necesidades, realizando avalúos que en aplicación de criterios técnicos le permitan determinar el valor del mercado, comparando el precio de venta del inmueble con diferentes operaciones de compraventa en la misma zona, así como consultar, además, si dentro de los bienes inmuebles propiedad de la República existe alguno que satisfaga tales requerimientos y le pueda ser adjudicado, aunado a esto, conforme a

lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9° del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, debe tomar en cuenta que corresponde a dicho órgano redactar y suscribir, conforme a las instrucciones de los órganos del Poder Público Nacional, los documentos contentivos de actos, contratos o negocios de su respectiva gestión, relacionados con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, cuya competencia no les esté atribuida expresamente por mandato Constitucional o legal.

Todas estas previsiones constituyen actos de control que permiten a la Administración establecer la legalidad, veracidad, oportunidad, eficiencia, economía y calidad de sus operaciones. Adicionalmente, los responsables de la elaboración de los contratos que impliquen compromisos financieros, deben asegurarse, antes de proceder a su celebración, que se hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵.

En efecto, el citado artículo dispone lo siguiente:

“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:*

- 1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.*
- 2. Que exista disponibilidad presupuestaria.*
- 3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.*
- 4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.*

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

5. *Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.*

Asimismo, deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. *Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.*
2. *Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.*
3. *Que exista disponibilidad presupuestaria.*
4. *Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.*
5. *Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.”*

La disposición transcrita, expresa, claramente, los extremos que en ejercicio de control previo, debe verificar la Administración activa⁶ antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros y en consecuencia, corresponde a quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como a sus supervisores inmediatos en 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, determinar o decidir en el marco de la legalidad, sobre la conveniencia de llevar adelante este tipo de negociación, relacionada con la administración y uso del

6 La Contraloría General de la República, cesó en el ejercicio de las funciones de control previo sobre las operaciones realizadas por los órganos y entidades de la Administración Pública Nacional Central y demás organismos cuyos titulares son ordenadores de compromisos y pagos, según la Resolución N° 01-00-00-030 del 29 de agosto de 1996, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.036 del 4 de septiembre de 1996, y de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el 1° de enero de 2002.

patrimonio público que les ha sido encomendado, sin menoscabo de las atribuciones y competencias asignadas a este Máximo Órgano de Control Fiscal Externo, en los artículos 46 y 124 de la citada Ley, de modo que el cumplimiento de los extremos indicados en el citado artículo 38 garantizaría la aplicación de los principios que rigen el actuar de la Administración.

Ahora bien, en las negociaciones proyectadas se plantean los supuestos siguientes:

1. La compra de un terreno a un particular (adquisición de un inmueble, exento de aplicación de la Ley de Licitaciones).
2. La elaboración del proyecto para la ejecución de una obra por parte del vendedor (contrato de servicio cuya adjudicación está sujeta a las previsiones de la Ley de Licitaciones).
3. La ejecución o conclusión de una obra por parte del vendedor (contrato de obra pública sujeto a la Ley de Licitaciones).
4. La adquisición o suministro de equipos y bienes muebles para el acondicionamiento de la edificación (contrato de adquisición de bienes sujeto a la Ley de Licitaciones).

Como puede apreciarse en el caso que nos ocupa se pretende englobar dentro del concepto “adquisición de un inmueble” la celebración de un contrato cuyo objeto está constituido no sólo por la compra de un terreno, pues la Administración conviene con el vendedor en que éste realice el “proyecto de una obra” (contrato de servicios); “construya una obra sobre el mismo” (contrato de obra), bien sea total o continuando una construcción ya iniciada, y hasta se conviene en el suministro de bienes para el equipamiento del inmueble (adquisición de bienes muebles) bajo la figura de una contratación integral o “llave en mano”, que no encuadra dentro de la excepción prevista en el artículo 3° de la Ley de Licitaciones que ampara sólo la adquisición de bienes inmuebles, pues de la lectura del citado artículo se desprende que el elemento que determina la sujeción o no de una contratación a lo dispuesto en la precitada Ley, así como el procedimiento para la selección del contratista

al que debe sujetarse, está determinada por el objeto del contrato y, no cabe duda que el tipo de convención descrita excede el objeto del contrato exceptuado de la aplicación de dicha Ley, toda vez que el mismo abarca, además adquisición del inmueble, otras operaciones sometidas a procedimientos para la selección de contratistas previstos en la Ley de Licitaciones.

En la negociación planteada, a la Administración sólo le estaría permitido adquirir el terreno, previo cumplimiento de las formalidades citadas precedentemente, pero no contratar directamente con el vendedor la realización del proyecto, la construcción o continuación de la obra y su acondicionamiento, por tratarse de operaciones distintas a la compra-venta del terreno, que no configuran una sola operación dentro del régimen jurídico aplicable, toda vez que al realizar el ejercicio teórico de separarlas y concebirlas desde su correcta óptica, sin duda que advertiríamos sus claras diferencias, por el régimen jurídico que a cada una le resulta aplicable.

La Ley de Licitaciones establece una categoría autónoma para el contrato de prestación de servicios y para el contrato de obra⁷; éste último, supone la ejecución de trabajos necesarios para la producción o elaboración de un bien, mueble e inmueble, destinado a la satisfacción directa o indirecta de un interés colectivo, bien sea su elaboración, construcción, modificación, etc., mientras que el contrato de servicios supone la realización de una actividad en provecho del ente público mediante la realización de trabajos concretos, acordados previamente en la celebración del respectivo contrato, sobre bienes de cualquier naturaleza. De allí que la prestación del contratista en el primer caso (contrato de obra) se materializa en un objeto, en el segundo (prestación de servicios) se traduce en una actividad.

Por tratarse de contratos administrativos, su adjudicación a determinado oferente debe realizarse por razones de interés público,

⁷ La propia Ley de Licitaciones en su artículo 56, sólo excepcionalmente permite que se licite conjuntamente el proyecto y la construcción de una obra, cuando a ésta se incorporen como parte fundamental equipos especiales altamente tecnificados; o cuando equipos de esa índole deban ser utilizados para ejecutar la construcción y el ente contratante considere que podrá lograr ventajas confrontando el diseño y la tecnología ofertadas por los distintos promoventes.

definido como la suma coincidente de voluntades individuales; por ello estos contratos no deben favorecer intereses externos o políticos que puedan dar lugar a la corrupción; y su adjudicación debe hacerse de la manera más transparente posible, buscando siempre la satisfacción de las necesidades de los particulares, quienes son los que al fin y al cabo reciben el servicio, bien o utilizan la obra.

En síntesis cuando se está en presencia de un contrato administrativo, como negocio de derecho público, creador de relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados, prevalece el fin público en virtud del cual el contrato administrativo está dotado de una serie de características especiales a saber: a) **El objeto**, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación son necesarios para satisfacer los intereses públicos; b) **La participación de un órgano estatal** o de un ente público en ejercicio de la función administrativa; y, c) **Las prerrogativas** especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución, este último elemento resulta trascendental en el asunto examinado, toda vez que dadas las citadas prerrogativas, los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en estos contratos, pues el interés público prevalece sobre los intereses privados, encontrándose el Estado investido de una posición de superioridad jurídica y de privilegios que se recogen en las denominadas **“cláusulas exorbitantes de la Administración”**, a través de las cuales las partes se presentan en un plano de desigualdad jurídica; es decir, el organismo o ente público se ubica en una relación de superioridad frente al particular.

Ciertamente, en la actualidad, el particular es visto como un co-operador en los contratos administrativos, sin embargo, tal carácter no desvirtúa la situación de subordinación económica-jurídica a las personas estatales, que se manifiesta, de modo particular, con la obligación para la Administración de aplicar el procedimiento de selección de contratistas que corresponda, lo cual constituye **“un formalismo ineludible” que sirve de base al régimen exorbitante que rige en la contratación administrativa**. En consecuencia, no sería posible renunciar a la aplicación del régimen jurídico aplicable a las contrataciones públicas⁸. (Resaltado de esta Dirección).

8 Roberto Dromi, Licitación Pública, 2da Edición Actualizada, Buenos Aires, 1995 (pgs. 26, 28, 29, 31, 32 y 44).

Al respecto, cabe destacar que para realizar su actividad contractual la Administración está sujeta a la ejecución de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la obligan a que la selección del contratista, deba regirse por los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones. De esta manera, los procedimientos para la selección de contratistas se configuran como actos preparatorios para la formación de la voluntad contractual y constituyen una exigencia de funcionamiento para cualquier organización del sector público a objeto de facilitar el control interno de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, exigible por estar ésta vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

Aunado a lo anterior, cuando se trata de ejecución de obras, aparte de la obligación de licitar, también regirán con carácter obligatorio para todas las contrataciones que celebre la República por intermedio de los Ministerios y demás órganos de la Administración Central, las disposiciones previstas en el Decreto N° 1417 que contiene las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”,⁹ instrumento de rango sublegal que si bien es preconstitucional, sus disposiciones se mantienen vigentes en tanto no contradigan la Carta Magna, tal como lo prevé su Disposición Derogatoria Única. Estas normas regulan el contenido y ejecución de los contratos y prevén, entre otros aspectos, las garantías a ser constituidas por el contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, las condiciones que regirán la ejecución de la obra, la inspección de los trabajos a realizar, el régimen de pago y valuaciones, las variaciones del presupuesto, la responsabilidad del contratista, el régimen laboral y la terminación, aceptación y recepción de la obra.

El Decreto en cuestión establece, entre sus Considerandos el deber del Estado de velar por el cumplimiento de los procedimientos administrativos para la contratación y ejecución de obras públicas, con el fin de que se realicen de forma oportuna, evitando así que se incrementen los costos, persiguiendo la adecuación de la gestión del Estado en esta materia a las necesidades derivadas del interés público.

⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

En este sentido, el artículo 10 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras dispone que para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones, el contratista deberá constituir, antes de la suscripción del contrato, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del ente contratante. Asimismo, no puede obviarse que el ente contratante para proceder a la entrega del anticipo establecido previamente en el contrato, deberá exigir a la empresa contratista, una fianza de anticipo, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de las referidas Condiciones Generales.

Por su parte, la pretendida adquisición o suministro de bienes muebles para el equipamiento de la edificación, también supone, por parte de la Administración, atendiendo a su monto, el cumplimiento de los procedimientos para la selección de contratistas previstos en la Ley de Licitaciones.

Como puede apreciarse las operaciones añadidas a la adquisición del inmueble en el supuesto planteado, dependiendo de su monto deben someterse a procedimientos licitatorios como mecanismos preparatorios de la voluntad contractual, y cumpliendo los requisitos previstos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público,¹⁰ sin embargo, se pretende acumularlas al contrato de adquisición del inmueble al amparo de la utilización de una modalidad de contratación integral, denominada “llave en mano”¹¹, modismo que los regímenes jurídicos usualmente prohíben y que en aquellos donde es admitido es definido como un contrato integral en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado (se fija a un tanto global), a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado.

En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente formando parte de la obligación global del contratista: el suministro de materiales y ma-

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.

11 José Roberto Barrier, El contrato “llave en mano” trabajo publicado en la página Web www.monografias.com/.

quinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

El contrato “llave en mano” implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto terminado. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se utilizan a formas directas de elección del contratista. Los dos rasgos esenciales de los contratos “llave en mano” son: a) la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona, y b) la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento.

A diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos “llave en mano” la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos, a su propio costo y riesgo y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados (calidad, cantidades de materias primas, rendimientos) sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación del cliente.

Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos “llave en mano” para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un precio alzado, aunado a esto, el contratista asume la concepción y la ejecución de la obra condicionando no sólo el procedimiento de adjudicación del contrato, sino también la determinación del objeto y la función del contratante o de su ingeniero.

Una referencia a los contratos llave en mano aparece en la legislación venezolana en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de

Concesiones,¹² sin embargo, aún en el ordenamiento jurídico en que es permitida, se exige un procedimiento licitatorio previo, de manera que trasladando este supuesto al caso que nos ocupa, no quedaría excluida la aplicación de la Ley reguladora de los procedimientos para la selección del contratista y se requiere en consecuencia de un proceso licitatorio previo, que en el caso del proyecto y ejecución de la obra, sólo excepcionalmente se puede realizar conjuntamente, sin olvidar lo relativo a la adquisición de bienes.

En atención a lo antes expuesto, evaluando la compatibilidad de la operación proyectada con el principio de legalidad administrativa previsto en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,¹³ según el cual la Constitución y la Ley definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio en concordancia con lo dispuesto en el artículo 141 ejusdem, que prevé que la Administración está al servicio de los ciudadanos, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, resulta concluyente que en la operación planteada, se omitió el procedimiento licitatorio previo siendo, preciso señalar que la inobservancia de los procedimientos establecidos en la Ley de Licitaciones, constituye un supuesto generador de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

No puede entonces, celebrarse este tipo de contratación obviando el requisito formal que somete la contratación de obras, adquisición de bienes y servicios al ámbito de aplicación de la Ley de Licitaciones, lo que de materializarse pudiera ser visto como un subterfugio o engaño, que si bien aisladamente tiene apariencia lícita, se encamina de forma

12 Gaceta Oficial extraordinaria N° 5.394 del 25 de octubre de 1999, en su artículo 31 al prever el régimen jurídico de la concesión durante la etapa de construcción de obras, dispone en el literal a) En el caso de proyectos integrales o llave en mano, el concesionario deberá presentar ante el ente concedente dentro del plazo estipulado en el pliego de condiciones, la memoria descriptiva, los planos y el proyecto de ingeniería de detalle a los efectos de su aprobación. El pliego de condiciones establecerá las sanciones aplicables por el retardo en el cumplimiento de esta obligación de parte del concesionario. De no producirse respuesta alguna dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de toda la documentación exigida, el proyecto presentado se entenderá aprobado.

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

deliberada a escapar del rigor de una ley imperativa, conducta conocida por todos como **fraude a la Ley**.

El fraude en lo que se refiere al negocio jurídico, ocurre cuando los sujetos pueden “ocultar” o “esconder” sus verdaderas intenciones y “aparentar” una situación o una relación jurídica que tiende a causar daños a otras persona, existe una “discrepancia” entre la causa típica del negocio elegido y declarado con la intención práctica perseguida en concreto, lo cual resulta en una incompatibilidad.

Se entiende por fraude, en sentido general, toda conducta ilegítima o aparentemente legítima de una o varias personas, que comporta una incompatibilidad entre los fines perseguidos por la ley y el obtenido por el fraude, con la finalidad de obtener un provecho en engaño de las partes en un negocio jurídico, en perjuicio de un tercero o con la intención de sustraerse de los efectos legales de un acto jurídico.¹⁴

En el caso de la negociación “llave en mano” que se plantea, los beneficios obtenidos por el contratista son evidentes, porque no sólo resulta favorecido con la compra de un terreno a un precio “significativamente” mayor al real, sino que además percibe beneficios con ocasión de la adjudicación directa de la ejecución del proyecto, la obra y la adquisición de bienes que él suministra, al margen del procedimiento legalmente previsto para ello utilizando una modalidad de contratación no contemplada en la Ley de Licitaciones. Por el contrario el desmejoramiento que sufriría el patrimonio público es notorio toda vez que paga un elevado costo por la adquisición del bien inmueble, y en la ejecución del proyecto, la obra y la adquisición de bienes sólo “teóricamente” el contratista asegura la utilización bienes de calidad bajo parámetros preestablecidos, pero en la práctica está condición de calidad no se cumple y se incorporan productos o servicios deficientes u obsoletos aprovechándose que todo pasa en el mismo precio global fijado de antemano e invariable para la totalidad de los trabajos previstos.

Aunado a lo anterior, consideramos que la operación mencionada, generaría en la práctica complicaciones en la oportunidad de realizar el

14 Ortiz Rafael. Constitución, proceso y fraude procesal. Trabajo publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Revista de Derecho N° 13, págs. 40 a 82.

control previo y conduce eventualmente a la inobservancia de normas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda vez que la Administración, mal podría verificar que los precios fueran justos y razonables, pues al concebirse la negociación como un contrato integral a “precio alzado” los montos correspondientes a cada operación añadida a la adquisición del inmueble resultan casi de imposible verificación, esto aunado a que al momento de ordenar el pago por concepto de obras, proyectos o adquisición de bienes no existiría un contrato para cuyo otorgamiento se hubiere dado cumplimiento al procedimiento licitatorio, aspectos que reafirman la improcedencia de una contratación como la planteada conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley citada.

Igualmente, se infringen normas de índole presupuestario establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público,¹⁵ ya que se dificulta definir la correcta imputación presupuestaria, pues conforme al Clasificador Presupuestario aplicable a los Órganos y Entes del Sector Público, los gastos por concepto de adquisición del inmueble, elaboración del proyecto, ejecución de la obra, adquisición de equipos involucrados en el monto global del contrato, se imputan a partidas presupuestarias diferentes, quedando así desvirtuada la posibilidad de que la operación pueda ser efectuada como un **todo**, pues los gastos que se generen obedecerán a **conceptos distintos que deben imputarse según su naturaleza**. Así las cosas, ejecutar una operación como la mencionada, trastocaría la ejecución presupuestaria del organismo que administra los recursos y, con ello, los principios que rigen la materia, entre ellos, el principio de especialización cualitativa, previsto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, conforme al cual no se podrán disponer créditos para una finalidad distinta a la prevista.

Las anteriores precisiones, en criterio de esta Dirección General, también deben conducir a reflexionar sobre la viabilidad de la operación antes referida, por ser una modalidad de contratación vaga y ambigua donde no se definen seriamente los derechos, obligaciones y beneficios de la Administración, máxime cuando, antes de su celebración, el particular

15 Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.

se coloca en una posición de supremacía frente a la Administración, al ofertar la compra-venta de un inmueble, conformado por un terreno, condicionado a que el mismo particular conciba, construya y ponga en funcionamiento una obra determinada que él mismo ha proyectado, sin permitir que sea el propio ente público el que una vez adquirido el bien inmueble (terreno) decida sobre su destino, en atención al marco normativo aplicable, colocándolo, por lo demás, en una situación de inminente inobservancia de la Ley de Licitaciones, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras y, lo que es más grave, del propio Texto Constitucional.

Por último, debemos indicar que si bien es cierto que el ejercicio del control previo sobre las operaciones que proyecte realizar cualesquiera de los órganos y entidades sujetos al control de este Organismo corresponde, salvo lo dispuesto en el artículo 124 de la citada Ley; a los responsables dentro del propio órgano o entidad, no es menos cierto que esta Contraloría General de la República, como integrante del Consejo Moral Republicano órgano que ejerce el Poder Ciudadano, tiene conforme a lo dispuesto en el artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano¹⁶, el deber de prevenir, investigar y sancionar los hechos que atentan contra la ética pública y la moral administrativa; así como velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, por ende en resguardo del patrimonio público cuando se formulen consultas que involucren operaciones como las analizadas debería este Organismo emitir opinión sin carácter vinculante sobre el particular, advirtiendo sobre el carácter irregular de dichas operaciones a fin de evitar que se perfeccionen como hechos consumados que, eventualmente, en ejercicio del control fiscal posterior serían objeto de sanciones.

Ello constituye un segmento de los múltiples cometidos del control que, sin perjuicio de los asignados a los responsables de tales contrata-

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

ciones, le han sido conferidos a la Contraloría General de la República como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal y garante de la aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por ello consideramos pertinente se advierta al organismo o entidad consultante que en las operaciones proyectadas se están pactando actos distintos e independientes sometidos a regímenes diferentes a los fines de que estos verifiquen en cada una de ellas el cumplimiento de los extremos del artículo 38 de dicha Ley, sin que ello implique por parte de este Organismo el ejercicio del control previo ni labores de co-administración.

CONCLUSIONES:

- 1.- La aplicación de procedimientos licitatorios en materia de contratación pública constituye la regla general, sin embargo la adquisición de bienes inmuebles está excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Licitaciones por disposición expresa de su artículo 3°.
- 2.- Cuando la Administración pretende adquirir un bien inmueble debe cumplir con los principios constitucionales y legales que rigen su actuación y los que rigen la sana administración de los recursos públicos, en consecuencia en acatamiento de tales principios le corresponde, entre otras:
 - Realizar las verificaciones que le permitan comprobar la legitimidad de la propiedad sobre el inmueble.
 - Verificar si pesan sobre éste hipotecas o cualquier tipo de gravámenes u otra medida de prohibición de enajenar o gravar.
 - Justificar que la adquisición responda a una necesidad inmobiliaria para el cumplimiento de sus funciones o la prestación de servicios a la colectividad.
 - Valorar las características y localización del inmueble a fin de verificar si califica para la satisfacción de tales necesidades.
 - Realizar avalúos que le permitan determinar el valor del mercado.

- Consultar, si dentro de los bienes inmuebles propiedad de la República existe alguno que satisfaga tales requerimientos y le pueda ser adjudicado.
 - Tomar en cuenta las competencias atribuidas a la Procuraduría General de la República respecto de los documentos contentivos de actos relacionados con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.
- 3.-** El ejercicio del control previo sobre la adquisición de bienes o la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, así como determinar o decidir sobre la legalidad y conveniencia de llevar adelante este tipo de negociación, relacionada con la administración y uso del patrimonio público, corresponde a quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, y a sus supervisores inmediatos en 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, sin menoscabo de las atribuciones y competencias asignadas a esta Contraloría General de la República, en los artículos 46 y 124 ejusdem.
- 4.-** La celebración de un contrato de compra venta de un terreno, en cuyo documento contractual la Administración convenga con el vendedor en que éste realice el “proyecto de una obra”; “construya una obra sobre el mismo”, bien sea total o concluir una construcción ya iniciada, y hasta se convenga en el equipamiento del inmueble bajo la figura “llave en mano”, configura una violación de la Ley de Licitaciones, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el Clasificador Presupuestario aplicable a los Órganos y Entes del Sector Público; sin perjuicio de las violaciones del Texto Constitucional al no desarrollar su actuación la Administración conforme a los principios allí establecidos.

- 5.- Los contratos integrales u operaciones “llave en mano” pudieran configurar un fraude a la Ley pues constituyen un subterfugio o engaño que se encamina de forma deliberada a escapar del rigor de una ley imperativa que obliga, entre otras cosas, a la observancia de los procedimientos licitatorios establecidos.
- 6.- Las Direcciones de Control de esta Contraloría General de la República en las respuestas dirigidas a los órganos o entes consultantes, deben **advertirles** sobre las posibles irregularidades que podrían generarse de celebrar una operación de esta naturaleza, a los fines de que verifiquen en cada una de ellas el cumplimiento de los extremos del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-00-170 del 21 de abril de 2006.

CONTROL FISCAL

CONTROL FISCAL: Autorización a la que alude el Parágrafo Único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Todos los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, deben tener dentro de su estructura organizativa una Unidad de Auditoría Interna. Sin embargo el Contralor General de la República excepcionalmente podrá autorizar que las funciones de control fiscal sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción.

Memorándum N° 04-00-133 de 13 de Abril de 2005.

Como regla general todos los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, deben tener dentro de su estructura organizativa una Unidad de Auditoría Interna (órgano de control fiscal) que ejerza las funciones de control posterior sobre el ente sujeto a su control, tal como lo prevé el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público¹ en concordancia con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal² y el 22 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional³, mientras que la **excepción** se encuentra establecida en el parágrafo único del artículo 26 de la *supra* citada Ley al señalar que en el caso de organismos o entidades **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 (eliminación o no creación) que las funciones de control fiscal sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción.

En éste sentido, 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, se refiere a la adscripción, lo hace en el

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

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

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

sentido de vincular a un ente de la Administración Descentralizada con un órgano de la Administración Central, pero no es posible asumir que el órgano de adscripción tiene per sé el derecho preexistente de decidir sobre el funcionamiento o no de la Unidad de Auditoría Interna del ente adscrito, por el solo hecho de que exista una relación de coordinación, supervisión y vigilancia sobre la gestión del ente adscrito (fijación de políticas y directrices). Pues no puede entenderse de ninguna manera que la autorización a la que alude el citado párrafo está dirigida a facultar a las unidades de auditoría interna de los órganos de adscripción para que decidan la conveniencia o no de del funcionamiento del órgano de control fiscal interno en el ente adscrito.

Así pues en criterio de esta Dirección General, la autorización que emana de esta Contraloría General de la República, no comprende un “acto autorizatorio”, puesto que para ello se requiere la existencia de **un derecho o un poder que de antemano le pertenecía** a un sujeto de derecho, pero que para cuyo ejercicio existía un obstáculo legal, lográndose con la autorización capacitar el ejercicio de un derecho que preexistía legalmente, lo cual no está estrechamente vinculado con el supuesto previsto en el párrafo único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Así, cuando el mencionado párrafo único del artículo 26 refiere que la Contraloría General de la República deberá emitir una autorización, no es posible asimilar dicho acto a los llamados “actos autorizatorios” descritos por la doctrina, en tanto que no se cumplen en esencia los extremos necesarios para ubicarlos dentro de dicha clasificación. En consecuencia, el acto que emana a tal efecto de este Órgano Contralor es una autorización, pero definida de forma genérica dentro del derecho común como **“Aprobación o calificación de alguna cosa. Instrumento en que se confiere poder a cualquiera, para algún acto.”**⁴ **“Aprobación, permiso”**⁵ En ese sentido decir, que dicha autorización tiene como fin consentir en que un sujeto de derecho realice lo prohibido o imposible sin la existencia de tal requisito en caso que se autorice la eliminación de lo que era permitido.

Memorándum N° 04-00-133 de 13 de Abril de 2005.

4 CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual.

5 Enciclopedia Jurídica Opus Tomo I. A-B. Ediciones Libra.

CONTROL FISCAL: Imposibilidad de aplicar la figura de indexación a los fines de ajustar los montos de reparos relacionados con bienes del patrimonio público.

La posibilidad de ajustar los montos objetos de reparos mediante el mecanismo de indexación no encuentra asidero jurídico en la normativa que regula el control fiscal, por tanto el monto objeto del reparo, para el caso de bienes del patrimonio público, debe ser el correspondiente a los costos históricos de los mismos.

Memorandum 04-00-249 del 04 de agosto de 2005

Se solicita opinión con respecto a determinar si es procedente o no aplicar los mecanismos de indexación a los montos de los reparos formulados por concepto de daños a los bienes que forman parte del patrimonio público de un determinado órgano o ente.

Analizada la solicitud, esta Dirección indica lo siguiente:

La competencia de los órganos de control fiscal en materia de reparos está prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, la cual en su artículo 85 establece:

“Los órganos de control fiscal procederán a formular reparo 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 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, 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. Omissis...”

De la interpretación de la norma transcrita, se desprende que efectivamente todos los órganos de control fiscal, vale decir, La Contraloría General de la República, Contralorías de los Estados, Distritos,

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

Municipios, Contraloría General de la Fuerza Armada y las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes previstos en el artículo 9, numerales 1 al 11 de la Ley in comento, tienen la competencia legalmente atribuida de formular reparos en los supuestos allí previstos.

Al indagar sobre la naturaleza del reparo se debe tener en consideración que su formulación corresponde a una acción resarcitoria, teniendo como consecuencia la determinación del monto a resarcir al patrimonio público, y si es de naturaleza tributaria se determinarían los montos exigibles por tributos, los intereses y las sanciones a que hubiere lugar.

En este sentido nos permitimos citar una aproximación a lo que debe entenderse por reparos formulados por los órganos de control fiscal *“son actos administrativos mediante los cuales los órganos de control fiscal declaran en sede administrativa, la responsabilidad civil de los aludidos funcionarios o particulares, por haber causado un daño al patrimonio público, declaratoria que genera para esos funcionarios la obligación de resarcir el daño causado.”*²

Así pues, a los fines de la formulación del reparo es necesario que el daño o perjuicio pueda ser cuantificado, es decir, que se traduzca como una disminución, menoscabo o pérdida que experimente el patrimonio de una persona de derecho público, requiriéndose así la concurrencia de ciertas condiciones como: que sea cierto, que lesione un derecho, que sea determinado o determinable y que no haya sido reparado. Verificándose además, la relación de causalidad entre el sujeto activo y los daños ocasionados.

Cuando los órganos de control fiscal formulan un reparo proceden a realizar las observaciones sobre el daño patrimonial que se ha causado a los órganos y entes enumerados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de la Ley *ejusdem*, y en consecuencia fijan el monto del reparo.

Ahora bien, realizadas las precisiones que anteceden se estima conveniente hacer referencia a lo que debe entenderse por indexación, la cual está definida en la Enciclopedia Jurídica Opus, Tomo IV, Ediciones Lira, en los términos siguientes: *“...acción consistente en vincular el valor*

² José Peña Solís. El régimen de la formulación de reparos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Colección Serie Normativa N° 3. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela/2002.

de un capital o de una renta a la evolución de un variable de referencia (precios, producción o productos unidad por ejemplo). Según el diccionario de economía moderna del Instituto Tecnológico de Massachussetts, indexación es un mecanismo de ajuste periódico en el valor nominal de los contratos en armonía con los movimientos de un específico índice de precios...”

Así pues al trasladar dicha definición al asunto consultado, existe la posibilidad de corregir monetariamente los montos en bolívares correspondientes a los costos históricos de los bienes del patrimonio público objeto de reparos hasta el momento en que se produjo el daño, o hasta el momento en que el órgano o ente administrativo solicita vía reparo, su resarcimiento, lo que implica una fórmula permisible para ajustar los montos e incidencias económicas; no obstante, encontramos que esta figura no encuentra asidero jurídico en la normativa que regula el control fiscal, en virtud de no estar prevista por el legislador en ninguno de los instrumentos legales sobre la materia.

Es oportuno destacar que en los reparos en materia de ingresos tributarios la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a diferencia de la Ley derogada, excluyó la actualización monetaria.

Siendo así se estima con fundamento en el principio de legalidad conforme al cual los órganos públicos está indefectiblemente sometidos a la Ley por tanto el monto objeto de reparo en el caso de bienes del patrimonio público debe ser el correspondiente a los costos históricos y como consecuencia de ello no sería procedente la corrección de dichos montos.

Memorándum 04-00-249 del 4 de agosto de 2005.

CONTROL FISCAL: Las funciones inherentes a la potestad investigativa deben ser ejecutadas por la Dependencia de control posterior de la Unidad de Auditoría Interna.

Las actividades inherentes a la potestad investigativa deben estar desvinculadas de las relacionadas con el procedimiento de determinación de responsabilidades y en ese sentido, la potestad investigativa debe ser realizada por el área de control posterior de la unidad de Auditoría Interna.

Memorándum 04-00-335 del 20 de octubre de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto a la posibilidad de que el ejercicio de la potestad investigativa, consagrada en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sea incorporada dentro de las funciones que efectúe el área de coordinación de determinación de responsabilidades de una determinada Unidad de Auditoría Interna.

En ese sentido es preciso indicar, que la potestad investigativa es una actividad immanente de control posterior, pudiendo las unidades de Auditoría Interna realizar las actuaciones que sean necesarias a fin de verificar la ocurrencia de actos hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sub-legal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales; competencia establecida en el Título III “De las Potestades Investigativas, de las Responsabilidades y de las Sanciones” de la precitada Ley.

Al respecto, es importante destacar que los funcionarios que ejecutan las actividades relacionadas con la potestad investigativa deben estar desvinculados de los que ejercen el procedimiento de determinación de responsabilidades, y en ese sentido, es recomendable que las actividades relativas a la potestad investigativa sean ejercidas por el área de control posterior porque es allí donde se desarrollan los elementos del hallazgo de auditoría con sus respectivas pruebas, las cuales son utilizadas en el ejercicio de la potestad investigativa.

Entre las actividades inherentes a estas funciones se encuentran:

- 1.- Realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sub-legal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales.
- 2.- Realizar las actuaciones necesarias a solicitud de los órganos de control externo, cuando estos presuman que hubieren ocurrido actos, hechos u omisiones, informándoles los resultados dentro del plazo que acuerde para tal fin.
- 3.- Formar el expediente de la investigación.
- 4.- Participar a la Contraloría General de la República el inicio de las investigaciones que ordene.
- 5.- Notificar de manera específica y clara a las personas a quienes se le atribuyan, actos, hechos u omisiones que comprometen su responsabilidad.
- 6.- Tomar declaración a cualquier persona en el curso de la investigación, ordenar su comparecencia mediante oficio notificado a quien deba rendir la declaración.
- 7.- Elaborar un informe dejando constancia de los resultados de las actuaciones realizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
- 8.- Remitir a la Contraloría General de la República el expediente formado con ocasión de los resultados de una investigación o actuación de control cuando existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparo, 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 ésta, 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.

- 9.- Remitir al Ministerio Público la documentación que contiene los indicios de responsabilidad penal, civil cuando detecten 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 la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y que no sea procedente la formulación de un reparo.

En cuanto al área de Determinación de Responsabilidades Administrativas es preciso que sus actividades estén diferenciadas de las que debe ejercer el área de control posterior, a los fines de garantizar la objetividad de las decisiones adoptadas. En tal sentido los instrumentos que definen la estructura organizativa de la Unidad de Auditoría Interna, deben contemplar la mencionada separación de funciones, estableciendo como actividades del área de Determinación de Responsabilidades lo dispuesto en el capítulo IV, Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal, es decir, la formulación de reparos, imposición de multas y declaración de responsabilidad administrativa, a los funcionarios públicos o particulares involucrados en algún acto, hecho u omisión irregular relacionado con la administración manejo o custodia de fondos o bienes públicos.

En tal sentido, es fundamental que el área de Determinación de Responsabilidades y el área de control posterior estén diferenciadas y con una separación entre las actividades que realizan, ello independientemente que pertenezcan a un mismo órgano como lo es la Unidad de Auditoría Interna, pues es necesario que exista la división de las funciones en áreas especializadas.

De acuerdo con lo expuesto es importante mencionar el criterio que este organismo sobre la estructura básica que deben poseer las Unidades de Auditoría Interna, como lo son: el Despacho del Titular de la UAI, una Dependencia encargada de las actividades de control posterior en su ámbito de control y una Dependencia encargada de la Determinación de Responsabilidades, siendo las actividades fundamentales del área de control posterior realizar auditorías, evaluaciones, exámenes, y la potestad investigativa.

Por último es preciso resaltar que las competencias relativas a la declaratoria de responsabilidad administrativa, imposición de multa y formulación de reparo establecidas en el precitado Capítulo IV del Título III compete de forma reservada a los titulares de las Unidades de Auditoría Interna y sus delegatarios lo cual debe estar claramente definido.

Memorándum 04-00-335 del 20 de octubre de 2005.

CONTROL FISCAL: Las competencias en materia de control fiscal que tienen asignadas las Unidades de Auditoría Interna son de obligatorio ejercicio.

Los titulares de las Unidades de Auditoría Interna están en la obligación de ejecutar las competencias que la Ley les atribuye, las cuales realizarán sobre la base de un plan operativo anual y atendiendo a los principios que rigen el ejercicio de las funciones de control, y en su condición de auditores internos deben determinar, ponderar y jerarquizar la importancia relativa de los riesgos que pretende minimizar con el ejercicio del control, así como evaluar los costos de los diversos controles implantados por la organización y confrontarlos con su contribución al cumplimiento de la misión, metas y objetivos de la organización, de manera que a través de sus actuaciones satisfaga los criterios de celeridad, eficiencia, eficacia, economía, materialidad y contribuya para que los responsables de diseñar, implantar y evaluar dicho control interno, establezcan medidas y procedimientos correctivos a fin de no poner en riesgo el patrimonio público, sin perjuicio de determinar las responsabilidades a que hubiere lugar por las irregularidades cometidas.

Memorándum N° 04-00-275 del 25 de agosto de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto al planteamiento formulado por el Auditor Interno de un Instituto Autónomo quien requiere el criterio de este organismo contralor en torno a la realización de investigaciones fuera de la jurisdicción órganos desconcentrados a nivel nacional, cuando en estos ocurrieren actos, hechos u omisiones vinculados con bienes que por su naturaleza o características son considerados de menor cuantía y no representan o justifican la necesidad de traslado del personal, de modo que los gastos generados podrían exceder los beneficios esperados de la actuación.

En las comunicaciones dirigidas a este Organismo por ante la Dirección consultante así como por la Dirección de Determinación de Responsabilidades el Auditor Interno del Instituto plantea lo siguiente:

“El artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece, entre otros, como principios de la Administración Pública, la celeridad, eficacia y eficiencia en sus actuaciones. Asimismo, el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, consagra los principios por los cuales se debe regir el Sistema Nacional de

Control Fiscal y sus actuaciones como resultado del mismo. La economía en su ejercicio, de manera que este no exceda los beneficios esperados y la celeridad en las actuaciones, son preceptos claros y precisos a la hora de su práctica...

***Ahora bien, representa indubitablemente un gasto para nuestra Institución en horas hombre, material de trabajo, viáticos, insumos y otros, el realizar una investigación fuera de nuestra jurisdicción, más aún cuando se trata de bienes que por su naturaleza o características son de menor cuantía, implicando que el ejercicio de la actuación exceda notoriamente el beneficio, amén de aquellos hechos actos u omisiones que de una u otra forma no sean cuantificables y que no representen o justifiquen la necesidad de traslado y los gastos que este produce, teniendo en cuenta el hecho que el Instituto cuenta con Órganos Desconcentrados a nivel nacional contenidos en 28 Unidades Geriátricas y 58 Guarderías Geriátricas...Es en este orden de ideas, que elevamos la consulta a esa Dirección a su digno cargo, en virtud de establecer un criterio claro, cierto y por sobre todo apegado al marco legal que nos rige, en relación a cómo abordar este tipo de situaciones que por demás comunes, contradicen lo estipulado en el artículo 141 de la Constitución Bolivariana de Venezuela (sic) y el artículo 25 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.”* (Destacado nuestro)**

En el proyecto de respuesta objeto de revisión elaborado por la Dirección consultante emite su parecer en los términos siguientes:

“... Sobre el particular es importante destacar que las Unidades de Auditoría Interna, pasaron a desempeñar otro papel dentro de las organizaciones y entes públicos, debiendo, además de realizar las atribuciones anteriormente señaladas, coordinar esfuerzos para atender los requerimientos de sus Directores, satisfacer las exigencias funcionales de la propia organización, atender las solicitudes gubernamentales y ministeriales y también coordinar

las acciones con quienes ejercen actividades de control externo. El enfoque tradicional de auditoría, de verificaciones de cumplimiento de los procedimientos establecidos, se ha ampliado al de consultor de la dirección superior, sin que ello implique coadministrar, esperándose de él, la entrega de información que permita coadyuvar a que se tome la decisión que impida se materialicen ineficiencias o deterioros que impliquen un manejo ineficaz de los recursos públicos. En tal sentido, para llevar a cabo dichas actuaciones debe existir una planificación previa, la cual se efectúa a través de la elaboración del plan operativo, donde se concretan los programas, proyectos y acciones a desarrollar en el ejercicio fiscal correspondiente, tal como lo prevé el artículo 50 de la Ley Orgánica de Planificación y los artículos 13 de las Normas Generales de Control Interno y 13 de las Normas Generales de Auditoría de Estado.(...)

Aplicando todo lo expuesto, a la situación que nos ocupa, tenemos entonces que la Unidad de Auditoría Interna del Instituto Nacional ... forma parte de ese sistema de Control Interno, por consiguiente, debe planificar las actuaciones a realizar en las distintas unidades que lo conforman, utilizando la planificación como herramienta de gestión.” (Destacado nuestro)

Por su parte, la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales expresa en su proyecto lo siguiente:

“El artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece los principios sobre los cuales se ha de regir el Sistema Nacional de Control Fiscal, estableciéndose expresamente en el numeral 5° de la disposición en referencia ...la economía en el ejercicio del control fiscal, de manera que su costo no exceda de los beneficios esperados... Ahora bien, cuando en el numeral bajo análisis se indica que “el costo no exceda de los beneficios esperados”, tal expresión no debe ser interpretada únicamente en fun-

*ción de la relación costo-beneficio desde el punto de vista pecuniario, toda vez que existen supuestos generadores de responsabilidad administrativa en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que no suponen la existencia de daño al patrimonio público, y sin embargo, por la gravedad del hecho irregular mismo, así como el interés de la Administración en la no recurrencia de éstos, pueden constituir razones suficientes para justificar el ejercicio de las acciones fiscales correspondientes. Por otra parte, debe señalarse en lo atinente a que ese Instituto cuenta con órganos desconcentrados (28 Unidades Geriátricas y 58 Guarderías Geriátricas), y que los traslados a los mismos para realizar investigaciones representan altos costos, que tal circunstancia no se constituye, por sí sola, como razón válida para desestimar el ejercicio de las acciones fiscales pertinentes. **No obstante, en manera alguna puede desconocerse el principio de economía consagrado en el antes citado artículo 25 de la Ley que rige a este Organismo Contralor, razón por la que, al no existir un parámetro legal o sublegal para proceder a la desestimación de acciones fiscales con fundamento en la cuantía, a los fines de considerarse el inicio o no de las potestades de investigación o del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, debe recurrirse a la evaluación integral de los principios establecidos en dicha norma, aunada a la ponderación de razones de oportunidad, mérito y conveniencia**” (Destacado nuestro)*

Examinados los proyectos de Oficios parcialmente transcritos, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos, considera que las competencias en materia de control fiscal que tiene asignadas la Unidad de Auditoría Interna son de obligatorio ejercicio, y por tanto corresponde al Auditor Interno del Instituto planificar sus actividades, así como también, tomando en cuenta el alcance de los principios que rigen el control, entre ellos el principio de la economía en el ejercicio de las funciones de control.

Así pues, la Unidad de Auditoría Interna es una dependencia necesaria dentro del Instituto y actúa como control de controles respecto al sistema del control interno que debe organizar, establecer, mantener y evaluar la máxima autoridad del Instituto, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (artículos 35 y 36), así como la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector Público (artículo 134), cuando precisan que la máxima autoridad jerárquica de cada órgano o entidad deberá establecer y mantener un sistema de control interno adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización. Sistema que comprende el plan de organización, las políticas y normas, así como los métodos y procedimientos adoptados para salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público; asegurar la exactitud y veracidad de la información financiera y administrativa a fin de hacerla útil, confiable y oportuna para la toma de decisiones; promover la eficiencia de las operaciones; garantizar el acatamiento de las decisiones adoptadas y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestos; control que debe estar presente en todos los procesos institucionales desde antes de su inicio y hasta después de concluidos y es ejecutado por todos y cada uno de los integrantes de la organización.

Por su parte, la Unidad de Auditoría Interna, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (artículos 40 y 41); así como en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (artículo 135) es la encargada de prestar el servicio de auditoría interna, el cual comprende la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los sistemas de administración e información gerencial y de los instrumentos de control interno incorporados en ellos, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, además de la evaluación de la **eficiencia, eficacia, economía calidad e impacto de su gestión**; sin perjuicio de las competencias que la primera Ley citada le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

De modo pues, que para el ejercicio de sus funciones, la Unidad de Auditoría Interna debe contar en principio, con un Plan Operativo

Anual, en cuya elaboración aplicará criterios de economía, objetividad, oportunidad y de relevancia material y tomará en cuenta, entre otros aspectos, los resultados de las actividades de control desarrolladas en ejercicios anteriores; los planes, programas, objetivos y metas a cumplir por el órgano o entidad en el respectivo ejercicio fiscal; la situación administrativa, importancia, dimensión y áreas críticas del órgano o entidad, Etc. Por ende la planificación que debe realizar el Auditor Interno del Instituto implica de su parte precisar el alcance de las actividades de control que realizará a fin de evaluar la eficiencia, la efectividad y la economía en la ejecución de las operaciones a examinar; lo cual debe hacer utilizando criterios de selectividad para definir el ámbito de control.

Así las cosas, la eficiencia, eficacia y economía en el ejercicio de sus funciones de Auditor Interno dependerá, además, de un nivel apropiado de calidad y óptima utilización de los recursos de que dispone, así como de la apreciación de la oportunidad para su ejercicio, de manera que sus acciones de control se lleven a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, para lo cual deberá atender los principios que rigen el ejercicio del control, incluido también el principio de materialidad, que supone concentrar su actuación en las operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada, por ello cuando se hace referencia a la economía en el ejercicio del control fiscal en términos de que “el costo del control no debe exceder a la suma de los **beneficios** esperados” debemos entender por beneficios aquéllos que incrementan la protección del patrimonio público, minimizan los riesgos de daños contra el mismo e incrementan su eficiente utilización, y no restringirlos como señala el ente consultante, a su significación económica representada por la cuantía de los bienes involucrados (bienes que por su naturaleza o características son de menor cuantía) en contraposición a horas hombre, material de trabajo, viáticos y otros insumos que debe realizar para poder ejercer sus funciones en los órganos desconcentrados.

En consecuencia, no le es dable excusarse del cumplimiento de sus responsabilidades de realizar revisiones, evaluaciones y análisis objetivos de las actividades ejecutadas y de los procedimientos empleados en los órganos desconcentrados, ni del deber de informar sobre las situaciones encontradas a los niveles jerárquicos pertinentes, basado en que “representa indubitablemente un gasto la Institución el realizar

una investigación fuera de su jurisdicción, más aún cuando se trata de bienes que por su naturaleza o características son de menor cuantía” pues, precisamente, el resultado de sus actuaciones podría derivar en recomendaciones para introducir cambios en el Instituto y a la adopción de medidas a ser consideradas y aplicadas por los funcionarios encargados de la administración de dichos bienes, los cuales redunden en mejoras en los procesos y ayuden a solventar situaciones como las que denuncia, tomando en cuenta que la actividad de la Unidad de Auditoría Interna, debe percibirse como un mecanismo que agrega valor a la gestión de la organización de la cual forma parte, pues el resultado de sus actuaciones opera dentro de ésta como un mecanismo que contribuye a mejorarla.

Sobre la base de lo expuesto, no cabe duda que la presencia permanente de la función de auditoría interna en el Instituto incluidos sus órganos desconcentrados se constituye en un elemento de control preventivo que permitirá determinar los problemas con oportunidad y tomar las decisiones para solucionarlos, siendo responsabilidad del consultante como Auditor Interno, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y las Normas sobre Control Interno entre otras disposiciones normativas, la utilización de criterios técnicos para la planificación, organización, dirección, información y control de los recursos que maneja, así como la aplicación de principios, normas, técnicas, prácticas, procedimientos y metodología de trabajo, en la ejecución de sus actuaciones fiscales, independientemente, del elevado número de dependencias desconcentradas que posea dicho ente y de las operaciones realizadas; así como del personal adscrito a la Unidad de Auditoría Interna o del volumen de recursos invertidos, pues si bien estos factores pudieran dificultar el ejercicio de las funciones de control, en modo alguno lo exoneran del cumplimiento de las competencias legalmente atribuidas como órgano de control fiscal, ni justifican que deje de ejercer acciones en aras de salvaguardar los recursos del patrimonio público.

En consecuencia, en su carácter de Auditor Interno de Instituto Autónomo el consultante debe, ejecutar las competencias que la Ley le atribuye, las cuales realizará sobre la base de un plan operativo anual y atendiendo a los principios que rigen el ejercicio de las funciones de

control, y en su condición de auditor interno debe determinar, ponderar y jerarquizar la importancia relativa de los riesgos que pretende minimizar con el ejercicio del control, así como evaluar los costos de los diversos controles implantados por la organización y confrontarlos con su contribución al cumplimiento de la misión, metas y objetivos de la organización de manera que a través de sus actuaciones satisfaga los criterios de celeridad, eficiencia, eficacia, economía, materialidad y contribuya así para que los responsables de diseñar, implantar y evaluar dicho control interno, con vista al resultado de sus actuaciones, establezcan medidas y procedimientos correctivos a fin de no poner en riesgo el patrimonio público, sin perjuicio de determinar las responsabilidades a que hubiere lugar por las irregularidades cometidas en el manejo, custodia o administración del patrimonio público, dentro de las cuales se incluyen supuestos que no exigen la ocurrencia de un daño al patrimonio público y sin embargo, la ponderación de los principios señalados en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control fiscal, haría procedente el ejercicio de acciones fiscales.

Memorándum N° 04-00-275 del 25 de agosto de 2005.

CONTROL FISCAL: Carácter de las recomendaciones que contienen los Informes de Auditoría originados de las actividades de control emanados de las Unidades de Auditorías Internas.

Las actuaciones de control fiscal interno producen información significativa a ser utilizada por la administración del organismo o entidad para el mejor manejo de las operaciones, de manera que sus recomendaciones se harán vinculantes en la medida que la administración las haga suyas, pues los controles internos son responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas toda vez que es por medio del trabajo de la auditoría interna que la dirección conoce si estos controles son suficientes para atender los objetivos fijados por la organización.

Memorándum 04-00-154 del 29 de abril de 2005.

Se requiere la interpretación jurídica del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, específicamente, en lo relativo al procedimiento a seguir para remitir los informes definitivos de auditoría elaborados por una determinada Unidad de Auditoría Interna, que contiene las recomendaciones a las que se hace necesario, darle carácter vinculante para su observancia por parte de la Administración activa.

El artículo 48 de la precitada Ley expresamente señala:

“Artículo 48. Las recomendaciones que contengan los informes de auditoría o de cualquier actividad de control, previa autorización del Contralor General de la República o de los demás titulares de los órganos de control fiscal externo, cada uno dentro del ámbito de sus competencias, tienen carácter vinculante y, por tanto, son de acatamiento obligatorio por parte de los entes sujetos a control. No obstante, antes de la adopción efectiva de la correspondiente recomendación, las máximas autoridades de las entidades a las que vayan dirigidas las mismas, podrán solicitar mediante escrito razonado, la reconsideración de las recomendaciones y proponer su sustitución. En este caso, los funcionarios de control fiscal indicados, podrán ratificar la recomendación inicial o dar su conformidad a la propuesta de sustitución”.

La norma *in commento*, no contempla dentro de su supuesto la posibilidad de un procedimiento para que los informes definitivos de auditoría o de actividades de control efectuadas por las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes sujetos al control de este Organismo Contralor, remitan a éste los referidos informes a los fines de darle carácter vinculante y por esta vía hacerlos de obligatoria observancia por la Administración Activa.

Tal posibilidad de revisión, atendiendo al gran número de órganos y entes sujetos al control de esta Contraloría, excedería la capacidad técnica de este Organismo y desvirtuaría la naturaleza de sus funciones orientadas a la práctica de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales¹, pues independientemente que en el ejercicio de sus funciones los órganos de control fiscal interno deban sujetarse a los lineamientos y disposiciones que dicte la Contraloría General de la República en su condición de ente técnico rector del Sistema² las Unidades de Auditoría Interna no mantienen una relación de dependencia funcional y administrativa con respecto a ésta, pues en el desempeño de sus labores, actúan con independencia técnica dentro del ámbito de sus competencias.

Es preciso destacar, que la condición de Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal no erige a esta Contraloría General de la República en una instancia revisora de todos los actos emanados de órganos sobre los cuales, ejerce funciones de coordinación³ orientadas a la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca y la acción conjunta de los órganos que integran el sistema en la actividad de control fiscal que realizan.

1 Artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

2 Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los órganos de control fiscal funcionarán coordinadamente entre sí y bajo la rectoría de la Contraloría General de la República a quien le corresponde dictar las políticas, reglamentos, normas, manuales e instrucciones para el ejercicio del control y para la coordinación del control fiscal externo con el interno.

3 El Artículo 37 del proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal alude a la coordinación en los siguientes términos: La coordinación de las actuaciones de control a que se refiere el artículo 49 de la Ley, comprende todas las medidas que, en su carácter de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, adopte la Contraloría General de la República, a fin de evitar la dispersión de esfuerzos y lograr la mayor economía, eficacia y eficiencia, así como la sujeción al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de las funciones de control fiscal.

Así las cosas debemos postular que, de la norma ut supra transcrita se infiere, como principio que **sólo tienen carácter vinculante las recomendaciones que contengan los informes de auditoría o de cualquier actividad de control realizadas por los órganos de control fiscal externo siempre que hayan sido previamente autorizadas por los titulares de dichos órganos de control cada uno dentro del ámbito de sus competencias.**

La norma in commento, se orienta a priori en dejar claro que con la autorización previa y expresa del Contralor General de la República o de los titulares de los órganos de control fiscal externo, (cada uno dentro de su ámbito de competencia) las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría o de cualquier actividad de control realizados por funcionarios bajo su dependencia tendrán carácter vinculante, cuya inobservancia por las máximas autoridades, los niveles directivos y gerenciales de los órganos y entes al cual van dirigidas, da lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa en los términos previstos en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Los órganos de control fiscal externo son, a diferencia de los que realizan el control fiscal interno, aquellos que no forman parte de la administración activa, ubicándose fuera de ella y sin que exista ninguna especie de subordinación o dependencia⁴. Una característica común de estos órganos de control fiscal externo es que gozan de autonomía (orgánica, funcional y administrativa), que le permite entre otras cosas, el establecimiento de una estructura y organización de

⁴ Por expreso mandato del Artículo 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, son competentes para ejercer el control fiscal externo de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las Leyes y las Ordenanzas Municipales: 1) La Contraloría General de la República. 2) Las Contralorías de los Estados. 3) Las Contraloría de los Municipios y 4) Las Contralorías de los Distritos y Distritos Metropolitanos.

Para garantizar su independencia y buen funcionamiento, las Contralorías de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios, gozarán de autonomía orgánica, funcional y administrativa, fundamentándose además por los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, contemplado en el Artículo 25 ejusdem. Esos principios son: Capacidad financiera e independencia presupuestaria. Apoliticismo partidista. El carácter técnico de Control Fiscal. La oportunidad en el ejercicio del control y en la presentación de resultados. La economía en el ejercicio del control fiscal. La celeridad, y la participación ciudadana en la gestión contralora. Concatenando estas características y principios, los órganos de control fiscal externo podrán, al fin, gozar de plena autonomía hacia el logro de sus metas y objetivos.

naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un número de competencias específicas en relación con la materia de control fiscal externo que puede ejercerse dentro de un cierto margen de libertad e independencia, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestario que pueden disponer dentro de los límites de la Constitución y la Ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos.

En efecto, y en virtud de ello están facultados entre otras cosas, para distribuir entre los distintos órganos que la integran, las competencias constitucional y legalmente asignadas, competencias que serán ejercidas a través de sus dependencias por funcionarios⁵ (debidamente acreditados) para realizar auditorías o cualquier otra actividad de control en los órganos y entidades indicados en los numerales 1 al 11 del artículo 9° de la Ley⁶

Por su parte, las Unidades de Auditoría Interna, si bien gozan de un mayor grado de independencia, se encuadran dentro de la estructura organizativa del ente y están ligadas a la máxima autoridad⁷ por una relación de subordinación jerárquica, por ende, independientemente de la especialidad en la materia no podrían en principio, imponer el acatamiento obligatorio de las recomendaciones formulada por dicha Unidad sin alterar la posición o situación de cada órgano dentro de la línea jerárquica.

5 Los funcionarios debidamente acreditados tendrán libre ingreso a las sedes y dependencias de los entes y organismos sujetos a su actuación, acceso a cualquier fuente o sistema de información, registros, instrumentos, documentos e información, necesarias para la realización de su función, así como competencia para solicitar dichas informaciones y documentos.

6 No obstante, antes de la adopción efectiva de la correspondiente recomendación, las máximas autoridades de las entidades a las que vayan dirigidas las mismas, podrán solicitar mediante escrito razonado, la reconsideración de las recomendaciones y proponer su sustitución. En este caso, los funcionarios de control fiscal indicados (entiéndase los titulares de los órganos de control fiscal externo), pueden ratificar la recomendación inicial o dar su conformidad a la propuesta de sustitución.

7 En efecto, las Unidades de Auditoría Interna están adscritas al máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa y administrativa, quien debe dotarla de personal idóneo y necesario, así como de razonables recursos presupuestarios, materiales y administrativos que le faciliten la efectiva coordinación del sistema de control interno de la organización y el ejercicio de las funciones de vigilancia y fiscalización, es decir, es una de sus dependencias y por lo tanto, sujeta a una relación de subordinación jerárquica no obstante que en atención a la especialidad de su función, gocen de un mayor grado de independencia pues no participan en actividades típicamente administrativas.

Sin embargo es preciso resaltar que el servicio de auditoría interna que presta la unidad de auditoría interna de cada órgano o entidad comprende la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los sistemas de administración e información gerencial y de los instrumentos de control interno incorporados en ellos, así como el examen de los registros y estados financieros, que les permiten determinar su pertinencia y confiabilidad, además de la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía calidad e impacto de su gestión, de allí que sin lugar a dudas los resultados de sus actuaciones deberían ser acogidos por los destinatarios, pues con ello se persigue evaluar y mejorar la eficacia y eficiencia del órgano.

Ello es así, porque el control es un sistema retroalimentador de la administración y de la gerencia y se concreta en un conjunto de actos y operaciones que tienen por objeto identificar la realidad, examinarla y compararla con un criterio o modelo preestablecido, para luego modificarla conforme a él. En efecto, la función auditora contiene elementos de análisis, de verificación y de exposición de debilidades y disfunciones, de las cuales pueden aparecer sugerencias y planes de acción para eliminarlas; circunstancias que son plasmadas en un Informe final y que contienen recomendaciones que no tienen carácter ejecutivo pues queda a cargo de la organización o institución, evaluarlas y tomar las decisiones pertinentes, toda vez que es responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas de cada ente organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente.

En ese orden de ideas, es indudable que dichas actuaciones de control fiscal interno producen información significativa a ser utilizada por la administración de la entidad para el mejor manejo de las operaciones, de manera que sus recomendaciones se harían vinculantes en la medida que la administración las haga suyas, pues los controles internos son responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas del órgano o ente, y es por medio del trabajo de la auditoría interna que la dirección conoce si los controles son suficientes para atender los objetivos fijados por la organización.

En el proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se prevé un mecanismo similar al estipulado en el artículo 48 de la Ley

que permite a la máxima autoridad exponer las razones que tuviere para no acoger las recomendaciones formuladas por la respectiva unidad de auditoría interna, contenidas en los informes de las actuaciones que se practiquen, contemplando así la solución al asunto planteado en cuanto al carácter de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control fiscal interno al precisar, por una parte,⁸ que los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, deben evaluar las observaciones y recomendaciones formuladas por los órganos y dependencias encargados del control fiscal interno y externo, y promover la aplicación de las respectivas medidas correctivas, y por la otra, que las máximas autoridades de los órganos o entidades sujetos a control, deberán manifestar por escrito a la respectiva unidad de auditoría interna las razones que tuvieren para no acoger las recomendaciones formuladas, contenidas en los informes de las actuaciones que se practiquen. La Unidad de Auditoría Interna responderá dicho escrito ratificando la recomendación inicial o dando su conformidad a la propuesta de sustitución, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su recepción.”

Existe por tanto, a cargo de la Unidad de Auditoría Interna el deber de comunicar los resultados de cada Auditoría o actuación de control que realice a la máxima autoridad de la cual depende directamente a los fines que se tomen las decisiones del caso, sin perjuicio de la información a los demás niveles gerenciales, directivos y jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, como funcionarios responsables de la implantación de las recomendaciones, quienes deben evaluarlas, toda vez que tales reco-

8 **“Artículo 27:** Los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, deben: (omisión) 4) Evaluar las observaciones y recomendaciones formuladas por los órganos y dependencias encargados del control fiscal interno y externo, y promover la aplicación de las respectivas medidas correctivas.”

“Artículo 40: Las máximas autoridades de los órganos o entidades sujetos a control, deberán manifestar por escrito a la respectiva unidad de auditoría interna las razones que tuvieren para no acoger las recomendaciones formuladas, contenidas en los informes de las actuaciones que se practiquen.

El escrito a que se refiere la presente disposición, deberá ser consignado ante la respectiva unidad de auditoría interna, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de los informes definitivos que contengan las mencionadas recomendaciones.

Parágrafo Único: La unidad de auditoría interna responderá dicho escrito ratificando la recomendación inicial o dando su conformidad a la propuesta de sustitución, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su recepción.”

mendaciones, resultado de la labor de control contribuyen como un medio de brindar la asesoría pertinente para mejorar la eficiencia y la eficacia en el sistema de control interno y en la gestión financiera y administrativa del órgano o ente.

Por lo tanto en una posible aplicación analógica⁹ de lo dispuesto en la parte final del artículo 48 de la Ley, las máximas autoridades de las entidades a las que van dirigidas las recomendaciones, después de la evaluación y examen por el funcionario responsable de su implantación, si encuentra motivos que imposibiliten poner en práctica las medidas indicadas en esas recomendaciones o en parte de ellas, podrá exponer por escrito ante el auditor interno en un plazo prudencial, las razones que tuvieren para no acoger las recomendaciones formuladas y proponer una solución alterna que subsane las deficiencias encontradas, y en caso de prevalecer la disparidad de criterios la unidad de auditoría interna, responderá dicho escrito ratificando la recomendación inicial o si está de acuerdo con la propuesta de sustitución dará su conformidad a la propuesta.

Así las cosas, en el supuesto de que a pesar de su ratificación no se acatasen las recomendaciones, el órgano de control fiscal interno puede disponer el ejercicio de las competencias que la Ley le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

Memorándum 04-00-154 del 29 de abril de 2005.

9 ZERPA, Levis Ignacio. "La argumentación jurídica", Curso de Capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica". Tribunal Supremo de Justicia. Serie eventos N° 3. Caracas, 2002 Páginas 199 y 200. El autor, al hacer referencia a la argumentación analógica sostiene que: "...el sistema crea una manera de generar normas, en los casos en que no existan disposiciones expresas para regular determinados casos(...)sí existe una situación regulada y hay una situación que no lo está, se analizan las dos situaciones y se comparan entre sí para encontrar los elementos comunes y los diferentes; si el número de elementos comunes que hay entre las dos situaciones es un número importante y la razón de la primera regulación puede servir también de razón de la segunda, entonces creo una norma que me permite resolver la segunda situación, partiendo de su semejanza con la primera".

CONTROL FISCAL: Los funcionarios adscritos a una Unidad de Auditoría Interna deben ser beneficiarios de los incentivos laborales que implante la organización.

Las Unidades de Auditoría Interna son una dependencia más dentro de la estructura administrativa del ente u órgano quien se rigen por las políticas que en materia de personal dicte la máxima autoridad jerárquica del Órgano o Ente, sujeto a su control, ya que el legislador no las dotó de autonomía en sus diferentes dimensiones, es decir, orgánica, funcional y administrativa.

Memorándum N° 04-00-510 del 6 de septiembre de 2006.

Se solicita opinión relacionada con la posibilidad de que los funcionarios de una Unidad de Auditoría Interna, puedan beneficiarse de los ascensos que el órgano o ente implemente dentro de su organización.

Con fundamento en la autonomía y especialidad de la funciones de la Unidades de Auditoría Interna, deben ser entendidas en armonía como principios básicos del Sistema Nacional de Control Fiscal que están relacionados con la capacidad para desempeñar la labor de control bajo criterios eminentemente técnicos que garanticen resultados de alta calidad y de manera independiente de la Administración Activa, lo cual debe ser garantizado por las Máximas Autoridades de los Órganos y Entes de la Administración Pública.

En el ámbito de dicho sistema, tales preceptos denominados por la doctrina como el de la independencia técnica y la adecuada ubicación administrativa de dichas Unidades, se encuentran instrumentados en los artículos 27 y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, al indicarse que los titulares de los órganos de control fiscal de los órganos y entes de la Administración Pública, serán designados mediante concurso público realizado conforme a las bases dictadas por el máximo órgano de Control fiscal y no podrán ser destituidos o removidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República. Adicionalmente, las Normas Generales de Control Interno¹, establecen en el artículo 11, la necesaria adscripción de los órganos de control interno de los organismos o entidades al máximo nivel jerárquico de la estructura administrativa a los fines de asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización.

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1.997.

Por su parte el Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional², dispone en el artículo 23, que las Unidades de Auditoría Interna dependerán del máximo nivel jerárquico de la estructura administrativa del ente u órgano cuyo personal personal, funciones y actividades estarán desvinculadas de las operaciones sujetas a su control, ello a los fines de asegurar el mayor grado de independencia de criterio, así como la necesaria objetividad e imparcialidad de sus actuaciones.

Así pues, con la independencia técnica, la adecuada ubicación administrativa y la autonomía funcional que disponen las Unidades de Auditoría Interna, se persigue facilitar una gestión de control ágil y expedita con la suficiente autoridad para evaluar el control interno, auditar la gestión, promover las acciones correctivas, vigilar su aplicación y cooperar en la conducción estratégica de las organizaciones, así como también minimizar la influencia que pudiera ejercer las demás dependencias que conforman la organización, en el cumplimiento de esas funciones.

De allí que, no puede privarse a los funcionarios que laboran en la Unidad de Auditoría Interna del derecho a optar a los beneficios laborales (ascensos) implementados por el órgano o ente del que depende la Unidad de Auditoría Interna, tomando como argumento para ello la autonomía y especialidad de las funciones que éstas ejercen, pues esto iría en contra del crecimiento laboral y profesional de los funcionarios que prestan sus servicios en dichos órganos de control fiscal interno, colocándolos en desventaja con el resto del personal, toda vez que las Unidades de Auditoría Interna integran la estructura administrativa del ente u órgano sujeto a su control, por lo que son una dependencia más dentro de su estructura que se rige por las políticas que en materia de personal dicte la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente, ya que el legislador no las dotó de autonomía, orgánica, funcional y administrativa.

En ese sentido, al momento de producirse ascensos que pudiesen implicar el traslado del funcionario de la Unidad de Auditoría Interna a otra Dependencia, la máxima autoridad del ente u órgano debe velar por la inmediata reposición del personal profesional y calificado, tomando en

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.783 del 25 de septiembre de 2003.

consideración las especificaciones técnicas requeridas para el personal que labora en las Unidades de Auditoría Interna, a los fines de evitar que queden desprovistas del recurso humano necesario para llevar a cabo las funciones y actividades que legalmente están llamadas a ejercer.

Memorándum N° 04-00-510 del 6 de septiembre de 2006.

CONTROL FISCAL: Órgano competente para designar los integrantes del jurado calificador en los concursos para escoger al titular del Órgano de Control fiscal Interno.

La Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido en el instrumento que establece las bases que rigen los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal interno, no es competente para nombrar los representantes del jurado calificador de estos concursos.

Memorándum N° 04-00-297 del 6 de junio de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la factibilidad que la Contraloría General de la República, designe a los miembros que deben integrar el jurado calificador del concurso para escoger al titular del cargo de Auditor Interno en un Instituto Autónomo.

Sobre el particular, es preciso señalar que la normativa dictada por el Contralor General de la República, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, contenidas en el Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados funcionalmente aplicable para el momento del caso consultado, así como el Reglamento vigente en la actualidad, señalan con diáfana claridad que el órgano o autoridad a quien le incumbe hacer la convocatoria para el llamado a concurso le **corresponde designar** a dos representantes en el jurado con sus respectivos suplentes, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la convocatoria y dentro de este mismo lapso, debe **notificar** a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna para que en el lapso de los quince días hábiles siguientes a su notificación **designe** a un representante en el jurado con su respectivo suplente, puede además, en caso de omisión en la designación por parte de la superintendencia, nombrar al otro miembro del jurado, y su suplente, siempre que estos representantes reúnan los requisitos exigidos para ello.

De lo antes expuesto, se deriva que los órganos o autoridades a quienes les compete efectuar la convocatoria para los concursos a los fines de proveer al titular del órgano de control fiscal interno, no tienen porque postular y remitir a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna para que ésta los designe, pues de acuerdo a lo señalado éstos tienen la competencia para **designar**, a sus representantes al jurado; y a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna le corresponde la designación sólo de un representante y su suplente dentro de los quince días siguientes a su notificación, tal como está previsto en la normativa aplicable.

Ahora bien, con respecto a la solicitud para que la Contraloría General de la República, nombre el personal idóneo para integrar el jurado calificador en un concurso para designar al titular de la Unidad de Auditoría Interna de un ente determinado, es preciso puntualizar que, este Órgano Contralor en los casos en que no tiene la obligación expresa de designar miembros del jurado, puede hacer uso de la potestad discrecional para nombrar un solo miembro y en estos casos el órgano o autoridad convocante solamente nombrará uno, de los dos que está llamado a designar, motivo por el cual no puede este Máximo Órgano de Control Fiscal Externo escoger a los integrantes del jurado calificador, pues como se ha señalado solamente tiene la facultad discrecional de nombrar sólo uno, cuando lo juzgue conveniente, o las circunstancias del caso así lo ameriten.

Memorándum N° 04-00-297 del 6 de junio de 2006.

CONTROL FISCAL: Nociones sobre el Sistema Nacional de Control Fiscal, control interno y control fiscal.

La noción del Sistema Nacional de Control Fiscal engloba varios elementos que lo conforman, tales como órganos, estructuras, recursos y procesos, que están interrelacionados, con el propósito de alcanzar los objetivos la unidad de dirección de los sistemas de procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control fiscal.

Memorándum N° 04-00-152 del 10 de abril de 2006.

Se solicita opinión de esta Dirección en relación a cuatro particulares que son motivo de consulta permanente por los organismos o entidades sujetos a control: Qué debe entenderse por Sistema Nacional de Control Fiscal, por control interno, control externo, así como por poseer no menos de tres años de experiencia en materia de control fiscal.

Sobre los particulares planteados es oportuno indicar lo siguiente:

El Sistema Nacional de Control Fiscal concebido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, fue desarrollado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ en su artículo 4, como: “un conjunto de **órganos, estructuras, recursos y procesos** que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, 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 esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.”

Como puede observarse, la noción del Sistema Nacional de Control Fiscal engloba varios elementos que lo conforman, tales como órganos, estructuras, recursos y procesos, que están interrelacionados, con el propósito de lograr los objetivos planteados. En este sentido, debe entenderse al Sistema Nacional de Control Fiscal en los términos antes expuestos, a los fines de tener una concepción de dicho Sistema en su justa dimensión. Por ello, es importante acotar que la **rectoría** del

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

mismo, le corresponde a la Contraloría General de la República, como órgano y no al titular de la misma.

Por su parte el Sistema de Control Interno, comprende los elementos de control interno previo y posterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y comprende el plan de la organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados dentro de un ente u organismo sujeto a la Ley, para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas.

Cabe destacar que la implantación de dicho Sistema en los órganos y entidades del Sector Público, debe abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos; fundamentado en criterios de eficacia, eficiencia, economía y calidad de sus operaciones, y sometido a pruebas selectivas de cumplimiento y exactitud.

En ese sentido, corresponde a las máximas autoridades jerárquicas de cada órgano o entidad, la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el Sistema de Control Interno, que debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente, según lo dispuesto en el artículo 36 ejusdem.

Ahora bien, es importante señalar que según su ejecución el Control Interno puede ser previo y posterior, el primero comprende los mecanismos y procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de organización, en los reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos, que deben ser aplicados antes de autorizar o ejecutar las operaciones o actividades asignadas a los órganos y entidades del Sector Público, o antes que sus actos causen efecto, por quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como por sus supervisores inmediatos, con el propósito de establecer su legalidad, veracidad, oportunidad eficiencia, economía y calidad.

De manera pues, que el Control Interno Previo debe efectuarse antes (*a priori*) de adquirir obligaciones que impliquen compromisos financieros, o antes de proceder a efectuar pagos, que le permitan garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley *in commento*, lo cual se conoce como control previo al compromiso y al pago.

Por su parte el Control Interno Posterior, comprende los procedimientos de control incorporados en el plan de organización y en los reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos de cada órgano o entidad, **aplicables por los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo, sobre los resultados** (*a posteriori*) de las operaciones y actividades realizadas por las unidades administrativas y servidores bajo su directa supervisión.

No cabe duda pues, que tanto el Control Interno Previo como el Posterior, **corresponden a la propia Administración Activa** en el ejercicio ordinario de las actividades que desempeña, el cual deberá estar incorporado en el plan de la organización, reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos.

Por su parte el Control Fiscal Interno es aquel ejercido por las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entidades del Sector Público; como órganos encargados del servicio de auditoría interna (examen *a posteriori*) con el propósito de evaluar el Sistema de Control Interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial, así como del examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, y la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas, pudiendo realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el ente sujeto a su control de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dichas unidades tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la Ley antes citada.

En este orden de ideas, las Unidades de Auditoría Interna en su carácter de **órganos de control fiscal**, a tenor de lo previsto en el

artículo 26 *ejusdem*, tienen competencia para evaluar el Sistema de Control Interno (implantado por la Administración Activa) del órgano u ente sujeto a su control. Cabe precisar, que las Unidades de Auditoría Interna integran la estructura organizativa del ente sujeto a su control, por lo que son una dependencia más dentro de la estructura, que tienen un rango igual o mayor al de las dependencias bajo su control, por lo que su personal, funciones y actividades deben estar desvinculadas de las operaciones sujetas a su control, a los fines de garantizar la independencia de criterio, así como la objetividad e imparcialidad de sus actuaciones.

Ahora bien, el Control Fiscal Externo a tenor de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal comprende la vigilancia, inspección y fiscalización ejercida por los **órganos competentes de control fiscal externo indicados** en el artículo 43 (Contraloría General de la República, Contraloría de los Estados, Contraloría de los Municipios, Contraloría de los Distritos y Distritos Metropolitanos) sobre las operaciones de los órganos y entidades del Sector Público, en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de determinar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias o demás normas aplicables a sus operaciones, verificar la exactitud y sinceridad de su información financiera, administrativa y de gestión, entre otras. Así pues, el control fiscal externo es posterior, toda vez que se caracteriza por la apreciación de los actos de la Administración después de su consumación.²

Por último, en lo que atañe a la Experiencia en Control Fiscal en Órganos de Control Fiscal a que alude el artículo 14 del Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados³, como requisito necesario para participar en los concursos en referencia, donde se requiere entre otros requisitos poseer no menos de 3 años, equivalentes a 36 meses, de experiencia laboral en materia de control fiscal en órganos de control

2 ROQUE CITADINI, Antonio. El Control Externo de la Administración Pública. Edición de la Contraloría General de la República. Caracas, 1999. p. 35.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 del 23 de febrero de 2006.

fiscal, cabe precisar que el requisito de experiencia laboral en materia de control fiscal, está referido a los conocimientos y habilidades obtenidas en actividades propias de auditoría, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones sobre las operaciones (control posterior) realizadas por los órganos o entidades del sector público o de su sistema de control interno, lo cual no debe confundirse con los conocimientos obtenidos en actividades de **Control Interno Previo y Posterior que ejerce la Administración Activa**, toda vez que pese a que son elementos que forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal, no comprende *per sé* materia de control fiscal.

Asimismo, debe entenderse que dicha experiencia debe haberse obtenido por la prestación de servicios en un órgano de control fiscal, vale decir, Contraloría General de la República, Contraloría de los Estados, Contraloría de los Municipios, Contraloría de los Distritos, Distritos Metropolitanos, Unidades de Auditoría Interna y Contraloría de la Fuerza Armada Nacional.

Asimismo, es oportuno indicar que la experiencia laboral en materia de control fiscal en órganos de control fiscal, por no menos de 3 años, es un **requisito mínimo**, independientemente que el interesado en participar, tenga experiencia laboral en el área administrativa de los órganos que ejercen el Poder Público o en la administración privada, tal como se desprende del artículo 33 del Reglamento en cuestión, relativo a los criterios de evaluación.

Memorándum N° 04-00-152 del 10 de abril de 2006.

CONTROL FISCAL: Posibilidad que el Auditor Interno pueda firmar los Estados Financieros del ente sujeto a su control a los fines de ser remitidos a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y al Banco Central de Venezuela.

La firma de los Estados Financieros por parte del titular de la Unidad de Auditoría Interna de la Institución, comprende un requisito formal establecido en la normativa correspondiente, por lo que no implica, que con dicha rúbrica el Auditor Interno, esté manifestando su conformidad sobre tales documentos y por ende, quede inhabilitado para realizar un análisis posterior de los mismos, de conformidad con las atribuciones asignadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-00-210 del 8 de mayo de 2006.

Los Estados Financieros son “Documentos en los que se muestran, la posición financiera, el desarrollo administrativo, los resultados obtenidos, etc., de una entidad económica, en una fecha o período determinado.”¹

Para el autor Alfredo Pérez Harris, “el Estado Financiero es un documento fundamentalmente numérico, en cuyos valores se consigna el resultado de haberse conjugado los factores de la producción por una empresa, así como de haber aplicado las políticas y medidas administrativas dictadas por los directivos de la misma, y en cuya formulación y estimación de valores, intervienen las convenciones contables y juicios personales de quien los formula; a una fecha o por un período determinado.”²

Como puede observarse, los estados financieros reflejan de forma cuantitativa la situación de una empresa y los resultados obtenidos como consecuencia de las transacciones efectuadas en cada ejercicio fiscal.

Al respecto, el autor Francisco Gómez Rondón señala que: “Los Estados Financieros suelen mostrar una idea, con bastante aproximación, del status económico-financiero general de la empresa.”³

1 Diccionario Contable Administrativo Fiscal. Autor: José Isaura López. Editorial: Ecafsa. Thomson Learning. México, 2001. p. 143.

2 Obra: “Los Estados Financieros: Su Análisis e Interpretación”. Editorial: Ediciones Contables y Administrativas. México, 1981.p. 11.

3 Obra “Análisis de Estados Financieros”. p.1.

En este orden, es oportuno precisar que los estados financieros tienen por finalidad informar sobre la situación de la empresa tanto a sus accionistas, ejecutivos y empleados, así como a los proveedores, inversionistas, banca y dependencias gubernamentales. De manera, que los mismos se preparan con el fin de presentar un informe acerca del progreso de la administración y los resultados obtenidos durante un periodo determinado.

Señalado lo anterior, cabe destacar que del contenido del punto “F” del Capítulo I “Disposiciones Generales” de la Resolución N° 252.02 del 24 de diciembre de 2002, que contiene el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo”, se desprende por una parte, que los estados financieros mensuales son los únicos válidos de la institución para todos los efectos, vale decir, para su publicación en prensa, inclusión en la Memoria Anual y aprobación por la Asamblea General de accionistas o socios, y por la otra, que dichos estados a ser remitidos a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) y al Banco Central de Venezuela (BCV), deben contener la firma autorizada del Presidente, Gerente General y Auditor Interno, determinándose la identificación y cargo de la persona a quien pertenece.

Sobre el particular y en criterio de este Órgano Contralor, la firma por parte del titular de la Unidad de Auditoría Interna de la Institución, comprende un requisito formal establecido en el Manual in commento (extremo legal), el cual constituye una normativa prudencial emanada de SUDEBAN, por lo que no implica, que con dicha rúbrica, el Auditor Interno, esté manifestando su conformidad sobre tales documentos y por ende, quede inhabilitado para realizar un análisis posterior de los mismos, de conformidad con las atribuciones asignadas legalmente en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Por lo antes expuesto, el cumplimiento del requisito antes mencionado, no comprende una actividad de control previo (*a priori*), toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 38 *ejusdem*, el control previo se ejerce sobre el compromiso y el pago, en los términos allí descritos, mientras que los estados financieros contienen los datos de

hechos registrados, tales como compras, ventas, pagos, cobros, disponibilidad de efectivo en caja o banco, entre otros, es decir, de operaciones consumadas por la administración activa, en las cuales la Unidad de Auditoría Interna no tuvo inherencia alguna.

Memorándum N° 04-00-210 del 18 de marzo de 2006.

DERECHO LABORAL

DERECHO LABORAL: El tiempo como contratado, por honorarios profesionales, en un ente u órgano público en el supuesto que éste pase a ser personal fijo no le será computado para el cálculo de los beneficios laborales

Los contratos por honorarios profesionales no pueden considerarse como contratos que constituyan una relación de carácter laboral tutelados por la Ley Orgánica del Trabajo, pues no se configuran los supuestos para su existencia que implican el goce de los beneficios establecidos en dicha Ley.

Memorandum N° 04-00-101 del 21 de marzo de 2005.

Solicitud de opinión con respecto a la situación que se presenta con el personal contratado por honorarios profesionales que pasan a formar parte del personal fijo en una empresa del Estado.

Se observa, que el órgano o ente que suscribió contratos de honorarios profesionales por un período de tres meses, con personas que posteriormente pasaron a ser personal fijo de la empresa se les computó como período de prueba el tiempo que estuvieron como contratados a los efectos del cálculo de los beneficios laborales.

Sobre el particular, es importante puntualizar que el contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo su continuada dependencia o subordinación y mediante remuneración. Sus elementos esenciales son el ejercicio de una actividad personal por parte del trabajador, de manera continuada y bajo subordinación o dependencia del trabajador con respecto a su empleador, a cambio de la cual recibe un salario como retribución del servicio.

Para que este contrato se configure, se requiere la existencia de una prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral que supone la potestad del empleador de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada y la percepción de una remuneración denominada salario como contraprestación del mismo.

Por su parte el contrato por honorarios profesionales se caracteriza como una convención en virtud de la cual una parte (persona natural o jurídica) se encuentra obligada a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otro, el que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios denominada honora-

rios. La denominación de contrato de honorarios profesionales, es una expresión genérica que se utiliza para designar aquél contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero donde efectivamente, hay prestación de servicios, porque a cargo del contratista pesa una obligación de hacer que implica la ejecución de labores en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional en determinada materia, actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica.

Este tipo de contratos está dirigido para personas que prestan servicios con autonomía e independencia, pues el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto del contrato dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas en el contrato.

En ese orden de ideas, del análisis comparativo de estas dos modalidades contractuales se obtiene que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles desde el punto de vista de los fines perseguidos, la naturaleza y objeto de los mismos. **En síntesis, elementos como el de subordinación o dependencia determinan la diferencia del contrato laboral con el de honorarios profesionales, ya que en el plano legal debe entenderse que el que celebra un contrato de honorarios profesionales no puede tener frente al ente contratante sino la condición de contratista independiente, para quien la remuneración percibida no tiene la naturaleza de un salario pues el concepto de honorarios se opone al de salario.**

Aunado a esto, el hecho de que el contrato de honorarios se rija por las normas civiles, conforme a las cuales priva lo pactado por las partes en dicho contrato, y no la legislación laboral, tiene una serie de consecuencias prácticas, como por ejemplo: que no es procedente descontar las cotizaciones previsionales y de seguridad social a una persona contratada a honorarios, tampoco está afecto a las normas relativas al salario mínimo mensual, descansos, protección a la maternidad, negociación colectiva etc.

En consecuencia, los contratos por honorarios profesionales no pueden considerarse como contratos que constituyan una relación de carácter laboral tutelada por la Ley Orgánica del Trabajo, ya que no se

configuran los supuestos para su existencia, que implican el goce de los beneficios establecidos en dicha Ley.

Así las cosas, para esta Dirección, el límite práctico, para hacer la distinción entre un contrato de trabajo y uno de honorarios profesionales, que es el caso que nos ocupa es difícil, por cuanto no se tuvo acceso a los aludidos contratos, sin embargo, atendiendo a lo expuesto por el consultante podemos inferir que las personas allí señaladas fueron contratadas, en principio en su condición de profesionales en distintas áreas para prestar asesorías o asistencia técnica en materias como informática, talleres de realización laboral, asesorías jurídicas, por periodos determinados y quienes después de sucesivas renovaciones, fueron pasados como personal fijo de la empresa.

En ese sentido, si los aludidos contratos tenían por objeto la percepción de honorarios profesionales que conforme a lo expuesto precedentemente, no se rigen por las disposiciones de la Ley orgánica del Trabajo, no podrían computar el tiempo de su duración a los fines del cálculo de los beneficios laborales, ni como período de prueba al que alude el artículo 30 del Reglamento de dicha Ley, pues no se trataría de una relación laboral regida por ésta. En consecuencia, su fecha cierta de ingreso a dicha empresa sería aquélla a partir de la cual pasaron a ser personal fijo y por ende los cálculos correspondientes para el pago de los beneficios laborales que les correspondan deberían hacerse a partir de esa fecha, pues lo contrario supondría un pago indebido.

Memorándum N° 04-00-101 del 21 de marzo de 2005.

DERECHO TRIBUTARIO

DERECHO TRIBUTARIO: Agentes de retención en el Impuesto al Valor Agregado.

La Oficina Principal de Registro Civil de un Estado como órgano desconcentrado del Ministerio del Interior y Justicia forma parte integrante del Poder Ejecutivo Nacional, y por tanto sujeto a las previsiones de la Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056-A, dictada por el Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, por lo que está obligado a practicar la retención del impuesto al valor agregado por las adquisiciones de bienes muebles y las recepciones de servicios gravados que realicen los proveedores que sean contribuyentes ordinarios de ese impuesto, conforme a lo establecido en la referida Providencia.

Oficio N° 04-00-083 del 15 de noviembre de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto a si la Oficina de Registro Principal de un Estado está en la obligación de ser agente de retención del Impuesto al Valor Agregado.

Examinada la solicitud consideramos oportuno precisarle que, a pesar de que la materia sobre la cual versa la consulta no se vincula con actividades propias de este Máximo Órgano de Control Fiscal, estimamos pertinente en atención al principio de colaboración que debe existir entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público, en cualquiera de los niveles políticos territoriales que integran la estructura organizativa del Estado Venezolano, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, emitir nuestra opinión, sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

La designación como agente de retención de un tributo conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Orgánico Tributario es materia de reserva legal por tanto tal designación debe estar contenida en una ley o en un acto administrativo dictado en ejecución de ésta, así lo dispone, el citado artículo cuando establece que: *“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.(...)”*

En armonía con esta disposición el artículo 11 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, dispone que serán responsables del pago del impuesto en calidad de agentes de retención, los compradores o

adquirientes de determinados bienes muebles y los receptores de ciertos servicios, a quienes la Administración Tributaria designe como tales, de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico Tributario.

De conformidad con lo establecido en la disposición citada, el Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, dictó la Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056-A, de fecha 27 de enero de 2005¹, cuyos artículos 1 y 2 aluden específicamente a la designación de los agentes de retención y a la definición de entes públicos, respectivamente, según los cuales:

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

En los casos de fideicomisos, el fideicomitente fungirá como agente de retención, siempre y cuando se trate de algunos de los entes públicos a que se refiere esta Providencia.

En los casos de recepción de los servicios señalados en el artículo 92 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, el órgano de tutela fungirá como agente de retención.

Parágrafo Único: A los efectos de esta Providencia se entiende por proveedores a los contribuyentes ordinarios del impuesto al valor agregado que vendan bienes muebles o presten servicios, ya sean con carácter de mayoristas o minoristas.

Artículo 2: A los efectos de lo previsto en el artículo anterior, los entes públicos nacionales son los siguientes:

1. La República, que comprende, entre otros, los siguientes entes y órganos: La Presidencia de la República

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.136 de fecha 28 de febrero de 2005, y reimpresa por error material en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.188 del 17 de mayo de 2005.

y la Vicepresidencia Ejecutiva, Los Ministerios, Los Servicios Autónomos sin personalidad jurídica, La Procuraduría General de la República, Las Oficinas Nacionales creadas por la Presidencia de la República, La Asamblea Nacional, El Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, El Ministerio Público La Contraloría General de la República, La Defensoría del Pueblo, El Consejo Nacional Electoral, La Dirección Ejecutiva de la Magistratura, El Consejo Moral Republicano y Las Oficinas Nacionales.

2. El Banco Central de Venezuela.
3. La Iglesia Católica, a través de la Diócesis, Arquidiócesis y Seminarios.
4. Los Institutos Autónomos creados por la República.
5. Las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, creadas por la República o en los cuales ésta o sus entes descentralizados funcionalmente tengan participación, en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Administración Pública.
6. Las Universidades Nacionales, los Colegios Profesionales y las Academias Nacionales.
7. El Parlamento Latinoamericano y el Parlamento Andino.
8. Los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, en los cuales la República Bolivariana de Venezuela o alguno de los entes creados por ella tenga una participación accionaria mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social, con excepción de aquéllos que hayan sido calificados como sujetos pasivos especiales por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria” (Destacado nuestro).

Como se observa, la Providencia Administrativa *in commento* contempla como agentes de retención del impuesto al valor agregado a distintos órganos y entes que integran el sector público. En el presente caso, hay que destacar que los Registros y Notarías Públicas, son or-

ganismos adscritos al Ministerio del Interior y Justicia a través de la Dirección Nacional de Registros y del Notariado, así lo ratifica el Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado², cuando dispone que la organización de los Registros es responsabilidad del Ejecutivo Nacional, por órgano del referido Ministerio, a través de la citada Dirección que funcionará como servicio autónomo sin personalidad jurídica y dependiendo jerárquicamente del Ministro en referencia.

Dicho Decreto-Ley precisa que en el Reglamento Orgánico de la mencionada Dirección, se desarrollarán, entre otros, los aspectos relativos a su integración y fuente de ingresos: grado de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión; los mecanismos de control y destino de los ingresos obtenidos.

Es preciso destacar, que conforme a lo previsto en las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta del citado Decreto-Ley, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Interior y Justicia, debe tomar las medidas conducentes para la creación del Servicio Autónomo Dirección Nacional de Registros y del Notariado. Asimismo el Ministro del Interior y Justicia debe designar una Comisión con el fin de coordinar el proceso de reforma y modernización de los Registros y Notarías regulados por el Decreto Ley; Comisión que será el órgano responsable de gestionar el proceso de transición de la actual estructura administrativa al servicio autónomo que ese Decreto Ley establece. El proceso de reforma y modernización de los Registros y Notarías se iniciará desde la fecha en que sea publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la Resolución mediante la cual se designe la señalada Comisión.

Precisamente, el Ministro del Interior y Justicia considerando necesaria la reorganización del servicio de Registro Público y del Notariado, resolvió, mediante Resolución N° 444³, crear la Comisión para la Reorganización del Servicio de Registros y Notarías, cuyo objeto era analizar la situación actual del servicio y la formulación al ciudadano Ministro de las recomendaciones técnicas, jurídicas financieras y organizativas que estime convenientes.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.333 del 27 noviembre de 2001.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.033 del 29 de septiembre de 2004.

Ahora bien, no obstante que este proceso de reforma sobre Registros y Notariados, está en desarrollo a la fecha no se ha concretado, ni se ha dictado el Reglamento Orgánico que regulará los aspectos antes mencionados relativos al Servicio Autónomo Dirección Nacional de Registros y del Notariado., razón por la cual, mientras se produce dicha reorganización los **Registros Públicos** se desempeñan como “servicios” u oficinas autónomas sin personalidad jurídica dotadas de autonomía de gestión financiera presupuestaria y contable.

En este orden de ideas es preciso mencionar que la Oficina Principal de Registro Civil de un Estado, como órgano desconcentrado del Ministerio de Relaciones Interiores y de Justicia forma parte integrante del Poder Ejecutivo Nacional, y por tanto sujeto a las previsiones de la Providencia Administrativa N° SNAT/2005/0056-A, dictada por el Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, que alude de manera expresa a los entes públicos que conforman el Poder Nacional por lo que, no cabe duda que el órgano consultante está obligado a practicar la retención del impuesto al valor agregado por las adquisiciones de bienes muebles y las recepciones de servicios gravados que realicen los proveedores que sean contribuyentes ordinarios de ese impuesto conforme a lo establecido en dicha Providencia.

En los términos que anteceden y salvo la opinión que sobre el particular pudiera emitir el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), como órgano especializado en la materia, queda expuesto el criterio de esta Dirección respecto al asunto sometido a consulta.

Oficio N° 04-00-083 del 15 de noviembre de 2005.

DERECHO TRIBUTARIO: Límite de competencia de la Administración Tributaria Distrital con respecto a la retención del impuesto del 1x1000 previsto en la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas.

La Administración Tributaria Distrital puede desplegar todas aquellas actividades fiscalizadoras para determinar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos, siempre que se enmarque tal verificación en el hecho imponible del denominado impuesto del 1x1000. Teniendo en cuenta que el control de la Administración Tributaria y el Control que realizan los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal son de naturaleza distinta.

Memorándum N° 04-00-163 del 17 de abril de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la competencia del Servicio de Administración Tributaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas (SERMAT-AAMC), para exigir a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM) el cumplimiento de lo establecido en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas.

El artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas¹ dispone lo siguiente:

“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 u 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.

Omissis...”

Del artículo antes transcrito se evidencia la creación por parte del Distrito Metropolitano de Caracas de un impuesto denominado del

¹ Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0015 Extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2003.

1x1000, cuyo hecho imponible es la emisión de órdenes de pago, cheques, transferencias o cualesquiera otros medios de pago cuyos montos sean iguales o superiores a 50 Unidades Tributarias por parte de entes u órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal. Estableciendo como sujeto pasivo en calidad de contribuyente al contratista² en cuyo favor se emitan instrumentos referidos a anticipos, pagos parciales o pagos totales derivados de contratos de ejecución de obras, de prestación de servicios o de adquisición de bienes o suministros. Señalando además un elemento territorial, que circunscribe los pagos -supra mencionados- que efectúen los entes u órganos del sector público (nacional, estatal, distrital y municipal) ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas.

El artículo en comentario debe analizarse conjuntamente con el artículo 18 de dicha Ordenanza, que prevé los medios de recaudación del tributo, cuyo numeral 3 precisa que el impuesto del 1x1000 indicado en el artículo 9 será recaudado mediante el pago de los montos correspondientes en las cuentas receptoras de fondos metropolitanos por parte de los contratistas, haciendo uso de las planillas de pago u otros medios similares que a tales efectos autorice la Administración Tributaria; Además de esta modalidad directa de recaudación el único aparte del numeral citado faculta a la Administración Tributaria para implementar el mecanismo de retención en la fuente por parte de los entes u órganos públicos que emitan los instrumentos de pago, previa su designación como agentes de retención.

Dicha designación fue dictada por el Servicio Metropolitano de Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa N° DRTI-2004³ en la cual nombra como agentes de retención del impuesto del 1x1000 consagrado en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, a todos los entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción territorial de este Distrito, precisando lo que debe entenderse por “entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital

2 Definido en la propia ordenanza en sentido amplio, como “toda persona natural o jurídica que ejecuta una obra, suministra bienes o presta un servicio no profesional ni laboral para alguno de los entes señalados en este artículo, en virtud de un contrato, sin que medie relación de dependencia”.

3 Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0021 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2004.

y municipal” entre los cuales menciona a los entes y órganos del Poder Judicial, en el cual ineludiblemente se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia⁴.

Respecto a las facultades de verificación sobre el cumplimiento de la obligación tributaria en comento conforme a la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde a ese Distrito la recaudación, administración, **inspección, fiscalización y control** de los ingresos que constituyan los ramos de timbre fiscal pertenecientes a su Distrito, teniendo como órgano competente para ello al Servicio Metropolitano de Administración Tributaria (SERMAT). Por tanto no cabe duda que en ejercicio de tal facultad puede la Administración Tributaria Distrital desplegar todas aquellas actividades fiscalizadoras para determinar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos -sea en calidad de contribuyentes o responsables-.

Sin embargo es preciso resaltar que la actividad fiscalizadora de la Administración Tributaria debe estar estrictamente enmarcada a la verificación del hecho imponible del denominado impuesto del 1x1000, para lo cual podrán requerir toda aquella información vinculada directamente con los *instrumentos de pago emitidos a contratistas* (contratistas en el sentido amplio a que hace referencia la propia Ordenanza).

Por otra parte, es necesario señalar el alcance de la “investigación fiscal”, pues el **control de la Administración Tributaria** y el **Control que realizan los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal** (al cual se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵) son de naturaleza diferente, en virtud de que la Administración Tributaria -como administración activa- le corresponde velar por el cumplimiento de la obligación tributaria y de sus deberes formales por parte del contribuyente y sujetos responsables, para lo cual tiene amplias facultades de fiscalización e investigación de todo lo relativo a la aplicación de las ordenanzas tributarias. Por su parte, las actividades de control que realizan los órganos

4 Cabe mencionar que la última providencia comentada revoca expresamente todas aquellas providencias administrativas dictadas por la Administración tributaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas mediante las cuales los entes u órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas hubieren sido designados como agentes de retención del impuesto del 1x100 contenido en el artículo 9 de la ordenanza *ejusdem*.

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

de Control Fiscal se orientan a verificar la legalidad, exactitud y sinceridad, así como eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones de los órganos o entes sujetos a su control, para lo cual podrán practicar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y naturaleza dentro de su ámbito de competencia.

Memorándum N° 04-00-163 del 17 de abril de 2006.

DERECHO TRIBUTARIO: Aplicación del impuesto del 1x1000 por la Alcaldía Metropolitana de Caracas.

Es procedente la designación por parte de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas de un órgano o ente del sector Público como agente de retención del impuesto del 1x1000 así como para ejercer desplegar todas aquellas actividades fiscalizadoras para determinar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos.

Memorándum N° 04-00-153 del 11 de abril de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la posibilidad que la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, designe como agente de retención del impuesto del 1x100 a este Organismo Contralor y puede efectuar investigaciones fiscales para verificar el cumplimiento de esta obligación.

El ramo de timbre fiscal antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹ estaba regulado por la Ley de Timbre Fiscal², reformada por el Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal³, en virtud de la competencia exclusiva que asignaba la Constitución del 1961 al Poder Nacional sobre la organización, recaudación, control y administración de dicho impuesto.

Fue la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el numeral 7 del artículo 164 quien asigna de manera exclusiva a los Estados la competencia relativa a la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas, estableciendo en su disposición transitoria Decimotercera que hasta tanto los Estados asumieran por ley estatal las competencias referidas a dicho numeral se mantendría el régimen vigente.

De manera que de las disposiciones anteriormente citadas se desprende que la transferencia del ramo de timbre fiscal del Poder Nacional hacia el Poder Estatal, se haría efectiva cuando los Estados asumiesen

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° 4.727 Extraordinario del 27 de mayo de 1994.

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

tal materia por una Ley Estatal.

Por su parte la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas⁴ en el artículo 24 otorga a dicha entidad la facultad de crear sus propios ingresos de naturaleza tributaria conforme a la ley, y en particular crear los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República (como es el caso del ramo de timbre fiscal), así como los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que sean asignados por Ley Nacional⁵.

En aplicación de la norma antes referida, el Distrito Metropolitano de Caracas dictó la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas del año 2000⁶, derogada por la “*Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*” del 2003⁷ la cual establece en su artículo 9 el impuesto del 1x1000.

El artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas dispone lo siguiente:

“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 u 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.

...Omissis...”

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.906 del 8 de marzo de 2000.

5 Vale decir que el Tribunal Supremo de Justicia en varias oportunidades ha emitido decisiones que se relacionan directamente con el punto bajo análisis, entre ellos tenemos la sentencia N° 1563 de la Sala Constitucional del 13 de diciembre de 2000, en la cual conoció el recurso de interpretación de la “la Ley 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, precisando la naturaleza de la Entidad y la de su Ley, así como las Competencia del Distrito Metropolitano de Caracas.

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

7 Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0015 Extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2003.

Del artículo antes transcrito se evidencia la creación por parte del Distrito Metropolitano de Caracas de un impuesto denominado del 1x1000, cuyo hecho imponible es la emisión de órdenes de pago, cheques, transferencias o cualesquiera otros medios de pago cuyos montos sean iguales o superiores a 50 Unidades Tributarias por parte de entes u órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal. Estableciendo como sujeto pasivo en calidad de contribuyente al contratista⁸ en cuyo favor se emitan instrumentos referidos a anticipos, pagos parciales o pagos totales derivados de contratos de ejecución de obras, de prestación de servicios o de adquisición de bienes o suministros. Señalando además, un elemento territorial, que circunscribe los pagos *-supra mencionados-* que efectúen los entes u órganos del sector público (nacional, estatal, distrital y municipal) ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas.

El artículo en comentario debe analizarse en forma conjunta con el artículo 18 de dicha Ordenanza, que prevé los medios de recaudación del tributo, cuyo numeral 3 precisa que el impuesto del 1x1000 indicado en el artículo 9 será recaudado mediante el pago de los montos correspondientes en las cuentas receptoras de fondos metropolitanos por parte de los contratistas, haciendo uso de las planillas de pago u otros medios similares que a tales efectos autorice la Administración Tributaria; Además de esta modalidad directa de recaudación el único aparte del numeral citado faculta a la Administración Tributaria para implementar el mecanismo de retención en la fuente por parte de los entes u órganos públicos que emitan los instrumentos de pago, previa su designación como agentes de retención.

En este sentido, es importante puntualizar que de acuerdo al principio de la *Legalidad Tributaria* los sujetos pasivos deben estar expresamente contenidos en la ley, entendido estos como el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, ya sea en carácter de contribuyente o responsable. Así mismo el agente de retención como responsable directo, tiene que estar designado mediante Ley o por la Administración Tributaria previa autorización legal.

⁸ Definido en la propia ordenanza en sentido amplio, como “toda persona natural o jurídica que ejecuta una obra, suministra bienes o presta un servicio no profesional ni laboral para alguno de los entes señalados en este artículo, en virtud de un contrato, sin que medie relación de dependencia”.

En armonía con tal principio y en ejecución de la facultad prevista en el aparte único del numeral 3 del artículo 18 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, el Servicio Metropolitano de Administración Tributaria (SERMAT) dicta la Providencia Administrativa N° DRTI-2004-0018 de fecha 5 de marzo de 2004 en la cual designó como agente de retención a la Contraloría General de la República, y posteriormente dicta una nueva Providencia Administrativa identificada con el N° DRTI-2004⁹ en la cual designa como agentes de retención del impuesto del 1x1000 consagrado en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas a todos los entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción territorial de este Distrito, precisando lo que debe entenderse por “entes y órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal” entre los cuales menciona a los entes y órganos del Poder Ciudadano, en el cual ineludiblemente se encuentra este Organismo Contralor¹⁰.

Dentro del contexto normativo citado la Designación de la Contraloría General de la República como agente de retención del impuesto del 1x1000 previsto en el artículo 9 de la Ordenanza *ejusdem* es perfectamente válida por cuanto la Administración Tributaria Distrital está plenamente autorizada por el único aparte del numeral 3 del artículo 18 de la Ordenanza en comento para implementar el mecanismo de retención en la fuente de dicho tributo, y en consecuencia designar como agentes de retención a los entes u organismos públicos que se encuentren en su territorio.

Precisado lo anterior resta referirnos a la Competencia de la Administración Tributaria Metropolitana para realizar una investigación fiscal, así como la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la retención del impuesto del 1x1000 contenido en el artículo 9 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas.

9 Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas N° 0021 Extraordinario del 13 de noviembre de 2004.

10 Cabe mencionar que la última providencia comentada revoca expresamente todas aquellas providencias administrativas dictadas por la Administración tributaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas mediante las cuales los entes u órganos del sector público nacional, estatal, distrital y municipal ubicados en la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas hubieren sido designados como agentes de retención del impuesto del 1x100 contenido en el artículo 9 de la ordenanza *ejusdem*.

Al respecto es necesario precisar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela distribuyó la Potestad Tributaria entre el Poder Nacional, Estatal y Municipal, especificando las competencias tributarias asignadas a cada uno de estos órganos, las cuales ejercerán dentro del marco de la autonomía que el mismo texto les otorga.

En este sentido, el Distrito Metropolitano mediante ordenanzas y en ejercicio de su Poder Tributario reguló los ingresos que por concepto de tributos les esta permitido crear, -punto que se ha debatido judicialmente, con sentencias favorables del Tribunal Supremo de justicia que les permiten ejercer tal competencia-.

Así pues conforme a la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde a ese Distrito la recaudación, administración, **inspección, fiscalización y control** de los ingresos que constituyan los ramos de timbre fiscal pertenecientes a su Distrito, y tiene como órgano competente para ello al Servicio Metropolitano de Administración Tributaria (SERMAT). Por tanto no cabe duda que en ejercicio de tal facultad puede la Administración Tributaria Distrital desplegar todas aquellas actividades fiscalizadoras para determinar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos –sea en calidad de contribuyentes o responsables-, específicamente en el particular que nos ocupa **para verificar el estricto cumplimiento por parte de la Contraloría General de la República de la retención del impuesto del 1x1000 que establece el artículo 9 de la ya tantas veces mencionada ordenanza.**

Sin embargo observa esta Dirección General respecto del acta de requerimiento, que la misma pudiese excederse en algunos aspectos, específicamente cuando solicita el estado de ejecución presupuestaria detallado por registro presupuestario de las partidas 4.01, y 4.07 ya que de acuerdo al clasificador de partidas la 4.01 esta referida a “Gastos de Personal” y la 4.07 a “Transferencias”, las cuales no constituyen egresos que supongan la verificación del hecho imponible del denominado impuesto del 1x1000; Cuando requiere un listado de todos los instrumentos de pagos emitidos -de determinados periodos-, pues lo más cónsono con la obligación tributaria a verificar es solicitar un listado de todos los instrumentos de pago emitidos a contratistas (contratistas en el sentido amplio a que hace referencia la propia Ordenanza); Asimismo se debe observar con cuidado el requerimiento del detalle y destino de

las cuentas Bancarias y Fideicomisos Utilizados por este Organismo Contralor y el acceso al sistema.

Finalmente en cuanto al alcance de la “investigación fiscal” es de suma importancia mencionar que el **control de la Administración Tributaria y el Control que realizan los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal** a los cuales se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹¹, son de naturaleza diferentes, pues a la Administración Tributaria -como administración activa- le corresponde velar por el cumplimiento de la obligación tributaria y de sus deberes formales por parte del contribuyente y sujetos responsables, para lo cual tiene amplias facultades de fiscalización e investigación de todo lo relativo a la aplicación de las ordenanzas tributarias. Por su parte, las actividades de control que realizan los órganos de Control Fiscal se orientan a verificar la legalidad, exactitud y sinceridad, así como eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones de los órganos o entes sujetos a su control, para lo cual podrán realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y naturaleza dentro de su ámbito de competencia.

Lo anteriormente permite concluir:

- 1.- Que la Designación de órgano o ente del sector Público como agente de retención del impuesto del 1x1000 previsto en el artículo 9 de la Ordenanza de timbre Fiscal es perfectamente válida por cuanto la Administración Tributaria Distrital está plenamente autorizada por el único aparte del numeral 3 del artículo 18 de la ordenanza en comento para implementar el mecanismo de retención en la fuente de dicho tributo, y en consecuencia designar como agentes de retención a los entes u organismos públicos que se encuentren en su territorio.
- 2.- Que la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas a través del Servicio Metropolitano de Administración Tributaria (SERMAT), en ejercicio de la facultad de recaudación, administración, **inspección, fiscalización y control** puede desplegar todas aquellas actividades fiscalizadoras para determinar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos –sea en calidad de contribuyentes o responsables-, específicamente en el particular que

11 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 en fecha 17 de diciembre de 2001

nos ocupa **para verificar el estricto cumplimiento por parte de la Contraloría General de la República de la retención del impuesto del 1x1000 que establece el artículo 9 de la ya tantas veces mencionada ordenanza.**

Memorándum N° 04-00-153 del 11 de abril de 2006.

DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES: Procedimiento que debe seguirse para la notificación cuando se tiene conocimiento que los presuntos involucrados se encuentran residenciados en el extranjero.

Agotados los mecanismos de que disponen los órganos de control fiscal, previstos en la normativa que rige los procedimientos administrativos a los fines de practicar la notificación y esta resulta impracticable, es precedente aplicar lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin que pueda considerarse tal procedimiento como violatorio al Debido Proceso o al Derecho a la Defensa.

Memorándum N° 04-00-179 del 30 de mayo de 2005.

Se solicita opinión con respecto al procedimiento que debe seguirse cuando como consecuencia del procedimiento de potestad investigativa o de determinación de responsabilidades, se comprueba que los presuntos involucrados en los hechos irregulares se encuentran residenciados fuera del país.

Para el régimen de las notificaciones en sede administrativa, aplicado a la esfera de competencia de los órganos de control fiscal, es oportuno indicar que La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, en su artículo 120, **hace una remisión expresa a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**².

En ese sentido, con respecto a los **actos administrativos de carácter particular**, naturaleza de todos los actos administrativos que emanan de los órganos de control fiscal (internos y externos) **en el ejercicio de las potestades sancionatorias** dentro del ámbito de sus competencias, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en su artículo 73, que debe notificarse a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Asimismo, el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos

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

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinaria del 1° de julio de 1981.

Administrativos señala que la notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como del nombre y Cédula de Identidad de la **persona que la reciba**, lo cual se conoce en la doctrina como “notificación domiciliaria o personal”, sin embargo, cabe destacar que a los efectos de esta notificación no se requiere que la reciba personalmente el interesado, para que produzca su **eficacia jurídica**, solo basta que sea entregada en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y la persona que la reciba deje constancia de su identificación, la cual puede ser o no pariente del involucrado, **siempre que sea mayor de edad**.

En relación a la Notificación, la doctrina ha señalado que “*el principio general es que la eficacia quedará supeditada a su publicidad: **notificación si se trata de un acto de efectos particulares**, y si se trata de un acto de efectos generales, a su publicación, y en ambos casos, demorada (sic) cuando así lo determine el contenido del acto administrativo respectivo.*”

(Omissis)

*De lo expuesto se desprende la naturaleza de la notificación: “(...) ésta no es un elemento que forma parte del acto, sino que lo sigue; es ulterior a su perfección. Es, pues, un acto nuevo, independiente, es otro acto (...). Es así que la notificación administrativa, como acto preceptivo, constituye una técnica instrumental de publicidad (género), por la que una Administración Pública comunica a una persona física o jurídica, nominativamente determinada, el contenido de un acto administrativo que le afecta, y de cuya recepción por el destinatario **o por un tercero legalmente subrogado a estos efectos**, debe quedar constancia en el expediente (GONZALEZ NAVARRO). (Negrillas nuestras)*

De ahí que deba distinguirse la notificación de la expresión “comunicación al interesado”, hasta el punto de que puedan distinguirse las siguientes formas de comunicación al interesado:

*En primer lugar, la notificación “domiciliaria” (art. 73, LOPA). En segundo lugar, la publicación subsidiaria o “por la prensa”: no es una notificación sino una sucedánea de la misma (art. 76, LOPA). **En tal caso resulta imposible la notificación, porque los interesados son des-***

conocidos o se ignora su domicilio o residencia. (...) Y, por último, la publicación no sustitutiva, incluyendo en este grupo la publicación de actos con destinatario general e indeterminado, sean o no normativos, y también la de actos no normativos con destinatario determinado, en aquellos casos en que se ordena la publicación, además de la notificación (art. 72, LOPA).³ (Cursivas y Destacado nuestro)

En este orden, cuando resulte **impracticable** la referida notificación, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone, que se procederá a la publicación del acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede y, en este caso, **se entenderá notificado el interesado quince (15) días siguientes a la publicación.** Si en la entidad territorial de que se trate, no existe prensa diaria, la publicación debe hacerse en un diario de gran circulación de la capital de la República.

Es preciso señalar que en los términos antes indicados, se encuentra regulada la notificación de los actos administrativos de efectos particulares en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo cual resulta evidente que no existe disposición expresa sobre los casos de notificaciones a personas que se encuentren fuera del territorio nacional, tal como sería en el caso en concreto, cuando se tiene conocimiento de que uno o algunos de los presuntos involucrados en los hechos que constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa contenidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se encuentran residenciados en el exterior.

Así pues, es menester tomar en consideración que la notificación tiene la finalidad de poner en conocimiento a un interesado sobre un acto administrativo que afecta sus derechos o intereses legítimos, personales y directos, a tal efecto la doctrina señala que la notificación es “*la acción y efecto de hacer saber, a un litigante o persona interesada en un juicio, cualquiera sea su índole, o a sus representantes y defensores, una resolución judicial u otro acto del procedimiento*”⁴. (Cursivas nuestras)

Resulta evidente la diferencia sustancial con la citación, pues ésta

3 ARAUJO Juárez, José “Principios Generales de Derecho Administrativo Formal” Badell Hermanos Editores. 1.993. Págs. 245-246.

4 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo V. J-O Ediciones libra.

es “el llamamiento que se hace a cualquier persona, por mandato de un juez, sea o no parte en el juicio, para que concurra a un acto judicial⁵”, por ello no es posible asemejarlas, en tanto la naturaleza y las consecuencias de una y otra son distintas⁶ (Cursivas nuestras)

Ahora bien, el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela establece que cuando se compruebe que el demandado no está en la República se le **citará** en la persona de su apoderado si lo tuviere. En caso de no tenerlo o el que tenga se negare a representarlo, se convocará al demandado por Carteles, para que dentro de un término que no podrá ser menor de 30 ni mayor de 45 días, comparezca personalmente o por medio de apoderado. Dichos carteles deberán ser publicados una vez por semana durante treinta días continuos en 2 diarios de los de mayor circulación en la localidad, que indicará el Juez. Si pasado dicho término no comparece el **no presente**, ni ningún representante suyo, el Tribunal le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación.

Sobre el particular, cabe ratificar que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos rige los actos administrativos generales y particulares que emanan de la Administración Pública, así como los medios para hacerlos eficaces jurídicamente, dentro de los cuales está en el caso de los actos administrativos de efectos particulares, la Notificación, que en principio debe hacerse en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y sólo cuando ésta resulte impracticable, se deberá publicar el acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial en la cual la autoridad que lleva el caso tenga su sede y se tiene por notificado al interesado 15 días después de dicha publicación.

Como puede observarse, los términos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, aplicable **cuando resulte impracticable la notificación personal tanto del interesado como del demandado**, respectivamente, son totalmente diferentes, pues en la primera se tiene como notificado al interesado luego de haber transcurrido 15 días después de la publicación en la prensa del acto, mientras que en el segundo, se

5 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo II. C-CH. Ediciones Libra.

6 El artículo 184 del COPP, prevé en lo que se refiere a la Citación que si la orden no se obedece, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, la persona podrá ser conducida por la fuerza pública y pagar los gastos que ocasione, salvo justa causa.

prevé entre 30 y 45 días para que comparezca al Tribunal personalmente o por medio de apoderado, por lo que es evidente, que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece un término más expedito, a los fines de notificar el acto por ese medio, habida cuenta que la norma aplicable en los procesos administrativos es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por otra parte, se hace imperioso traer a colación el contenido del artículo 857 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, cuyo texto dispone que:

*“Las providencias de Tribunales extranjeros concernientes al examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y demás actos de mera instrucción que hayan de practicarse en la República, se ejecutarán con el simple decreto del Juez de Primera Instancia que tenga competencia en el lugar donde hayan de verificarse tales actos siempre que dichas providencias vengan con **rogatoria** de la autoridad que las haya librado y legalizadas por un funcionario diplomático o consular de la República, o por vía diplomática.*

Estas mismas disposiciones son aplicables a las citaciones que se hagan a personas residentes a la República para comparecer ante autoridades extranjeras, y a las notificaciones de actos procedentes de país extranjero.” (Cursivas y Destacado nuestro)

Del contenido de la citada disposición se desprende, que podrán practicarse notificaciones y citaciones mediante las rogatorias utilizando la vía consular o diplomática de la República, con ocasión de providencias expedidas por **tribunales nacionales**, es decir, que dicho mecanismo puede ser aplicado para realizar notificaciones a personas que se encuentren fuera del territorio nacional.

No obstante, cabe advertir que sobre la materia fue suscrita la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias en fecha 30 de enero de 1975, asumida por Venezuela en Ley Aprobatoria⁷ cuyo alcance está previsto en el su artículo 2, en los términos siguientes:

⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.033 del 3 de agosto de 1.984.

“La presente Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y *procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales* de uno de los Estados Partes en esta Convención, y que tengan por objeto:

- a) La realización de actos procesales de mero trámite, tales como **notificaciones**, citaciones o emplazamientos en el **extranjero**;
- b) La recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

En ese orden, el artículo 3 eiusdem, expresa que: “La presente Convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria referentes a actos procesales distintos de los mencionados en el artículo anterior; en especial no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.” (Cursivas y Destacado nuestro)

Como puede observarse, las disposiciones de la referida Ley Aprobatoria, rigen para los actos procesales llevados a cabo por los órganos jurisdiccionales en materia civil o comercial (mercantil de los Estados Partes y sólo pueden extenderse tales normativas a las materias criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias de objeto de **jurisdicción especial**, mediante declaraciones que deberá comunicar el gobierno venezolano a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, según lo expuesto en el artículo 16 de la Ley **in commento**.

Resulta claro, que las disposiciones contenidas en la Ley Aprobatoria no pueden aplicarse en los procedimientos llevados a cabo en sede administrativa, toda vez que no se encuentran contemplados en dicha norma, siendo de manera excepcional que el Estado Venezolano realice las declaraciones pertinentes, a los fines que se extiendan las disposiciones en ellas contenidas a otras materias de jurisdicción especial, en el entendido que la jurisdicción es “*el poder de que están investidos los jueces para administrar justicia, definición subjetiva, o bien como el conjunto de negocios o asuntos sometidos o encomendados a la autoridad judicial, definición objetiva.*”⁸ La jurisdicción “constituye un presupuesto

8 Ref. Ángel Francisco Brice. Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo V. J-O. Ediciones Libra.

procesal, o sea, una condición de legitimidad del proceso, ya que sin intervención del órgano jurisdiccional no hay proceso.”⁹

Así pues, queda de manifiesto que no existe una normativa que pueda aplicarse directamente para la tramitación de los exhortos o cartas rogatorias para practicar las notificaciones en el extranjero en razón de procedimientos iniciados en sede administrativa, así como tampoco puede sugerirse la aplicación por analogía de las disposiciones contenidas en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, toda vez que la misma establece expresamente las limitaciones de su alcance como un instrumento que fue suscrito mediante las relaciones a que se contrae el Derecho Internacional Público

En nuestro criterio debe aplicarse a tales fines, lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Notificación por Carteles), cuyo mecanismo se utiliza cuando resulta “**impracticable la notificación**” a los presuntos involucrados, sea porque la persona no pueda ser localizada en su domicilio o residencia o no hubiere alguna persona mayor de edad para recibirla, se desconozca su paradero, no tenga apoderado o bien se encuentre fuera de la República, sin que pueda considerarse tal procedimiento como violatorio al Debido Proceso o al Derecho a la Defensa, en tanto los Órganos de Control Fiscal (internos y externos) habrían agotado los mecanismos de que disponen previstos en la precitada Ley como norma que rige el procedimiento administrativo.

Memorándum N° 04-00-179 del 30 de mayo de 2005.

9 Ibid.

EMPRESAS DEL ESTADO

EMPRESAS DEL ESTADO: Posibilidad de que un empleado de una Empresa del Estado sea miembro de la Junta Directiva y perciba el pago de dieta por asistencia a las reuniones de la misma.

No se infringe el Principio de Segregación de Funciones previsto en las Normas Generales de Control Interno, dictadas por este Órgano Contralor, cuando los Vicepresidentes, Gerentes y/o Jefes de Unidades de la Empresa Mercados de Alimentos (MERCAL) ejecutan las decisiones adoptadas por mayoría en la Junta Directiva (órgano colegiado), podría sostenerse que existe una dualidad de funciones, toda vez que la Junta representa un órgano independiente y con funciones propias dentro de la Empresa, aún cuando alguno de sus miembros ejerzan otros cargos en la misma. El pago de dieta no es procedente cuando la asistencia a las reuniones de la Junta Directiva forman parte de las funciones inherentes al cargo que desempeñan

Memorándum N° 04-00-511 del 6 de septiembre de 2006.

La Empresa Mercados de Alimentos C.A., en lo sucesivo MERCAL, es una compañía anónima¹, cuyo capital social fue totalmente suscrito y pagado por la Corporación Venezolana Agraria (CVA), la cual aportó el cien por ciento del mismo, tal y como se expresa en las cláusulas primera y cuarta de sus Estatutos Sociales².

El objeto de MERCAL es fundamentalmente, la comercialización y el mercadeo al mayor y al detal de productos alimenticios de calidad y alto contenido nutricional, productos de limpieza y aseo personal, electrodomésticos, línea blanca, expendio de comida rápida, entre otros rubros, así como la distribución y colocación de los mismos en puntos estratégicos de venta, según lo establecido en la cláusula segunda de los referidos Estatutos.

Como puede observarse la naturaleza jurídica de MERCAL, es la de ser una Empresa Pública con forma de Derecho Privado, toda vez que fue constituida por un ente público (CVA) bajo la forma societaria, regida en su constitución por el derecho común, estando sus actividades reguladas tanto por el Derecho Público como por el Derecho Privado,

1 Inscrita en el Registro Mercantil Cuarto de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda en fecha 16 de abril de 2003.

2 Reforma mediante Asamblea General Extraordinaria de Accionistas N° 17, Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.166 del 14 de abril de 2005.

comprendida dentro de la estructura organizativa del Estado como un ente descentralizado del Ejecutivo Nacional, adscrita al Ministerio de Alimentación³.

Ahora bien, respecto a la posible concentración de funciones (aprobatoria y ejecutoria) en algunos miembros de la Junta Directiva de Mercal, que a su vez ostentan cargos de Vicepresidentes, Gerentes y/o Jefes de Unidades (empleados) de MERCAL, cabe indicar que la sociedad mercantil, a los fines de lograr la consecución de su fin social y por ende su -normal funcionamiento- actúa a través de órganos, sean éstos de representación (Presidente), a los cuales se les confía la ejecución de los negocios en curso; órganos de vigilancia (Administradores-Junta Directiva), los cuales aparecen como sobre ordenadores de los primeros para examinar su gestión; y órganos deliberantes (Asamblea de Accionistas), en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social, a la que están sometidos todos los demás órganos, los cuales dependen, en su nombramiento, actuación y revocación de éste órgano soberano en la vida interna de la sociedad⁴.

En efecto, de conformidad con los Estatutos de MERCAL, al Presidente se le confía entre otros deberes y atribuciones, la gestión diaria de los negocios e intereses de la sociedad, es su representante legal, preside la Junta Directiva de la Empresa quien ejecuta y hace cumplir las decisiones de la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva.

A la Junta Directiva, por su parte, le corresponde ejercer la Administración de la Empresa, con los más amplios poderes de dirección y administración, no reservados a la Asamblea, entre otras atribuciones le compete: elaborar y aprobar las políticas generales de operación, comercialización y administración de la Empresa, llevar la contabilidad de la sociedad, formar anualmente el balance general y el estado de ganancias y pérdidas, a los fines de la aprobación de la Asamblea.

Asimismo, la Asamblea de Accionistas, ejerce la suprema dirección de la Empresa, fija las políticas a seguirse y todo lo relacionado con las facultades de disposición de su activo social y tiene entre sus atribuciones: nombrar y remover al Presidente y demás miembros de la Junta

3 Según lo previsto en el Numeral 4 de la Disposición Vigecima Cuarta del Decreto Sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, N° 38.464 del 22 de Junio de 2006.

4 GARRIGUES, Joaquín. Obra: "Curso de Derecho Mercantil". Imprenta Aguirre. Tomo I. Madrid, 1976. p. 473.

Directiva, conocer y aprobar los estados financieros, examinar y aprobar el presupuesto de la Empresa para el ejercicio económico siguiente y reformar los estatutos.

Como puede observarse, cada uno de los principales órganos de MERCAL tiene sus propias atribuciones, que coordinadamente propenden al logro del fin social de la Empresa, vale decir, existen claras diferencias entre las funciones desarrolladas, puesto que mientras un órgano ejecuta la gestión diaria de la sociedad, otro aprueba las políticas generales de operación y finalmente, el otro, ejerce la suprema dirección de la Empresa.

Ahora bien, en el caso de los miembros de la Junta Directiva que a su vez ejercen cargos dentro de la Empresa, ejecutando las decisiones y políticas prescritas por la Junta Directiva, se aprecia, que cuando tales personas actúan como miembros de aquélla, toman las decisiones por mayoría de los presentes y son solidariamente responsables de las decisiones adoptadas, según lo dispuesto en la cláusula décima cuarta y décima octava de los Estatutos, es decir, que cuando los miembros de la Junta suscriben actos aprobatorios, no lo hacen de forma individual sino en conjunto, por órgano de la Junta Directiva. De allí que, mientras cumplen dichas funciones, no puede verse cada miembro de forma individualizada.

De manera, que si bien es cierto que tales personas en su condición de Vicepresidentes, Gerentes y/o Jefes de Unidades de MERCAL, ejecutan las decisiones adoptadas **por mayoría** por la Junta Directiva (órgano colegiado), mal podría sostenerse que existe una dualidad de funciones, en tanto la Junta representa un **órgano independiente y con funciones propias** dentro de la Empresa, aún cuando alguno de sus miembros ejerzan otros cargos en la misma, por lo que a nuestro juicio, no se infringe el **Principio de Segregación de Funciones**, previsto en el literal d) del artículo 8 de las Normas Generales de Control Interno⁵, dictadas por este Órgano Contralor.

Por otra parte y en relación al cobro de “dietas” por parte de los miembros de la Junta Directiva, tenemos que tal figura, es definida como un “Estipendio que se da a los que ejecutan alguna comisión por **cada día** que se dedican a ello⁶.”

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

6 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo III. D-E. Ediciones Libra 1994.

Al respecto, los Estatuto Sociales de MERCAL establecen que la Junta Directiva deberá reunirse ordinariamente **por lo menos una vez a la semana** y cuando lo decida el Presidente, no obstante dicho instrumento, no establece disposición alguna sobre el pago de dietas, por lo que se desconoce si existe un acto, mediante el cual se haya acordado el pago de tales estipendios y el monto correspondiente.

En este orden de razonamiento, es importante advertir para el caso del Presidente de MERCAL, que los Estatutos disponen que tiene el deber de **convocar y presidir la Junta Directiva siendo indispensable su presencia**, es decir, que asistir a la reuniones es parte de las funciones del Presidente las cuales suponemos, están debidamente remuneradas, siendo criterio de ésta Dirección General, que aún cuando la asistencia a la Junta sea de **carácter accidental**, mal podría el Presidente percibir ambas, es decir, la remuneración y dieta, toda vez que la asistencia es inherentes al ejercicio de sus funciones en la Empresa Pública. No obstante, en el caso de los demás miembros de la Junta Directiva, que ocupan cargos en la Empresa (Vicepresidentes, Gerentes y/o Jefes de Unidades), habría que determinar por cuanto los Estatutos no lo establecen si también tienen entre sus funciones la de asistir a las reuniones de la Junta, de no ser así, consideramos viable que además de su remuneración, perciban dietas por asistencia a las sesiones de la misma.

Memorándum N° 04-00-511 del 6 de septiembre de 2006.

ESTADOS Y MUNICIPIOS

ESTADOS Y MUNICIPIOS: Improcedencia de la creación de una Caja de Ahorro exclusiva para los Legisladores activos (principales y suplentes) del Consejo Legislativo de un Estado.

Los legisladores principales podrán adherirse de forma voluntaria a la Caja de Ahorros del personal administrativo, obrero y jubilado del Consejo Legislativo de un Estado, previa realización de los ajustes en los instrumentos que regulan internamente la organización y funcionamiento de dicha asociación, a los fines que estén expresamente incluidos entre los sujetos que figuran como asociados. Sin embargo los legisladores suplentes quedan excluidos de tal asociación dado el carácter temporal con que actúan pues estos asumen funciones legislativas únicamente cuando se produce la ausencia del principal.

Memorandum N° 04-00-281 del 29 de agosto de 2005.

Se solicita opinión con respecto a la posibilidad de que los legisladores principales y suplentes de un Estado, puedan crear una Caja de Ahorros exclusivamente para dichos funcionarios y que el referido órgano efectúe los aportes patronales correspondientes.

Analizada la solicitud es necesario señalar la naturaleza del cargo de los Legisladores de los Consejos Legislativos de los Estados.

Al respecto cabe indicar que de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados¹, los legisladores están a **dedicación exclusiva de sus labores legislativas**, en este sentido, no podrán aceptar cargos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no menoscaben el cumplimiento de los deberes inherentes a éste.

Por su parte, el artículo 11 *ejusdem*, señala que los legisladores son representantes del pueblo y de los Municipios.

Por ello se debe aseverar que los legisladores de los Estados son funcionarios públicos, pero no bajo la categoría clásica de funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción contenida en las leyes estatutarias, sino a una muy particular debido la forma de acceder al cargo, mediante elección popular. En efecto, los legisladores se deben al pueblo quienes los eligen para que les garanticen mediante una serie de actividades que deben cumplir, la participación de aquél en las decisiones que les

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

corresponde tomar, en ejercicio de sus funciones legislativas, en las cuales ha de prevalecer el interés de la colectividad por encima de cualesquiera otro, inclusive el particular.

Sin embargo, no puede desconocerse que existe una relación entre el Estado y los legisladores en el ejercicio de sus funciones, en el sentido de que mientras están en el ejercicio del cargo tienen derecho a percibir una remuneración dentro de los límites que fija la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios², prestaciones sociales, gozar de un sistema de previsión y protección social, obtener el beneficio de jubilación una vez cumplidos los extremos que establece la Ley Nacional que regula la materia, percibir bonos de fin de año y vacacional, los cuales están excluidos del límite de emolumentos a que se refiere la mencionada Ley, entre otros.

Por otra parte es importante hacer mención a los emolumentos que tienen derecho a percibir los integrantes de los cuerpos legislativos de los Estados. En tal sentido, la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios en su artículo 6, fija los límites máximos y mínimos que por concepto de emolumentos pueden devengar los legisladores, por lo que a tales efectos debe tomarse en consideración la definición de **emolumentos** contenida en el artículo 2 de la Ley *in commento*, según el cual dicho término comprende las remuneraciones, sueldos, bonos, dietas, primas y cualquier tipo de **ingresos mensuales percibidos por el funcionario de manera regular y permanente, en razón de las funciones públicas que desempeña**, con exclusión del bono de fin de año y el bono vacacional a los cuales tiene derecho.

Las consideraciones antes expuestas se hacían necesarias a los fines de determinar la procedencia o no de la creación de la Caja de Ahorro por parte de los Legisladores activos (principales y suplentes) de un Estado y en consecuencia que éste haga el aporte patronal a la referida asociación.

En este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 70, 118 y 308 prevé la creación de las asociaciones como las Cajas de Ahorro y el derecho que tienen los trabajadores en sentido genérico (públicos y privados) de desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, a fin de promover el ahorro y fortalecer

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

el desarrollo económico del país, es decir, que la Carta Fundamental no hace distinciones en torno al derecho expreso que tienen atribuido los trabajadores a constituir tales asociaciones, sin que sea posible hacer diferencias en este aspecto entre los trabajadores y los funcionarios públicos a que hacen referencia tanto la Ley Orgánica del Trabajo³ como la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴.

En ese orden de ideas la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro⁵, cuya finalidad es establecer mecanismos para **incentivar el ahorro** que propendan al mejoramiento de la economía familiar de sus asociados, establece la creación de Cajas de Ahorro como asociaciones civiles sin fines de lucro por parte de los entes u órganos y los trabajadores en beneficio exclusivo de estos, administrando e invirtiendo los aportes acordados por ambas partes. Así pues, la Ley *in commento* al referirse a los aportes señala en su artículo 64 que los aportes de los asociados consisten en un porcentaje de su sueldo o salario básico **mensual** que es deducido de la nómina de pago por el patrono, mediante convenio celebrado entre las partes, a los fines de ser entregados a la asociación dentro de los primeros cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe la deducción.

Ahora bien, en relación a las operaciones de las Cajas de Ahorro previstas en el artículo 42 de la Ley bajo análisis, se destacan la de conceder préstamos a los asociados con garantía hipotecaria, con garantía de haberes del asociado solicitante o de haberes disponibles de otros asociados hasta un máximo de tres.

Por lo antes expuesto se colige, que la creación de las asociaciones de Cajas de Ahorro es un derecho que en principio tienen todos los trabajadores sin distinciones de ninguna especie (públicos y privados), a los fines de mejorar su calidad de vida mediante el ahorro y contribuir al desarrollo nacional, los cuales pueden disponer de sus haberes según el procedimiento acordado por las partes y mediante los aportes previos de éstas a la asociación. De manera, que la disposición de los haberes propios o de terceros asociados **no puede confundirse con los ingresos que por concepto de remuneraciones perciben habitualmente los trabajadores.**

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 extraordinario del 19 de junio de 1997.

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

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.611 del 16 de enero de 2003.

Al respecto se debe afirmar, que los legisladores de los Estados, **en su condición de funcionarios públicos de elección popular**, tienen derecho de pertenecer si así lo desean a dichas asociaciones, puesto que uno de los principios que informan a las Cajas de Ahorro es **el libre acceso y la adhesión voluntaria**, sin que ello signifique bajo ninguna circunstancia que esto excede el límite fijado por la Ley en materia de remuneraciones, puesto que la naturaleza de ambas instituciones es completamente diferente, tal como se apuntó con anterioridad.

Sin embargo, resulta imperioso advertir que de existir en el Consejo Legislativo del Estado una asociación que cumpla tales fines, es decir, una Caja de Ahorros para el personal administrativo, obrero y jubilado del Consejo, mal podría crearse una asociación exclusiva para los legisladores de dicho órgano, en tanto no se garantizaría el *Principio de Igualdad* previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual todas las personas son iguales ante la Ley.

En tal sentido, de requerir los legisladores ejercer este derecho de asociación y dala la existencia de una Caja de Ahorro en el Estado, lo que resulta viable es que se adhieran a ésta de forma voluntaria, recomendándose que previamente se realicen los ajustes en los instrumentos que regulan internamente la organización y funcionamiento de la Asociación, a los fines que estén expresamente incluidos entre los sujetos que figuran como asociados.

Asimismo, es importante advertir que cuando se hace referencia a que en “principio” todo los trabajadores tienen derecho a desarrollar asociaciones de carácter social como las Cajas de Ahorro, debe tomarse en consideración que sólo podrán adherirse los **Legisladores Principales** quedando excluidos los Legisladores Suplentes, toda vez que estos asumen funciones legislativas únicamente cuando se produce la ausencia del principal a las sesiones tanto en el Consejo como en las comisiones hasta tanto se incorpore el principal, es decir, **de forma temporal**, y a los fines del normal funcionamiento de una Caja de Ahorros, se requiere el aporte de un porcentaje del sueldo o salario básico mensual que es deducido de la nómina de pago por el patrono, situación ésta que no es posible con el caso de los legisladores suplentes quienes no reciben de

forma permanente una remuneración mensual en virtud que la naturaleza de sus funciones ya que actúan sólo cuando se produce la ausencia del principal, **salvo que ésta sea definitiva**, la cual puede producirse por diversas razones, es decir, que el funcionario renuncie, fallezca, sea revocado mediante un referendo revocatorio, acepte un segundo destino público que produzca la pérdida de su investidura, pues la aceptación de éste último implica tácitamente la renuncia del primero exceptuando las actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales siempre que no supongan dedicación exclusiva, así como en el caso que haya sido responsable de la comisión de un hecho punible, caso en el cual el legislador suplente pasaría a ocupar el cargo de éste en su carácter de principal, teniendo derecho a percibir una remuneración mensual y por ende adherirse a la Caja de Ahorros del órgano legislativo.

Memorándum N° 04-00-281 del 29 de agosto de 2005.

ESTADOS Y MUNICIPIOS: Obligatoriedad de exigir fianza de anticipo cuando la contratación se efectúe entre órganos o entes del Estado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras del Estado Miranda el ente contratante está obligado a exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes (máxime si se otorgó el anticipo) aún cuando sea un organismo del sector público el obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato, pues la norma no establece distinciones, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-00-392 del 19 de julio de 2006.

Se somete a la consideración de esta Dirección la solicitud formulada por el Auditor Interno de un Instituto Autónomo de un Estado con respecto a si es necesario solicitar fianza cuando se adjudica la ejecución de una obra a un organismo del sector público al cual se le otorgó anticipo.

Analizado el asunto sometido a consulta esta Dirección observa lo siguiente:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ en su artículo 38 dispone lo siguiente:

“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:**

- 1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.*
- 2. Que exista disponibilidad presupuestaria.*
- 3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y**

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

suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.

4. *Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.*

5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables... (Destacado nuestro)

La disposición parcialmente transcrita determina claramente, los extremos que en ejercicio de control previo, deben verificar la Administración Activa antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, destacando, entre otros e de asegurarse que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para que el contratista responda por las obligaciones que asume y que se hubiere cumplido con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

La verificación de estos extremos corresponde a quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como a sus supervisores inmediatos en 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, quienes deben asegurarse sobre la conveniencia de llevar adelante operaciones relacionadas con la administración y uso del patrimonio público que les ha sido encomendado, con apego a los principios que rigen el actuar de la Administración, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², la Ley Orgánica de

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000. “**Artículo 141.** La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”

la Administración Pública³, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴ y la Ley Contra la Corrupción⁵.

De manera que si se consideran los distintos aspectos de obligatoria verificación por parte de los responsables del control interno, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen compromisos financieros, no cabe duda que se erige como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado⁶, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger patrimonialmente al Estado frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.

Estas garantías constituyen un mecanismo de protección de los intereses patrimoniales del Estado, que la sana lógica y prudencia administrativa aconsejan prever, toda vez que con la contratación administrativa las entidades buscan, entre otros objetivos, la satisfacción del interés público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. De allí que en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se haya incorporado como un requisito que debe ser verificado en ejercicio del control previo, la previsión de las

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001. **“Artículo 12.** La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica...”

4 Gaceta Oficial N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002. **“Artículo 33.** Además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos estarán obligados a:
(omissis)

Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración...”

5 Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003. Artículo 6. En la administración de los bienes y recursos públicos, los funcionarios y empleados públicos se regirán por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad. Artículo 7 Los funcionarios y empleados públicos deben administrar y custodiar el patrimonio público con decencia, decoro, probidad y honradez, de forma que la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que lo integran, se haga de la manera prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, y se alcancen las finalidades establecidas en las mismas con la mayor economía, eficacia y eficiencia. Artículo 17. Los funcionarios y empleados públicos deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines público.

6 El término Estado lo utilizamos en su acepción más amplia, de modo que abarque a todos los entes o personas jurídicas del sector público.

garantías necesarias que aseguren el cumplimiento de esos fines.

Efectivamente, las garantías tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que deben ser otorgadas por todo aquél que contrate con los órganos y entes del sector público para asegurar la ejecución oportuna y correcta de las obligaciones que asume y de esta manera se protege al patrimonio público ante el eventual incumplimiento de su obligación. Sin embargo, la previsión de garantías necesarias y suficientes que respondan de las obligaciones asumidas por quienes contraten con tales Instituciones y el grado de exigibilidad de ese y de los demás extremos legales a que se refiere el artículo 38 citado, dependerá de la naturaleza y modalidades del compromiso a adquirir⁷, de manera que si existen Leyes que dispensen la constitución de garantías en los supuestos de contrataciones por ellas reguladas, obviamente, el órgano o ente contratante no estaría obligado a exigir las.

Dentro de las garantías previstas en el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁸, en adelante, Ley de Licitaciones, se contempla la **garantía de sostenimiento de la oferta** (artículo 78 de la Ley) por medio de la cual el oferente se obliga a sostener y no retirar su oferta durante la tramitación del procedimiento licitatorio y que en caso de otorgársele la buena-pro, suscribirá el contrato y proveerá **la fianza de fiel cumplimiento**. Esta otra modalidad de fianza la constituye el contratista con el propósito de garantizar la buena ejecución de un contrato por parte del ejecutor de la obra o el suplidor de los bienes o servicios; a través de su constitución el contratista garantiza que va a cumplir su obligación frente al ente contratante en la forma estipulada en el contrato y en caso de no ejecutarse debidamente la obligación, el contratante exigirá por parte del ente emisor de la garantía, el pago de una indemnización.

7 En materia de contratos de servicios, es necesario determinar las condiciones bajo las cuales se ejecuta cada contrato en particular para determinar la procedencia de la fianza, la cual será necesaria en los casos en que el contratista haya recibido un anticipo, antes del cumplimiento de su obligación, así como en los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquéllos en los cuales la ejecución de la prestación se lleva a cabo en varios periodos de tiempo. Sin embargo, no sería necesaria en los contratos de tracto inmediato, esto es, aquéllos en los cuales la prestación se cumple en una sola unidad de tiempo, ni cuando se trata de contratos en masa, en los cuales el contratista no puede prever condiciones especiales para cada uno de los co-contratantes (por lo que debe prever cláusulas de adhesión para quienes quieran contratar con él, y no existe el riesgo de que el servicio se interrumpa, ni se otorga anticipo, aun cuando el servicio constituya un contrato de tracto sucesivo, ni cuando se trata de contratos gratuitos en los cuales una de las partes proporciona una ventaja a otra sin equivalente (artículo 1.135 del Código Civil) .

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

Por su parte, **la fianza de anticipo** le permite al ente contratante recuperar los montos que haya anticipado sobre un contrato de ejecución de obra, de suministro de bienes o prestación de servicios, y se extiende a los montos no reembolsados mediante la prestación de los servicios estipulados en el contrato, garantizando la devolución del anticipo recibido. En el caso específico de ejecución de obras está prevista en el artículo 53 del Decreto Nro 0061 del 04 de abril de 1997, relativo a las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras del Estado Miranda”⁹.

Dentro del contexto de los procedimientos licitatorios, la Ley de Licitaciones, exige la constitución de **la garantía de sostenimiento de la oferta y la fianza de fiel cumplimiento**, en los artículos siguientes:

“Artículo 47. Los pliegos de licitación deben contener, al menos, determinación clara y precisa de:

(Omissis)

*15. Condiciones y requisitos de **las garantías que se exigirán con ocasión del contrato.***

Artículo 78.** Los oferentes deben obligarse a sostener sus ofertas durante el plazo indicado en los pliegos. Deben presentar además, junto con sus ofertas, caución o garantía por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar que no se retirará la oferta durante su vigencia, y **que se celebrará el contrato y otorgará la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo establecido en los pliegos, en caso de que se le otorgue la buena pro.

***Artículo 82.** Una vez concluido los actos de recepción y apertura de las ofertas, la Comisión de Licitaciones debe examinarlas, determinando entre otros aspectos, si éstas han sido debidamente firmadas, **están acompañadas de las garantías exigidas** y cumplen los requisitos especificados en los pliegos de licitación. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado*

***Artículo 86.** Los oferentes que hubieren merecido la*

⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria del Estado Miranda del 4 de abril de 1997.

*segunda y tercera opción tienen, en este mismo orden, el derecho a que les sea otorgada la buena pro, en caso de que el participante adjudicatario no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, **no suministre la fianza de fiel cumplimiento** o le sea anulada la buena pro, por haber suministrado información falsa.*

Artículo 116. *Cuando el infractor del presente Decreto Ley fuese una persona jurídica, se le suspende del Registro Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por los siguientes lapsos:*

(Omissis)

*2. De dos (2) a tres (3) años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la buena pro no suscriban el contrato o **no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato**, dentro del plazo establecido en los pliegos.” (Destacado nuestro)*

Estas disposiciones son de obligatorio cumplimiento al momento de interpretar el contenido del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual aparte de exigir la verificación de que se hayan constituido las garantías necesarias alude, además, a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Licitaciones. Ello es así, porque la Administración al momento de realizar su actividad contractual está sujeta a la ejecución de procedimientos licitatorios regulados normativamente por un conjunto de disposiciones que la obligan a que la selección del contratista, deba regirse por los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones, como una exigencia de funcionamiento para cualquier organización del sector público a objeto de facilitar el control interno de las actuaciones y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, exigible por estar ésta vinculada a la satisfacción de intereses públicos.

De manera que la aplicación de procedimientos licitatorios en materia de contratación pública constituye la regla general, sin embargo, observamos que en la consulta se alude a la adjudicación de una obra a un organismo del sector público, en consecuencia, resulta aplicable lo

dispuesto en el artículo 87 numeral 3 de la Ley de Licitaciones, conforme al cual cuando la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público se puede proceder por adjudicación directa.

Precisamente, en el supuesto citado, al permitirse la adjudicación directa no resultan de obligatoria aplicación las disposiciones de la Ley de Licitaciones precedentemente transcritas, referidas a la constitución de la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo en los procedimientos de licitación general y selectiva, sino lo dispuesto en el artículo 89 de la citada Ley, el cual dispone que *“Los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, en atención a las características propias de cada contratación, deben hacerse de conformidad con el Reglamento de la presente Ley.”*¹⁰

Al efecto, el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones en el TÍTULO II, DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA, Capítulo I, De los Procedimientos para la Adjudicación Directa, contempla mecanismos como el concurso privado y la consulta de precios como procedimientos para la adjudicación directa los cuales deberá seguir el ente adjudicatario.¹¹ De manera que, contrario a lo expresado en el proyecto de oficio de respuesta, existen una serie de trámites administrativos previos a la adjudicación directa del contrato, sin embargo, ninguno relativo a las garantías señaladas.

10 En ese sentido, cabe destacar que el artículo 89 de la Ley de Licitaciones delegaba en el Reglamentista el establecimiento de los procedimientos aplicables a las adjudicaciones directas, sin embargo el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones a que alude esa norma excedió el señalado propósito y extendió su objeto al desarrollar las normas de la Ley de Licitaciones que regulan el Registro Nacional de Contratistas y la inscripción en el mismo, los Registros Auxiliares de Contratistas, las Comisiones de Licitación, la adjudicación directa de contratistas y la suspensión y reposición del procedimiento licitatorio.

11 **“Artículo 28.** Para proceder por Adjudicación Directa, en atención a lo establecido en los artículos 87 y 88 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, los Entes adjudicatarios podrán optar por los siguientes mecanismos: 1. Concurso privado; 2. Consulta de precios. **Artículo 29.** Siempre que ello sea posible, en las adjudicaciones directas, el ente contratante procederá atendiendo como orden de prelación, los mecanismos enunciados en el artículo anterior. Por acto motivado de la unidad que se encargue de efectuar las compras o contratación, justificará la selección del oferente adjudicatario y las razones que imposibiliten el uso de los mecanismos descartados, si fuere el caso. **Artículo 30.** En el concurso privado, el Ente Contratante solicitará ofertas a por al menos tres (3) empresas, en sobres cerrados. La selección se hará tomando en cuenta el cumplimiento de criterios contenidos en los requerimientos. Artículo 31. En la Consulta de precios, el Ente Contratante obtendrá cotizaciones de al menos tres (3) empresas, que considerará para la adjudicación del contrato. **Artículo 32.** En las adjudicaciones directas, el ente contratante deberá notificar al adjudicatario el acto por el que se le adjudique el contrato, con indicación expresa de la causal de adjudicación directa utilizada, los hechos que la fundamentan.”

Aunado a esto, cabe destacar que el Reglamento en comentarios derogó expresamente el Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991¹² que reformó el Reglamento de la Ley de Licitaciones, en el cual se regulaba el procedimiento de licitación general y selectiva existiendo por tanto un vacío legal en cuanto a la regulación de dichos procedimientos, pero, además, con tal derogatoria quedaron sin efecto los artículos 79, 83 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1991, los cuales señalaban lo siguiente:

“Artículo 79.- *Los participantes deberán obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro. A tales efectos **deberán presentar junto con las ofertas, salvo aquellos interesados que formen parte del sector público,** caución o garantía suficiente por el monto fijado por el organismo o ente licitante, para asegurar la celebración del contrato en caso de otorgamiento de la buena pro.*

Artículo 83.- *La Comisión de Licitación declarará inadmisibles las ofertas que se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos:*

*1.- Las que no hubieren sido acompañadas de la caución o garantía a que se refiere el artículo 43 de la Ley, o cuando la caución acompañada fuere insuficiente o no cumpla con las condiciones establecidas en la publicación o invitación a que se refieren los artículos 75 y 76 de este Reglamento, **salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Licitaciones...**”.*

Artículo 89.- *En la misma notificación se dará al contratista beneficiario de la buena pro, un plazo no menor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación, para que presente las garantías establecidas en las condiciones de licitación, a satisfacción del ente licitante, sin lo cual no se otorgará el contrato. **Cuando el beneficio de la buena pro fuere un organismo de los señalados en el artículo 2 de la Ley, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto***

12 Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela, N° 34.628 del 17 de Octubre de 1991.

en este artículo". (Destacado nuestro)

Esta normativa constituía el fundamento jurídico al criterio sostenido por este Máximo Organismo de Control Fiscal, conforme al cual no era necesario constituir la fianza de sostenimiento de la oferta, la de fiel cumplimiento y anticipo, cuando la contratación era celebrada entre dos órganos o entes del sector público y uno de ellos era el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, en estos casos se sostuvo que el órgano o ente público (contratista) quedaba a salvo de presentar las garantías previstas en la Ley de licitaciones.

Ahora bien, no cabe duda que ante la derogatoria expresa del Reglamento citado, y en ausencia de un dispositivo normativo que permita eximir de la constitución de las garantías necesarias y suficientes a los fines de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el contratista en los contratos a suscribirse entre dos entes u organismos del sector público, resulta forzoso concluir que aún en este supuesto el ente contratante debe exigir las, pues de no hacerlo, incumpliría con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Es preciso recordar que en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el principio de legalidad en los términos siguientes: *“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*. En virtud de este principio, el Estado se vale del Derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos de manera que las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo, con las modalidades que le son asignadas. Así las cosas, los órganos y entes del sector público están forzados a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal.

En ese orden de razonamiento resulta de cardinal importancia lo dispuesto en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras del Estado Miranda”, normativa que contempla la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo específicamente para los contratos de obra celebrados por la Administración en los artículos 10, 11, 12 y 53 en los términos siguientes:

“Artículo 10. Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que asume según el contrato, el Contratista deberá constituir, antes de la suscripción del contrato, una fianza de fiel cumplimiento otorgada por un instituto bancario o una empresa de seguros, a satisfacción del Ente contratante, de acuerdo al texto elaborado por éste y hasta por la cantidad que se indique en el documento principal.

Dicha fianza deberá ser solidaria y constituida mediante documento autenticado o registrado y deberá incluir mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1.833, 1.834 y 1.836 del Código Civil.

Artículo 11.- A solicitud del Contratista, el Ente Contratante podrá acordar la sustitución de la Fianza de Fiel Cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada, hasta cubrir una cantidad igual al monto de la fianza.

Artículo 12.- *La fianza que se hubiere constituido de acuerdo con lo previsto en los artículos que anteceden, estará vigente durante todo el tiempo de ejecución de la obra y durante el lapso de garantía establecido en el documento principal y en el artículo 103 hasta que se efectúe la recepción definitiva de la obra ejecutada, conforme a lo previsto en los artículos 106 y 110 de este Decreto.*

Artículo 53.- *El Ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal.*

Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo

al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo. Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo...” (Destacado nuestro)

El ámbito de aplicación de la normativa citada se delimita en el artículo 1° el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1°. Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras a que se refiere este Decreto, **regirán con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebre el Estado Miranda a través de sus Direcciones, Institutos Autónomos, Fundaciones y otras empresas pertenecientes al Estado, o en las que el Poder Estatal tenga poder decisorio.**

Por acuerdo entre el Ente Contratante y el Contratista, en atención a la entidad o característica de la obra, se podrán establecer en los contratos condiciones especiales de contratación o **se podrá convenir en dejar de aplicar alguno o algunos de los artículos de este Decreto.”** (Destacado nuestro)

Cabe señalar que las referidas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras del Estado (...)” conforme lo prevé el artículo supra transcrito, rigen con carácter de obligatoriedad, para aquellos contratos que celebren los órganos y entes de ese Estado allí indicados, dentro de los cuales se encuentran **Institutos Autónomos**. Estas normas forman parte integrante de los contratos que suscriban tales órganos de la Administración Pública Estatal con el carácter de instrucciones administrativas **de obligatoria observancia.**

Si bien es cierto que en el citado artículo se establece la posibilidad de dejar de aplicar algunas de estas condiciones, previo acuerdo entre el ente contratante y el contratista, dicha posibilidad está restringida a que la condición sustitutiva que se pacte o acuerde sea *conforme a la Ley* y, específicamente en el caso de la **fianza de fiel cumplimiento**, prevista en la citada normativa, la sustitución quedaría limitada a lo previsto en su artículo 11, conforme al cual, el ente contratante podrá acordar

la sustitución de la fianza de fiel cumplimiento por una retención que se hará en cada una de las valuaciones de obra ejecutada.

Por su parte, conforme a la redacción del artículo 53 *ejusdem*, no cabe duda que para proceder a la entrega del anticipo (si su entrega se hubiere estipulado en el contrato) el contratista **deberá** presentar una **fianza de anticipo** por el monto establecido en el documento principal, de allí que la constitución de la fianza por tal concepto tiene carácter obligatorio y previo a la entrega del anticipo, pues sólo una vez que sea presentada y aceptada la fianza por el ente contratante, se entregará al contratista el monto correspondiente.

Sobre la base de lo expuesto, resulta concluyente que el Instituto Autónomo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras está obligado a exigir la constitución de las garantías necesarias y suficientes (máxime si se otorgó el anticipo) aún cuando sea un organismo del sector público el obligado directo a cumplir el compromiso objeto del contrato, pues la norma no establece distinciones, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-00-392 del 19 de julio de 2006.

ESTADOS Y MUNICIPIOS: Naturaleza jurídica que tenía el cargo de Contralor del Estado para el año 1999, a los fines de determinar si procede el recálculo de una pensión de jubilación.

El Contralor General de Estado, ocupa el nivel máximo dentro de la estructura de cargos de la Institución, este funcionario es la máxima autoridad jerárquica dentro de la Contraloría General del Estado, órgano por medio del cual la Asamblea Legislativa ejercía la suprema fiscalización, control y vigilancia de los ingresos, gastos y bienes estatales de su jurisdicción, así como de las operaciones relativas a los mismos. De manera que por la importancia de las funciones y el nivel de autoridad que ejerce dentro del órgano, con capacidad suficiente para decidir sobre sus resultados, podría calificarse su cargo como de alto nivel de similar jerarquía a los de libre nombramiento y remoción.

La restitución de la pensión de jubilación debe ser recalculada tomando como base el último sueldo devengado por el funcionario jubilado con el nuevo tiempo de servicio prestado, en consecuencia a los efectos del monto de la citada pensión debe considerarse el sueldo devengado por el jubilado en el cargo que dio lugar al reingreso.

Memorándum N° 04-00-632 del 30 de octubre de 2006.

Se somete a la consideración de esta Dirección la solicitud formulada por el Contralor Interventor de un Estado con relación a la naturaleza jurídica que para el año 1999, tenía el cargo de Contralor de Estado a los fines de determinar la procedencia de recálculo de la pensión de jubilación de un funcionario jubilado. del cargo de Sub-Contralor, en diciembre del año 1995, reingresó a dicho órgano en abril de 1999, mediante nombramiento efectuado por la Asamblea Legislativa desempeñando el cargo de Contralor General del Estado, del cual fue destituido en junio del año 2000, reactivándose el cobro de la pensión de jubilación que fue reajustada de acuerdo con el monto de la remuneración que percibía en dicho cargo. No obstante, por dictamen emanado de la Consultoría Jurídica de dicho órgano se reajustó la jubilación al sueldo devengado como Sub-Contralor, razón por la cual el prenombrado ciudadano solicitó la homologación de su pensión conforme al salario que percibe el Contralor de ese Estado.

Añade que el monto de la pensión debió recalcularse de acuerdo con el sueldo correspondiente al último cargo desempeñado y con el nuevo tiempo de servicio, no obstante, atendiendo a lo establecido en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley citada, el único supuesto permitido

legalmente para que los jubilados puedan reingresar a la Administración Pública, es que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción o de similar jerarquía, razón por la cual tiene la duda respecto a la calificación que para el año 1999 tenía el cargo de Contralor General del Estado, pues considera que no tiene las características propias de un cargo de libre nombramiento y remoción, ni de confianza.

Por su parte el proyecto de respuesta, luego de transcribir el contenido de los artículos 11 y 12 de la Ley del Estatuto sobre Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y 13 de su Reglamento, concluye que el referido ciudadano reingresó en un cargo de similar jerarquía a los previstos en los ordinales 1 y 2 del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, por tanto, la pensión de jubilación debe reajustarse con base al sueldo percibido como Contralor de Estado y considerando el nuevo tiempo de servicio prestado.

A juicio de esta Dirección, emitir una respuesta en los términos indicados, implica un pronunciamiento de fondo sobre la situación jurídica del ciudadano, respecto a si se le debe o no homologar su pensión de jubilación y sobre la base de qué sueldo debe hacerse el cálculo respectivo. En todo caso, consideramos que dicha decisión corresponde a las autoridades administrativas competentes dentro de la entidad territorial, en la oportunidad de resolver la solicitud formulada por el prenombrado ciudadano, pues como se señala en la comunicación que motiva la consulta, éste solicitó la homologación de su pensión conforme con el salario que percibe el Contralor de ese Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, se emite opinión sin carácter vinculante y a título de colaboración, en el entendido que, de su solicitud se inferirse que se encuentran involucrados intereses patrimoniales públicos con ocasión del gasto que generaría la modificación de la pensión sin que ello implique actuar dentro de los procesos internos de la Administración, en ese sentido indicamos lo siguiente:

El Contralor General del Estado en el año 1999, era designado por la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución del Estado¹ y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²,

1 Gaceta Oficial del Estado Miranda Número Extraordinario del 2 de abril de 1998.

2 Gaceta Oficial del Estado Miranda Número Extraordinario del 24 de abril de 1985.

y permanecía en el cargo por todo el período constitucional, salvo que la Asamblea Legislativa improbare su informe anual, en cuyo caso procedía su inmediata destitución. Para ser Contralor General del Estado se requería ser venezolano por nacimiento, mayor de edad, de estado seglar, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, así como no estar ligado por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el Gobernador, el Secretario General de Gobierno, los Directores, el Tesorero General del Estado, el Presidente de la Asamblea Legislativa y el Procurador General del Estado.

En ese tiempo, la Contraloría General de ese Estado, era un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, de los denominados “órganos con autonomía funcional” por lo que no podía enmarcarse dentro de la Administración Central y Descentralizada del Estado y, por ende su personal no se regía por lo dispuesto en la ley de Carrera Administrativa de dicha entidad **territorial**,³ ni por la Ley Nacional, instrumentos que contenían la clasificación de los cargos de carrera y de libre nombramiento y remoción, sino, por el reglamento que dictare el Contralor General del Estado en ejercicio de sus competencias, el cual debía determinar los funcionarios o empleados calificados como de alto nivel o de confianza y consecuentemente de libre nombramiento y remoción del Contralor⁴. Así, el Estatuto de Personal de la Contraloría General de ese Estado⁵ que regulaba las atribuciones del Contralor en materia de personal calificaba como tales a los Directores, Jefes de División, Coordinadores y Jefes de Seguridad.

En el presente caso, apreciamos que el cargo de Contralor General del Estado no encuadra dentro de los extremos que se exigen para los cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, pues su ingreso no se produjo mediante concurso y goza de una estabilidad relativa mientras dure el período para el cual fue elegido, ni es de libre nombramiento y remoción, ya que conforme a la Constitución, se provee por elección de los integrantes del Poder Legislativo Estadal, para un período constitucional determinado y su remoción sólo puede operar de

3 Conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Miranda un reglamento especial de personal regulará la materia, y se aplicará en cuanto fuere procedente la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento.

4 Artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Miranda.

5 Gaceta Oficial del Estado Miranda N° 2.183 del 31 de julio de 1993.

acuerdo con lo dispuesto en la propia Constitución y la Ley⁶.

A dicho cargo en materia de jubilaciones le era aplicable para el año 1999, el régimen jurídico que con relación al beneficio de jubilación regía en la entidad territorial, establecido en la Ley de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados al Servicio del Poder Público de ese Estado, cuyo artículo 2° disponía: “**Quedan amparados por los beneficios contemplados en esta Ley, las siguientes categorías de funcionarios:(...) 4.- El Contralor General del Estado, el Subcontralor, los Comisionados Jefes de Salas, los Fiscales y todo el personal auxiliar y subalterno...**”

En ese sentido, es oportuno indicar que la extinta Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades declaró la nulidad por inconstitucionalidad de aquellas leyes estatales que consagraban y regulaban el régimen de previsión y seguridad social de los funcionarios al servicio de entes descentralizados, por violar el principio de reserva legal, al no haber sido dictados por el Poder Legislativo Nacional. Criterio ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 359 del 11 de mayo de 2000, al declarar la nulidad de la Ley de Jubilaciones y Pensiones del Estado Lara de fecha 25 de marzo de 1997; y en sentencia N° 450 del 23 de mayo de 2000, declaró parcialmente con lugar la solicitud de nulidad ejercida en contra el numeral 2 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar, de fecha 23 de agosto de 1991⁷.

En igual sentido se pronunció al decidir el recurso de anulación

6 En el año 1999, la Asamblea Nacional Constituyente, le asignó al Contralor General de la República una competencia exclusiva y excluyente para intervenir a las Contralorías Estadales y Municipales, así como para designar con carácter provisional a los Contralores de los Estados y los Municipios que lo ameritaran en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público.

7 La sala sostuvo en esa oportunidad “...estima esta Sala que el texto de la norma impugnada, que establece que ‘(...) En dicho Estatuto se otorgarán a los funcionarios de la Contraloría, como mínimo, los derechos consagrados en la Ley de Carrera Administrativa y en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios’, permite un marco de actuación del Contralor que devendría en una usurpación de las funciones otorgadas, tanto por el Constituyente de 1961 como por el Constituyente de 1999, al Poder Legislativo Nacional, pues tal como lo señalan los accionantes en su escrito libelar, dentro de las competencias atribuidas a las Asambleas Legislativas estadales en el artículo 20 de la Constitución de 1961 en concordancia con el artículo 17 ejusdem, (artículos 162 y 164 respectivamente de la Constitución vigente), no se encuentra ninguna disposición que les permita crear normas que regulen la materia de jubilaciones y pensiones de los funcionarios de los Estados.”

interpuesto contra la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, en sentencia N° 1452, de fecha 3 de agosto de 2004, donde además de declarar la nulidad del instrumento citado por considerar que la competencia para legislar sobre el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcional, corresponde en exclusiva al Poder Nacional, EXHORTO a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales a derogar las normas sobre seguridad social que se hallaren vigentes en sus entidades y a no legislar en lo sucesivo en esa materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, a los fines de determinar las clases de cargos en las cuales podía reingresar un funcionario jubilado de la Contraloría Estadal, debemos atender a lo dispuesto en la Ley de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados al Servicio del Poder Público de ese Estado aplicada al caso de autos para otorgar la jubilación y para reajustar la pensión otorgada al referido ciudadano, considerando que los efectos del fallo citado rigen hacia el futuro y por tanto no afectan las jubilaciones otorgadas antes de la publicación de éste en la Gaceta Oficial.

La normativa en comentario no contiene disposición que regule el reingreso de funcionarios jubilados de ese Organismo, por ende, resulta aplicable lo dispuesto en la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, cuyo artículo 12 contiene una limitación a la posibilidad de reingreso de un jubilado al servicio de los órganos y entes citados en su artículo 2 (los Estados y sus organismos descentralizados), en los términos siguientes:

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

La norma transcrita si bien consagra una prohibición, también deja a salvo la posibilidad de que un jubilado reingrese a los organismos sometidos a su ámbito de aplicación en los cargos señalados en el **artículo 11** al cual remite, a saber:

“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.*** (Negrillas y subrayado nuestro)

Conforme con esta norma, los límites para el reingreso de un jubilado al servicio de alguno de los organismos señalados en su artículo 2 están circunscritos a que se realice en la categoría de cargos a que alude el artículo citado. En el caso que nos ocupa el reingreso a la Contraloría General de ese Estado estaría sujeto a que el cargo de Contralor General del Estado encuadre en alguna de las categorías de cargos indicados en la citada norma.

En ese sentido, consideramos que dicho cargo no se corresponde con alguno de los indicados en los numerales 1 y 2 del artículo 4⁸ de la Ley de Carrera Administrativa Nacional como refiere el artículo 11, Ley que por demás sólo rige a la Administración Pública Nacional, como lo señalamos supra, ni coincide con los calificados de libre nombramiento y remoción en la Ley de Carrera Administrativa de ese Estado, ley aplicable a dicho órgano sólo de manera supletoria en los términos previstos en el artículo 62 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Miranda.

Conforme con lo expuesto, por tratarse de un organismo no regido por la Ley de Carrera Administrativa, será la comparación de la jerarquía del cargo de Contralor General del Estado con los cargos de libre

⁸ Artículo 4. Se consideran funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes: 1. Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales. 2. Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, los Directores Generales, los Directores, Consultores Jurídicos y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales (...).

nombramiento y remoción indicados en los referidos numerales la que determinará la posibilidad del reingreso. Así, tenemos que el Contralor General de Estado, ocupa el nivel máximo dentro de la estructura de cargos de la Institución, este funcionario es la máxima autoridad jerárquica dentro de la Contraloría General del Estado, órgano por medio del cual la Asamblea Legislativa ejercía la suprema fiscalización, control y vigilancia de los ingresos, gastos y bienes estatales de su jurisdicción, así como de las operaciones relativas a los mismos. De manera que por la importancia de las funciones y el nivel de autoridad que ejerce dentro del órgano, con capacidad suficiente para decidir sobre sus resultados, podría calificarse su cargo como de alto nivel de similar jerarquía a los de libre nombramiento y remoción y por lo tanto era factible el reingreso en dicho cargo.

Ahora bien, en lo relativo al sueldo que debe considerarse al momento de proceder al recálculo de la pensión de jubilación al producirse el egreso definitivo del cargo, la Consultoría Jurídica de la Contraloría General del Estado Miranda,⁹ con fundamento en lo dispuesto en los artículos 13 segundo aparte y 16 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, - en adelante Reglamento de la Ley de Jubilaciones- opinó que el ajuste debe realizarse conforme al sueldo que devengue actualmente el Sub-Contralor del Estado.

Al respecto, cabe destacar que en dicho dictamen no se tomó en consideración lo previsto en la reforma del Reglamento de la Ley de Jubilaciones vigente¹⁰ realizada en enero del año 1999, cuyo objeto fue modificar el artículo 13, y que a raíz de esa reforma precisa con claridad la manera en que debe recalcularse la pensión de jubilación al producirse el egreso definitivo del cargo en el cual reingresó el jubilado, al establecer lo siguiente:

“Artículo 13: *El jubilado no podrá reingresar, a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, salvo de que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos*

9 Dictamen N° 046 de fecha 14 de agosto de 2000, remitido como anexo.

10 Última reforma mediante Decreto N° 3208 de fecha 7 de enero de 1999, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 del 11 de enero de 1999.

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, o en cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

El pago de la pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos a que se refiere el aparte único del artículo 11 de la Ley del Estatuto y mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en el artículo 2 del presente Reglamento.

El organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al organismo o ente que le otorgó la jubilación a los efectos de la suspensión del pago de la pensión.

Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo recibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado. (Negrillas y subrayado nuestro)

El citado artículo ha sido objeto de pronunciamientos por parte de las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 1022 de fecha 31 de julio de 2002, -cuyo criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en sentencia N° 165 del 2 de marzo de 2005, dispuso como una obligación para el órgano que otorga la jubilación a funcionarios que luego reingresan a la función pública, recalcular la pensión de jubilación según el último salario devengado, en los términos siguientes:

“(...) los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, serán los siguientes:

- (i) No podrán reingresar a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera;
- (ii) Podrán prestar servicios en entes públicos como contratados, en cargos públicos de libre nombramiento o remoción o cuya jerarquía sea equivalente, entre los

- que cuentan los de confianza; a cargos académicos, docentes, asistenciales o accidentales; y de elección popular;
- (iii) Cuando ingresen (...) deberán suspender el beneficio de pensión por jubilación (...);
- (iv) Al momento de cesar la prestación de servicios (...) **el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado** (...).
- (v) (...) este último beneficio, encuentra su justificación legislativa en el hecho cierto, **de que el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, pues, de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio - además de la vocación y la satisfacción personal por el trabajo -, no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado. Ambos beneficios sólo para el momento en que la jubilación sea reactivada**” (Negrillas y subrayado nuestro)

Sobre la base de lo expuesto, y apoyados en los criterios jurisprudenciales que sobre el contenido y alcance del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Jubilaciones expuso el Máximo Tribunal de la República citados precedentemente, consideramos que de la disposición reglamentaria citada se desprende de forma clara que la restitución de la pensión de jubilación debe ser recalculada tomando como base el último sueldo devengado por el funcionario jubilado y el nuevo tiempo de servicio prestado, en consecuencia, a los efectos del monto de la citada pensión debe considerarse el sueldo devengado por el jubilado en el cargo que dio lugar al reingreso.

Memorándum N° 04-00-632 del 30 de octubre de 2006.

FUNCIÓN PÚBLICA

FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad que los Alcaldes puedan percibir prestaciones sociales y el pago del bono vacacional.

Los Alcaldes en su condición de funcionarios públicos de elección popular, tienen derecho a percibir prestaciones sociales en la forma señalada por la Ley Orgánica del Trabajo, así como también al pago del bono vacacional, a que se refiere el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Memorándum N° 04-00-293 del 6 septiembre de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección relacionada con la posibilidad o no de que los Alcaldes perciban prestaciones sociales y bono vacacional de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con el propósito de determinar el carácter de funcionario público de los **Alcaldes o Alcaldesas**, traemos a colación la sentencia N° 00943 del 15 de mayo de 2001, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se hace referencia a los vocablos “Función Pública” y “Funcionario Público”, respectivamente, en los términos siguientes:

*“(...) con carácter general la **función pública** es toda la actividad destinada a realizar los intereses del colectivo. Lo cual es por antonomasia la ratio de la prestación del servicio público llevada a cabo por la Administración Pública. Esa función pública en específico está tanto delineada como regulada por el ordenamiento jurídico. Así, en particular ex lege y reglamentariamente se estatuye las competencias y atribuciones que los agentes públicos tienen, y así mismo, los fines que se persiguen con su ejercicio y sus límites, las cuales por principio, como se expresó, atienden a la realización del interés público, y en tal sentido, como es obvio, excluyen absolutamente propósitos quebrantadores de la Ley, o en general de los principios, derechos y garantías que soportan a un Estado de Derecho.” (Cursivas y Negrillas nuestras)*

*“(...) **el funcionario público** es quien cumple la función*

*pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la función pública, bien por **elección popular** o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este. Ahora, quien es funcionario público, per se tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa; por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario se puedan ejercer otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como aceptación de cargos de docencia, etc.). Pero ello no significa en modo alguno que siempre se esté ejerciendo dicho cargo, así, si bien siempre se tiene esa cualidad de funcionario (al menos mientras no haya operado una destitución, suspensión, renuncia, etc.), ello no significa que siempre se esté ejerciendo la función pública. **Para que esto último ocurra deben estarse efectuando los cometidos o funciones del servicio.** Por lo que cabe apuntar adicionalmente, que es perfectamente deslindable el hecho de que se estuviere dentro del horario o espacio de tiempo establecido para cumplir con la función pública o incluso que se esté aparentemente realizando ésta, del hecho cierto e inequívoco de que se está realizando dicha función, es decir, en los dos primeros supuestos señalados no puede entenderse que necesariamente se esté ejecutando el servicio” (Cursivas y Negrillas nuestras)*

Asimismo, resulta importante señalar la definición de Funcionario Público, contenida en la Enciclopedia Jurídica Opus¹, la cual es del tenor siguiente:

1 Tomo IV. F-I. Ediciones Libra.

*“En el Sistema Venezolano, **Funcionario Público** es la persona que ejerce una función pública, bien por nombramiento, **elección**, designación o cualquier otro acto del poder público a título gratuito u oneroso, voluntario u obligatorio y en forma parcial, total, temporal o permanente.*

***Por ende la calificación de funcionario va a depender de la calificación que se haga de que una función es pública o no.”** (Cursivas y Negritas nuestras)*

De lo antes citado se desprende, que funcionario público es aquella persona natural o física que desempeña una función pública, en tanto, ejecuta actividades destinadas a realizar los intereses del colectivo, quien accede al cargo mediante nombramiento de la autoridad competente o por **elección popular** de forma remunerada o gratuita con carácter permanente o temporal, cuya actuación opera en representación del órgano o ente al cual está adscrito.

Señalado lo anterior, cabe precisar la naturaleza del cargo de los Alcaldes o Alcaldesas, en tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el gobierno y la administración del Municipio corresponde al Alcalde, quien es también la primera autoridad civil, el cual es elegido por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan.

Asimismo, el artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal² prevé que la función ejecutiva es desarrollada por el Alcalde a quien le corresponde el gobierno y la administración del Municipio en concordancia con lo dispuesto en el artículo 84 ejusdem, según el cual el Alcalde se elige por votación universal, directa y secreta, quien es la primera autoridad civil y política en la jurisdicción municipal, jefe ejecutivo del Municipio, primera autoridad de la policía municipal y representante legal de la entidad municipal, señalando expresamente que tiene el carácter de **funcionario público**.

En ese mismo orden, es importante acotar que el artículo 80 de la citada Ley, señala claramente la dedicación exclusiva de los Alcaldes, estableciendo que la función que desempeñan es incompatible con

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 del 8 de junio del 2005.

cualquier otro destino público remunerado, salvo que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes, siempre que no menoscaben el ejercicio de sus funciones a los que se refiere el artículo 148 de de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con fundamento en lo antes expuesto se colige, que en efecto los Alcaldes **son funcionarios públicos, pero no bajo la categoría clásica de funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción contenida en las leyes estatutarias**, sino que pertenecen a una muy particular categoría por la forma de acceder al cargo, pues son de **elección popular** por el pueblo, quien los elige en cada entidad local por mayoría, tal como lo ha sostenido el Máximo Tribunal de la República y la doctrina administrativa.

En ese orden, resulta importante resaltar que los Alcaldes ejercen funciones públicas en interés del colectivo, en tanto les incumbe el **gobierno y la administración del Municipio** y entre otras funciones les corresponde la de presidir el Consejo Local de Planificación Pública, órgano encargado de organizar y llevar a cabo el proceso de planificación e instrumentación del desarrollo del Municipio, a los fines de jerarquizar las propuestas de las comunidades organizadas e incluirlas en el Plan Municipal de Desarrollo para ejecutarlas.

Ahora bien, es importante aclarar que ciertamente, los Alcaldes per se no están sujetos expresamente a las disposiciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública³, Ley Nacional a la que hacen referencia los artículos 144 y 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin embargo, en su condición de funcionarios de elección popular se regían por la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal⁴ y actualmente por la recién promulgada Ley Orgánica del Poder Público Municipal, por lo que, pese a que no fueron mencionados en la Ley del Estatuto de la Función Pública, ni en la Ley Orgánica del Trabajo⁵ como una categoría intermedia, no resulta posible desconocer la relación existente entre el Estado y los Alcaldes en el ejercicio de sus funciones y por ende la naturaleza del cargo que representan, así

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 del 8 de junio del 2005.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.109 Extraordinaria del 15 de junio de 1989.

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

como el régimen especial aplicable a los mismos en cuanto al gobierno y administración que ejercen sobre la entidad local y el régimen de emolumentos al cual están sometidos, en lo que se refiere al límite máximo y mínimo de remuneración que les corresponde percibir.

En ese sentido, la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios⁶, establece en su artículo 5 que la remuneración de los Alcaldes del Distrito Metropolitano de Caracas, Distrito Alto Apure, de los Distritos Metropolitanos y los Municipios, tendrá como límite máximo el equivalente a 12.14 salarios mínimos urbanos y como límite mínimo el equivalente a 8.59 salarios mínimos urbanos, remuneración que es fijada por el Alcalde en el presupuesto respectivo, que es sometido a consideración de la Cámara respectiva, con exclusión del bono de fin de año y el bono vacacional a los cuales tienen derecho todos los funcionarios públicos regulados por dicha Ley, toda vez que los límites antes mencionados se refieren a los emolumentos percibidos de forma **regular y permanente**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley *in commento*, lo cual no ocurre en el caso de los Concejales Municipales, quienes perciben remuneración a través de la figura de la Dieta, la cual se causa una vez que asisten a cada reunión o sesión del Concejo Municipal y/o Comisiones y no de forma permanente mediante el pago de nómina mensual.

Ahora bien, en cuanto al derecho que tienen los Alcaldes a percibir prestaciones sociales a que hace mención el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es importante advertir que el **parágrafo sexto** del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala expresamente que los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o **municipales** (mencionados sin distinción de categoría alguna), se rigen por lo dispuesto en el aludido artículo, en cuanto al derecho a percibir la prestación de antigüedad y su forma de cálculo, por lo que se infiere que los Alcaldes en su condición de funcionarios de elección popular, tienen derecho a percibir prestaciones sociales en la forma señalada por la Ley Orgánica del Trabajo, en el entendido que para el cálculo de las mismas, se tomará en consideración el **salario devengado en el mes al que corresponda** lo acreditado o depositado, según lo dispuesto en el parágrafo quinto del artículo 108 *ejusdem* y en

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

el caso de salario variable, la base para el cálculo será el promedio de lo devengado durante el año inmediatamente anterior, de conformidad con lo previsto en el segundo aparte del artículo 146 de la precitada Ley, para lo cual no es imprescindible estar sometido a un horario de trabajo determinado.

Ahora bien, en torno al disfrute de las vacaciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el último aparte del artículo 90, establece de forma genérica que todos los trabajadores tienen derecho a las **vacaciones remuneradas** en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas. Sin embargo, en este sentido, la Ley Orgánica del Trabajo no establece disposición aplicable de forma expresa a los funcionarios de la Administración Pública en sus tres niveles territoriales, a diferencia del caso de las prestaciones sociales.

No obstante, cabe indicar que la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece en su artículo 25 el derecho que tienen los funcionarios públicos al servicio de la **Administración Pública** a gozar de una vacación anual que varía según el tiempo de servicio, así como de una bonificación anual de 40 días, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 *ejusdem*, las normas que se refieran **en general a la Administración Pública** serán de obligatorio cumplimiento, tal como es el caso de lo previsto en el citado artículo 25, es posible aseverar que mediante la aplicación de dicha norma, los Alcaldes pueden materializar el goce de este derecho constitucional, toda vez que la Ley especial que rige las funciones de los mismos no establece previsión alguna sobre la materia.

Memorándum N° 04-00-293 del 6 septiembre de 2005.

FUNCIÓN PÚBLICA: El Régimen de Incompatibilidades previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes no le es aplicable a un Concejal suplente dado el carácter accidental con que actúa.

El concejal Suplente como su nombre lo indica, ejerce sus funciones de forma accidental y en ese particular no se configura la incompatibilidad a que alude la Constitución y las leyes, sin embargo ante el ejercicio simultáneo de otro cargo en la Contraloría Interna del mismo Municipio se produciría un conflicto de intereses, pues podría darse el caso que el órgano de control externo revise actos en los cuales dicho concejal haya participado en su aprobación

Memorándum N° 04-00-330 del 13 de octubre de 2005.

Se solicita opinión jurídica con respecto a la posibilidad que un concejal suplente pueda ejercer simultáneamente funciones en el órgano de Control Externo del mismo Municipio.

Analizada la situación planteada esta Dirección señala lo siguiente:

El artículo 75 de de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹ prevé que el **Poder Público Municipal** se ejerce a través de cuatro funciones, entre las cuales destaca la **función deliberante** que corresponde al Concejo Municipal, integrado por Concejales.

Por su parte, el artículo 79 *ejusdem* establece que la Ley Orgánica que rige la materia, es decir, la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios² prevé la modalidad y el límite de las remuneraciones que corresponde por el desempeño de la **función pública** del Alcalde, **los Concejales** y los miembros de las Juntas Parroquiales.

Asimismo, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece que está **expresamente prohibido para los Concejales**, intervenir en la resolución de asuntos municipales en que estén interesados personalmente o lo estén su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o empresas en

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 del 8 de junio de 2005.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

las cuales sean accionistas, celebrar contratos por sí o por interpuesta persona sobre bienes o rentas del municipio, o mancomunidades en que participe la entidad, salvo los contratos de servicios públicos de los cuales sean usuarios, así como **desempeñar otro cargo de cualquier naturaleza en la administración municipal o en institutos autónomos, fundaciones, empresas, asociaciones civiles y demás entidades descentralizadas del Municipio**. Respecto de esta última prohibición, cabe hacer especial referencia a lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece el principio general que nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, salvo los casos exceptuados: cargos académicos, accidentales (suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal), asistenciales o docentes que determine la Ley.

Ahora bien la Contraloría Municipal, debido a su autonomía no pertenece a la Administración central y descentralizada del Municipio respectivo, sin embargo como órgano de control fiscal externo realiza actividades de interés público, por lo que en nuestro criterio la prohibición debe interpretarse también con relación al referido órgano de control fiscal.

En ese mismo orden, es importante indicar que el artículo 92 de la referida Ley establece que la **función legislativa del Municipio**, corresponde al Concejo Municipal integrado por los Concejales, los cuales ejercerán el control político sobre los órganos ejecutivos del Poder Municipal.

En atención a lo antes expuesto, esta Dirección General considera que los concejales sí desempeñan funciones públicas, en tanto tienen la responsabilidad de ejercer la función deliberante del Municipio, mediante la cual se realizan actividades destinadas a favorecer los intereses del colectivo. En este sentido, están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades propias de quienes desempeñan tales funciones, consagradas constitucional y legalmente, por lo que no cabe duda que son funcionarios públicos de elección popular, aún cuando perciben remuneración a través de la figura de la Dieta, la cual se causa una vez que asisten a cada reunión o sesión del Concejo Municipal y/o Comisiones y no de forma permanente mediante

el pago de nómina mensual.

Ahora bien con relación a la posibilidad que un concejal suplente pueda ejercer simultáneamente funciones en el órgano de Control Externo del mismo Municipio, es importante resaltar que tal como fue expuesto con anterioridad, los concejales en su condición de funcionarios públicos, están sujetos a las prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio del cargo, dentro de las cuales se encuentra el desempeño de un cargo o destino público, salvo las excepciones antes aludidas. En ese sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública³, aun cuando sus disposiciones no son *per sé* aplicables a los concejales, salvo aquellas referidas a la **Administración Pública en General**, recoge en su artículo 35 el principio constitucional contenido en el artículo 148, haciendo especial aclaratoria que la aceptación de un segundo destino, que no sea de los expresamente exceptuados, implica la renuncia del primero, salvo que se trate de **suplentes** mientras no reemplacen definitivamente al principal. Así mismo el artículo 36 *eiusdem* determinó que el ejercicio de los cargos declarados por la Ley como compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste, lo cual se explica por el celo del legislador a que las funciones públicas sean desarrolladas de forma eficiente en pro de la colectividad y el desarrollo del país.

En ese orden de ideas la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia del 29 de abril del 2005, señaló lo siguiente:

(Omissis)

“Los legisladores estadales, al igual que los Diputados de la Asamblea Nacional y en general **todo funcionario público**, están sujetos en principio a la incompatibilidad para la aceptación o ejercicio de dos o más cargos públicos, salvo que se trate de alguna de las excepciones previstas constitucionalmente y siempre que el desempeño de las tareas simultáneas no vaya en desmedro de la función respectiva. En caso de que se acepte o ejerza un cargo

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

público que no encuadre en las excepciones, se entiende que el Legislador (como los Diputados) ha perdido su investidura”. (Negrillas nuestras).

En este sentido si bien la Sala Constitucional no hizo mención expresa a los Concejales no es posible desconocer que el principio general de incompatibilidad se aplica igualmente a los referidos funcionarios.

Ahora bien, en el caso los concejales suplentes es oportuno indicar que estos asumen funciones legislativas únicamente en ausencia del principal y hasta tanto éste se reincorpore, **salvo que ésta sea definitiva**, sin embargo, mientras realice la suplencia el referido concejal estaría ejerciendo funciones públicas y tendrá derecho a percibir Dieta y es responsable de los actos que de allí emanen, sin embargo por ser una función de tipo accidental o suplencia, no se configuraría la incompatibilidad a que alude la Carta Magna y la Ley.

No obstante cabe advertir, que al ejercer a su vez funciones en la Contraloría Municipal, se produciría un conflicto de intereses toda vez que uno de los principios que rige el Sistema Nacional de Control Fiscal, está referido a que las funciones de control deben ejercerse con total objetividad y carácter técnico; pudiéndose dar el caso que el Órgano de Control Externo tenga que revisar con posterioridad actos en los cuales dicho concejal haya participado en su aprobación como suplente, destacando que la esfera de cada una de dichas actividades son incompatibles entre sí, pues una pertenece a la esfera de la administración, aún cuando se trate del ejercicio de funciones legislativas y la otra a la esfera del control fiscal que se ejerce sobre aquella. Sin embargo, cabe agregar que si el concejal nunca se llega a incorporar al cargo de suplente mientras esté en ejercicio de las funciones de control, tal conflicto no se materializaría.

Memorándum N° 04-00-330 del 13 de octubre 2005.

FUNCIÓN PÚBLICA: Improcedencia de la retención por concepto de seguro social y paro forzoso a un funcionario que goce del beneficio de pensión de vejez.

No es razonable que se efectúen retenciones por concepto de Seguro Social Obligatorio y Paro Forzoso vía nómina, a funcionarios que presten servicios en un órgano o ente público cuando éstos gozan del beneficio de pensión de vejez otorgada por el Instituto Venezolano de Seguros Sociales toda vez que dichos aportes no cumplirían el fin social en beneficio de éstos.

Memorándum N° 04-00-399 del 12 de diciembre de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección sobre la procedencia o no de realizar la retención por concepto de Seguro Social y Paro Forzoso, por la vía de nómina al personal del Alto Nivel que presta servicios en una institución pública, que disfrutan de pensión de vejez otorgada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

La Seguridad Social desde un enfoque tradicional integra un conjunto de normas preventivas y de auxilio, a través del cual el Estado persigue garantizar un mínimo de protección a todos los miembros de la sociedad frente a contingencias previsibles a que se hayan expuestos, tales como, enfermedades, maternidad, vejez, invalidez, desempleo y muerte, entre otras, en tanto, dichas situaciones anulan la capacidad de ganancia de los individuos.

De acuerdo a la definición contenida en la Enciclopedia Jurídica Opus¹, la Seguridad Social es “*el conjunto de medidas adoptadas por la Sociedad, con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hayan expuestos.*”

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, expresa textualmente lo siguiente: “*Se garantiza para todos la seguridad social, la cual debe responder a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, **unicidad**, participación y eficiencia (...) todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad,*

1 Tomo VII. R-S. Ediciones Libra. Caracas- Venezuela, 1995.

la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la legitimidad jurídica para el funcionamiento de la sociedad democrática.” (Destacado nuestro).

Dentro de este contexto, el constituyente estableció en el artículo 80 de la Carta Magna, que el Estado garantizará a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, precisando **que estos tienen el derecho a un trabajo acorde con su capacidad y manifiesten su deseo de trabajar**. Asimismo, dispone que las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferior al salario mínimo urbano.

En ese orden, el artículo 86 *ejusdem* establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida del empleo, desempleo, vejez, viudez, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. Dicha normativa dispone, que el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad universal, integral, de financiamiento solidario, **unitario**, eficiente y participativo, de contribuciones directas e indirectas, indicando que dicho sistema sería regulado por una Ley especial.

En atención al mandato constitucional antes aludido, la Asamblea Nacional decretó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social², cuyas disposiciones son eminentemente programáticas y dispone que el nuevo Sistema de Seguridad Social estará integrado por tres Sistemas Prestacionales: salud, **previsión social** y vivienda y hábitat. Cada uno de los regímenes prestacionales que ésta Ley establece, deben ser desarrollados mediante una Ley especial.

Así y a los fines de garantizar a la sociedad venezolana seguridad jurídica en el marco normativo para el ejercicio de sus derechos, la Ley

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002.

Orgánica del Sistema de Seguridad Social establece en su artículo 130, que mientras dure la transición hacia la nueva institucionalidad del Sistema de Seguridad Social, **se mantiene vigente la Ley del Seguro Social**³, en cuanto sus disposiciones no contraríen las normas establecidas en dicha Ley y en las leyes de los regímenes prestacionales que sean progresivamente desarrollados.

Sentado lo anterior, conviene ahora realizar algunos señalamientos respecto a la procedencia o no de realizar la retención por concepto de Seguro Social y Paro Forzoso, por la vía de nómina al personal de Alto Nivel que presta servicios en el ente consultante, que ha venido disfrutando de pensión de vejez otorgada por el Instituto Venezolano de Seguros Sociales.

Al respecto, conviene traer a colación la definición de Pensión contenida en la Enciclopedia Jurídica Opus⁴, según la cual es una **“Retribución económica que se otorga a trabajadores o empleados públicos al retirarse de sus actividades productivas, bien por haberse cumplido determinado período de servicios o por padecer de alguna incapacidad permanente para el trabajo. Dícese del pago periódico de una cantidad de dinero efectivo que se hace a los beneficiarios o familiares de dichos trabajadores o empleados cuando estos fallecen y reúnen los requisitos fijados por la ley (...), por tenerse derecho a tales percepciones. También se dice de las cuotas asignadas por instituciones de seguridad social a los asegurados o a sus causahabientes cuando estos hayan llenado los requisitos establecidos para su disfrute.”** (Destacado nuestro).

La pensión en Venezuela tiene un fin eminentemente social, pues procura suministrar un medio mínimo de subsistencia necesario en caso de ocurrir las contingencias de desempleo, incapacidad para el trabajo, por vejez o invalidez, entre otras; lo que se busca es amparar a la familia como núcleo de la sociedad. La pensión no es una dádiva otorgada por el Estado o el patrono sino que es un derecho que adquiere el trabajador con las aportaciones que hace por determinado número de años de trabajo productivo o de manera autónoma cuando no está

3 Gaceta Oficial República de Venezuela N° 4.322 Extraordinario del 3 de octubre de 1991.

4 Tomo VI. P-Q. Ediciones Libra. Caracas-Venezuela, 1995.

supeditado a una relación laboral de dependencia.

Así, la **Pensión de Vejez** comprende una prestación dineraria de carácter vitalicia otorgada por el Estado, una vez cumplidos los requisitos de ley (edad y cotizaciones), hasta tanto el titular permanezca vivo. De acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, dicha prestación se regirá por la Ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, que será decretada por la Asamblea Nacional. De manera, que hasta tanto no sea promulgada la Ley *in commento*, la pensión de Vejez se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Seguro Social y su Reglamento⁵.

En este orden, la pensión de vejez pretende asegurar a su beneficiario una prestación dineraria mínima que le permita subsistir luego de alcanzada determinada edad y haber reunido las cotizaciones exigidas por la ley, requisitos indispensables para que sea procedente su disfrute, en tanto se entiende que luego de determinada edad la persona se ha retirado de las actividades productivas que desarrollaba de forma regular.

La autora Arminda Quintana Matos⁶, señala al respecto que “(...) ninguna disposición de la Ley del Seguro Social impide al pensionado continuar desarrollando una labor productiva mediante contrato o relación de trabajo. Es indudable que la pensión de vejez descansa en una presunción de que al llegar a los límites de edad indicados en la ley, el trabajador se encuentra incapacitado para el trabajo, pero se trata no de una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, ya que la edad cronológica no coincide necesariamente con la edad biológica por lo cual el asegurado considerado como legalmente viejo puede estar apto para trabajar.

La Ley venezolana no establece como condición para el disfrute de la pensión de vejez la cesación de la actividad laboral, y por otra parte, se reputa, por parte de los partidarios de la coexistencia de las percepciones que, la pensión de vejez es manifiestamente insuficiente ya que no alcanza a las cifras mínimas indicadas por los estudios actuariales para el mantenimiento de un nivel de vida decorosa”.

5 Gaceta Oficial República de Venezuela N° 4.570 Extraordinario del 30 de abril de 1993.

6 Texto: “La Carrera Administrativa”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981. p. 394.

Señalado lo anterior, surge la interrogante en torno a cuál sería la finalidad de la cotización en el caso de una persona que goza de una pensión de vejez y que a su vez percibe remuneración por encontrarse realizando actividades laborales, toda vez que ya se produjo la contingencia prevista en la Ley, a diferencia de lo que ocurre en el caso de un beneficiario que luego de obtener su pensión no se reincorpora al ámbito laboral.

La situación antes descrita fue prevista por el reglamentista en el artículo 163 del Reglamento General de la Ley de Seguro Social, según el cual *“El beneficiario de una pensión de vejez que tenga setecientas cincuenta (750) cotizaciones efectivas pagadas y **continuar cotizando tendrá derecho a que se le reajuste su pensión** de acuerdo con lo dispuesto en el aparte b. del artículo 16 de la Ley del Seguro Social cada vez que haya satisfecho cincuenta (50) nuevas cotizaciones efectivamente pagadas.”*

De lo antes citado se desprende, que un beneficiario que obtuvo su pensión de vejez, luego de tener la edad requerida y el mínimo de 750 cotizaciones, si continúa trabajando, cada vez que realice 50 nuevas cotizaciones, tiene derecho a que se le reajuste su pensión, incrementando en un 1%, el monto del porcentaje que se aplicó al salario de referencia. Sin embargo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, establece en su artículo 86 que el sistema de seguridad social es unitario, por lo que se infiere que la disposición contenida en el artículo 163 del Reglamento General antes mencionado, habría quedado sin efecto.

Ahora bien, el artículo 119 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social dispone dentro del **régimen de transición** hacia la nueva institucionalidad de seguridad social, que las personas beneficiarias de jubilaciones y **pensiones**, cualquiera sea su régimen, quedan exceptuadas de contribución o cotización alguna, **salvo que continúen desempeñando actividades remuneradas.**

Como puede observarse, el Legislador estableció de manera expresa la obligación - de forma transitoria - que tienen las personas beneficiarias de pensiones a contribuir a la seguridad social, en el caso de continuar desempeñando actividades remuneradas (públicas y privadas).

Al respecto cabe advertir, que en la actualidad el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales no está realizando el reajuste de la pensión de vejez a que se refiere el aludido Reglamento General, al efectuarse 50 nuevas cotizaciones. En este sentido en criterio de esta Dirección General no tendría sentido que tanto el patrono como el funcionario realicen los aportes por concepto de seguro social a dicho instituto, por cuanto los mismos no reportan ningún beneficio adicional para éste último, en tanto ya goza de una pensión vitalicia otorgada con anterioridad que cubre las necesidades básicas del titular y garantiza su salud. De manera, que la situación en contrario, origina una erogación por parte del Estado y una disminución del patrimonio del funcionario público que no se encuentra justificada desde el punto de vista social, aún cuando lo establezca una disposición transitoria de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Por lo antes expuesto y sin que ello implique un acto de coadministración, se considera que no sería razonable efectuar las retenciones a los funcionarios de (...) que ocupan cargos de Alto Nivel, beneficiarios de pensiones de vejez, toda vez que dichos aportes no cumplirían un fin social en beneficio de estos últimos, tomando en consideración que la Administración Pública se rige por el principio de economía, lo que involucra la utilización de los recursos con parámetros de racionalidad, tal como lo dispone el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁷.

Por otra parte, cabe hacer referencia a la institución de “**Paro Forzoso**”, actualmente contenida dentro del Régimen Prestacional de Empleo, denominada “Pérdida Involuntaria del Empleo”.

Sobre el particular, es importante hacer referencia que el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la “Norma Mínima de la Seguridad Social” ratificado por Venezuela en 1981⁸, establece en su artículo 20, sobre las Prestaciones de Desempleo que “La contingencia cubierta deberá comprender la **suspensión de ganancias** (...) ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté

⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

⁸ Gaceta Oficia de la República de Venezuela N° 2.850 del 27 de agosto de 1981.

disponible para el trabajo”. (Destacado nuestro).

De conformidad con el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, el Régimen Prestacional de Empleo tiene por objeto garantizar la atención integral a la fuerza de trabajo ante la **contingencia de la pérdida involuntaria del empleo y de desempleo, mediante prestaciones dinerarias** y no dinerarias y también a través de políticas, programas y servicios de intermediación, asesoría, información y orientación laboral y capacitación para la inserción al mercado de trabajo, señalando que dicho régimen sería regulado por una Ley especial.

Así, la Asamblea Nacional sancionó la Ley del Régimen Prestacional de Empleo⁹, la cual tiene entre sus objetivos asegurar al trabajador dependiente y cotizante al Régimen Prestacional de Empleo, una prestación dineraria, en caso de pérdida involuntaria del empleo o de finalización del contrato por tiempo u obra determinado.

Dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley antes mencionada, se encuentra la fuerza laboral activa del país, señalada en su artículo 4, dentro de los cuales se mencionan a los funcionarios públicos (*latu sensu*) con exclusión de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. Cabe destacar que la pérdida del empleo debe ser en forma involuntaria, es decir por causa no imputable al trabajador.

En ese orden, el numeral 1 del artículo 31 de la Ley *in commento*, dispone que el Régimen Prestacional de Empleo otorgará al **trabajador cesante**, una prestación dineraria Mensual hasta por 5 meses, equivalente al 60% del monto resultante de promediar el salario mensual utilizado para calcular las cotizaciones durante los últimos 12 meses de trabajo anteriores a la cesantía.

Para el autor Carlos Sainz Muñoz¹⁰, el Régimen Prestacional de Empleo “*tiene como objetivo garantizar la atención integral a lo que denomina la norma in comento la fuerza de trabajo ante los riesgos y contingencias de la pérdida del empleo bien sea involuntaria del mismo o por desempleo.*”

Como puede observarse, la garantía que el Estado otorga al tra-

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005.

10 Obra: “Nueva Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”. Editorial Cedil. p. 161.

bajador dependiente o no, en caso de ocurrir la contingencia de la pérdida involuntaria del empleo, está dirigida a garantizarle, entre otras cosas, una prestación dineraria a los fines de procurarle un mínimo de protección durante cierto tiempo, en el cual su capacidad ganancial queda nula, estando dicha persona apta para trabajar.

En este sentido y refiriéndonos al caso bajo análisis de los funcionarios “de alto nivel” del ente consultante que gozan de una pensión de vejez, resultaría incongruente los aportes al Régimen Prestacional de Empleo, aún cuando de manera formal pudieran estar dentro del ámbito subjetivo de la Ley que regula dicho régimen, en el entendido que los funcionarios antes aludidos, ya son beneficiarios de una protección vitalicia de la seguridad social como lo es la pensión de vejez, que se otorga precisamente por tener el número de cotizaciones y la edad prevista por el legislador **para el retiro de sus actividades productivas**, sin que ello impida que de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales puedan continuar realizando actividades laborales, toda vez que el trabajo es un derecho constitucional al cual tienen derecho todos los venezolanos, incluyendo a los ancianos, tal como fuera indicado inicialmente.

De manera, que siendo dos instituciones incompatibles entre sí, la pensión de vejez y la prestación dineraria por la pérdida involuntaria del empleo, denominada anteriormente “paro forzoso” dado **el bien jurídico tutelado** por el legislador, en razón de la naturaleza particular de cada una, esta Dirección General considera que no resultaría procedente la retención por concepto de pérdida involuntaria del empleo por la vía de nómina al personal que presta servicios en (...), que ha venido gozando de la pensión de vejez otorgada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Por otra parte, es imperioso hacer referencia al caso de los **funcionarios jubilados de la Administración Pública**, con el propósito de ahondar en el tema planteado.

En este sentido, tenemos que la institución de **Jubilación**, es “(...) *un nuevo status que corresponde al funcionario público retirado de la Administración cuando tiene un determinado número de años de servicio y ha alcanzado ciertos límites de edad. (...) Haber pasivo que disfruta la persona jubilada. (...) La jubilación constituye un derecho vitalicio*

*para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos y entes públicos (...)*¹¹

Asimismo, es importante señalar que para la autora Arminda Quintana Matos¹² *“Aún cuando la pensión de vejez y la jubilación tengan un supuesto común en el hecho de que se causan por la edad difieren en el otro supuesto sustentador; en la jubilación: los años de servicio prestados que constituyen el verdadero capital acumulado por el trabajador en su haber; en la pensión de vejez, el cúmulo de cotizaciones, sumas de dinero que semana a semana le han sido descontados de su remuneración y han ido a ingresar a los fondos del Seguro Social Obligatorio.”*

Al respecto, Hilda Rodríguez¹³, señala que la Jubilación *“tiene carácter alimentario, **al igual que el salario para el trabajador activo.** Efectivamente, la oportuna recepción de sus asignaciones mensuales es lo que le va a permitir al jubilado proveer a la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como: los alimentos propiamente dichos, vestido, calzado, gastos para la conservación de la salud (...), recreación, cultura, etc.”* (Destacado nuestro).

Como puede observarse, la jubilación es una causal de retiro de la Administración Pública, por haber cumplido el funcionario los requisitos exigidos por el Legislador (edad y años de servicio) que al ser otorgada se convierte en un derecho vitalicio para su titular en la cual persiste una **vinculación económica** entre éste (jubilado) y la Administración, pese a producirse la extinción de la relación funcional.

De manera, que el jubilado está amparado por un derecho, que le permite cubrir las necesidades más básicas de su existencia, al igual de lo que ocurre con el salario.

En este orden, es importante advertir que al reingresar un funcionario jubilado a la Administración Pública, en un cargo de **libre nombramiento y remoción** debe solicitar la suspensión del pago de la pensión ante el ente que la concedió, en virtud de la incompatibilidad existente entre una jubilación y un destino público remunerado, salvo

11 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo V. J-O. Ediciones Libra.

12 Íbid. p. 397.

13 Jubilaciones y Pensiones en la Administración Pública. Paredes Editores. 1994. p.61

los casos exceptuados por la Ley, mientras dure en el ejercicio del cargo y una vez egresado del mismo, debe solicitar nuevamente la reactivación de su jubilación.

Ahora bien, en el supuesto anterior, podría encontrarse funcionarios jubilados que gozan de una pensión de vejez otorgada por el IVSS, al haber acumulado los requisitos de edad y cotizaciones (750), así como aquellos que **aún no han reunido todavía tales requisitos**.

En el primer caso, no tendrían razón de ser los aportes a la seguridad social, en tanto ya el funcionario percibe el derecho de jubilación y el beneficio de pensión de vejez, es decir, que agotó las protecciones previstas en la Ley para cada contingencia, **a diferencia del segundo caso**, en el cual todavía el sujeto no goza de una pensión de vejez, por lo que los aportes a la seguridad social tendrían un fundamento lógico por cuanto el funcionario jubilado persigue completar los requisitos formales para hacer efectiva dicha pensión, lo cual es posible mediante las retenciones que realiza el órgano público al cual se reincorporó y presta servicios.

Por otra parte, podría darse el caso de un funcionario jubilado que no se reincorpora nuevamente a la Administración Pública, pero que aún **no goza de una pensión de vejez**. Al respecto, éste puede cotizar de manera facultativa al Instituto Venezolano de Seguros Sociales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Seguro Social hasta completar el número de cotizaciones requeridas, la cual será otorgada siempre que haya cumplido la edad exigida por el legislador, sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) si es mujer.

Finalmente, cabe advertir que lo antes señalado no incluye la contribución a la institución de “paro forzoso”, actualmente denominada “Pérdida Involuntaria del Empleo”, toda vez que el funcionario jubilado percibe una pensión de forma vitalicia que persigue satisfacer las necesidades básicas del funcionario al igual que lo hace el salario, **pero de manera pasiva**, por cuanto se encuentra gozando de un nuevo status en situación de retiro de la Administración Pública, mientras que el pago de una prestación dineraria por la pérdida involuntaria del empleo, se otorga al trabajador o funcionario cesante, a los fines de ampararlo durante cinco (5) meses, con el propósito de sopesar la pérdida de la

remuneración o salario como retribución de su trabajo habitual, la cual tiene un fin eminentemente proteccionista y asistencial al presentarse dicha contingencia, por lo que es criterio de esta Dirección General sin lugar a duda que no sería viable que un funcionario jubilado que reingrese a la Administración Pública a un cargo de Alto Nivel, deba nuevamente realizar aportes por dicho concepto.

Memorándum N° 04-00-399 del 12 de diciembre de 2005.

FUNCIÓN PÚBLICA: Obligatoriedad de consultar el Registro de Inhabilitados llevado por la Contraloría General de la República, antes de proceder a la designación de funcionarios públicos.

El incumplimiento de la obligación prevista en el último aparte del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, vicia de nulidad absoluta o de pleno derecho el acto de designación de un funcionario público.

Memorándum N° 04-00-560 del 6 de octubre de 2006.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, establece en el último aparte del artículo 105, lo siguiente:

(Omissis)

“Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación al margen de esta norma será nula.” (Destacado nuestro).

Como puede observarse, la norma antes citada establece una obligación **ineludible** de parte de las máximas autoridades (o sus delegatarios) de los organismos y entidades sujetos a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de consultar previo a la designación de cualquier funcionario público, el registro de inhabilitados llevado por este Organismo y, en ese sentido, el legislador estableció que de no cumplirse dicho deber, tal designación es nula.

En atención a lo anterior y como quiera que el acto de designación -al margen de la norma-, es considerado nulo, se estima pertinente, indicar que de acuerdo a la doctrina, la designación “en el ámbito de la función pública es (...) un acto administrativo de admisión a una institución que somete al sujeto a las modalidades de un ejercicio profesional

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

que aspira a ser su actividad permanente y definitiva.”²

No cabe duda que la designación, constituye un **acto administrativo de efectos particulares**, puesto que es una manifestación unilateral de voluntad administrativa, que tiene por finalidad crear una situación jurídica, en éste caso una relación de empleo público, que afecta a una determinada persona³.

En tal sentido, resulta menester precisar que uno de los principios que informan a los actos administrativos, es la *Presunción de Legalidad*. Dicho principio establece que los actos administrativos, por el solo hecho de la cualidad jurídica de su autor (el sujeto administrativo), se presumen válidos y legítimos, salvo prueba en contrario, por lo que se configura como una presunción *iuris tantum*⁴. En consecuencia, nadie puede desconocer la validez de los actos administrativos, aún en los más graves supuestos de nulidad (la absoluta) hasta tanto la autoridad competente (administrativa o judicial) así lo reconozca y declare.

En ese orden de razonamiento, cabe indicar que los actos administrativos pueden incurrir en supuestos de nulidad absoluta o relativa, según los vicios que les afecten, a partir de los cuales, se tendrán como si nunca hubiesen sido dictados o bien, sujetos a la convalidación (revitalizar lo ya aprobado), a los fines de subsanar los vicios de que adolezcan, denominados también actos anulables.

A tal efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁵, establece en su artículo 19 que los actos de la administración **serán absolutamente nulos**, en los siguientes casos:

2 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo III. D-E. Ediciones Libra. Caracas, 1994.

3 Para el autor Gustavo Penagos, la doctrina clasifica los Actos Administrativos, según que se dirijan a una determinada persona, resoluciones, decretos de nombramiento. Obra: El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional. Colombia, 1992. p. 560.

4 Para Penagos, la presunción de validez reclama dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero se refiere a la cualidad del autor del acto, o sea, el acto tiene que dictarlo una persona con apariencia de autoridad, vale decir, con una investidura formal para ser la titular de un órgano administrativo. El segundo requisito tiene que ver con la apariencia del acto dictado, éste ha de poseer las características formales mínimas para identificar un acto de autoridad. En consecuencia, todo acto administrativo para tenerse como tal, debe constar en documento público que satisfaga los elementos formales a los que se contrae el artículo 18 de la LOPA, esto es, que el instrumento documental reúna las condiciones de formato, firma autógrafa y sello de la oficina correspondiente (presunción de autenticidad del acto). Obra citada. p.p. 68-69.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 1 de julio de 1981.

1. **Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal.**
2. *Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.*
3. *Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución.*
4. *Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.*

Asimismo cabe señalar, que para la doctrina⁶ el artículo 97 de la Ley in commento establece tres supuestos **adicionales** de nulidad absoluta, al regular el régimen de admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Igualmente, la doctrina⁷ considera que las causales establecidas en el citado artículo 19, no son limitativas, puesto que la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República, ha reconocido otros supuestos, verificados según el estudio de cada caso en particular, de acuerdo a la gravedad o trascendencia de la irregularidad que afecta el acto administrativo respectivo, tales como la infracción grosera de la Ley, la vulneración del orden público, entre otros.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley en referencia, dispone que los vicios de los actos administrativos **que no llegaren a producir la nulidad** de conformidad con el artículo anterior, los harán anulables. Como puede apreciarse, los supuestos de nulidad relativa, no están expresamente señalados en la normativa, toda vez que el legislador previó que tal calificación se realiza por vía de exclusión de cualquiera de los vicios o irregularidades del acto administrativo afectado de nulidad absoluta, la cual es de carácter excepcional.

De manera, que a los fines de establecer si un acto administrativo está viciado de nulidad absoluta (radical) o relativa, debe verificarse en

6 Meier Enrique. Obra: Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 2001 p. 204.

7 Meier Enrique. Obra citada. p. 199

principio, los supuestos establecidos expresamente por el legislador en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, específicamente para los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho.

A tal efecto, tenemos que por disposición del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda designación (acto administrativo de efecto particular) es **nula, en caso de no haberse consultado previamente** el registro de inhabilitados llevado por la Contraloría General de la República. Por su parte, el numeral primero del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dispone que los actos de la administración son absolutamente nulos, **cuando así esté expresamente determinado por una norma** constitucional o legal.

Señalado lo anterior, en criterio de ésta Dirección General, el incumplimiento de la obligación prevista en el último aparte de artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, vicia de nulidad absoluta o de pleno derecho el acto de designación respectivo. Esta afirmación se fundamenta por una parte, en que el legislador en la Ley *in commento* utiliza el término “nula” a secas y no anulable como sería el caso de los actos susceptibles de ser convalidados; y por la otra, que dicho incumplimiento encuadra dentro del primer supuesto contenido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, relativo a la determinación legal.

Ello es así, toda vez que el vicio que provoca la invalidez absoluta del acto administrativo trasciende del “estricto” ámbito de los intereses del destinatario del acto viciado y afecta el interés general (el propio ordenamiento jurídico) al constituir una grave infracción al principio de legalidad, vale decir, la nulidad absoluta es de orden público.

Desde esta perspectiva, la nulidad de pleno derecho es la lógica sanción a un acto dictado por la Administración violando principios y reglas esenciales del orden jurídico que la misma está obligada a acatar en sus actuaciones, de conformidad con el postulado del Estado de Derecho (principio de legalidad), a diferencia, de la nulidad relativa o anulación, que no es de orden público, en tanto el vicio que hace anula-

ble el acto administrativo afecta exclusivamente el interés del particular destinatario del mismo, y no trasciende de la específica relación jurídica (administración-particular) contenida en el mismo.

Sobre el particular, cabe destacar que la Administración tiene potestad para reconocer en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de particulares, la nulidad absoluta de los actos dictados por ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siendo que el transcurso del tiempo no subsana el vicio de nulidad absoluta que afecta el acto.

De modo, que a nuestro juicio debe tomarse en consideración la causal de nulidad absoluta, prevista en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a los fines de verificar la existencia del vicio del acto de designación, a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Finalmente, en el marco de las funciones de control que les corresponde desempeñar a los órganos de control fiscal, cabe destacar que constituye un supuesto generador de responsabilidad administrativa, **la designación de funcionarios que hubieren sido declarados inhabilitados** por la Contraloría General de la República, a tenor de lo dispuesto en el numeral 27 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorándum N° 04-00-560 del 6 de octubre de 2006.

FUNCIÓN PÚBLICA: Retención del Seguro de Paro Forzoso al personal jubilado

La contribución a la institución de "Paro Forzoso" actualmente denominada "Pérdida Involuntaria del Empleo", por parte del funcionario jubilado no se justifica porque no cumple con el fin social que persigue el Régimen Prestacional de Empleo con dicha cotización, toda vez que, el jubilado al cesar en el cargo no queda en situación de desempleo, por el contrario percibirá una pensión en forma vitalicia que tiene una naturaleza muy similar a la del salario pero de manera pasiva, por cuanto se encuentra gozando de un nuevo status en situación de retiro de la Administración Pública; mientras que el pago de una prestación dineraria por la pérdida involuntaria del empleo se otorga al trabajador o funcionario cesante, a los fines de ampararlo durante 5 meses, con el propósito de sopesar la pérdida de la remuneración o salario.

Memorándum 04-00-657 del 7 de noviembre 2006.

La Seguridad Social desde un enfoque tradicional integra un conjunto de normas preventivas y de auxilio, a través de las cuales el Estado persigue garantizar un mínimo de protección a todos los miembros de la sociedad frente a contingencias previsibles a la que se encuentren expuestos, tales como, enfermedades, maternidad, vejez, invalidez, desempleo y muerte, entre otras, en tanto, dichas situaciones anulan la capacidad de ganancia de los individuos.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999¹, expresa textualmente lo siguiente:

*"Se garantiza para todos la seguridad social, la cual debe responder a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, **unicidad**, participación y eficiencia. (...) Todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la*

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000 (reimpresa por error material).

legitimidad jurídica para el funcionamiento de la sociedad democrática.” (Destacado nuestro).

En este orden de ideas el citado texto Constitucional en su artículo 86 estableció:

*“Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, **pérdida del empleo, desempleo**, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad universal, integral, de financiamiento solidario unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas e indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados solo con fines sociales bajo la rectoría del estado. Los remanentes netos del capital destinado a salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una Ley especial”.* (Destacado nuestro).

En desarrollo de esta disposición Constitucional la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social², cuyas disposiciones de carácter eminentemente programáticas, dispusieron que el nuevo Sistema de Seguridad Social estaría integrado por tres Sistemas Prestacionales: salud, **previsión social** y vivienda y hábitat, cada uno de los cuales debería ser desarrollado mediante una Ley especial.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37600 del 30 de diciembre de 2002.

Estos sistemas prestacionales componentes del sistema de seguridad social, agrupan uno o más regímenes que son el conjunto de normas que regulan las prestaciones con las cuales se atenderán las contingencias, carácter, cuantía, duración y requisitos de acceso, instituciones que las otorgarán y gestionarán así como su financiamiento y funcionamiento.

Con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, se creó el Régimen Prestacional de Empleo, cuyo objeto lo establece el artículo 81 cuando señala:

*“Se crea el Régimen Prestacional de Empleo **que tiene por objeto garantizar la atención integral a la fuerza de trabajo ante las contingencias de la pérdida involuntaria del empleo y de desempleo**, mediante prestaciones dinerarias y no dinerarias y también a través de políticas, programas y servicios de intermediación, asesoría, información y orientación laboral y la facilitación de la capacitación para la inserción al mercado de trabajo, así como la coordinación de políticas y programas de capacitación y generación de empleo con órganos y entes nacionales, regionales y locales de carácter público y privado, conforme a los términos, condiciones y alcances establecidos en la ley del Régimen Prestacional de Empleo. **La Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo establecerá los mecanismos, modalidades, condiciones, términos, cobertura y demás requisitos para la prestación de los servicios**”.* (Destacado nuestro).

Con respecto al ámbito de aplicación de este régimen el artículo 82 ejusdem, instituye que está dirigido a la **fuerza de trabajo ante la pérdida involuntaria del empleo, en situación de desempleo**, y con discapacidad como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Adicionalmente, se establece en el artículo 83, que las indemnizaciones por pérdida involuntaria del empleo, serán financiadas por el empleador y el trabajador, mediante el régimen financiero de reparto simple.

Para desarrollar las disposiciones programáticas de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la Asamblea Nacional promulgó la Ley del Régimen Prestacional de Empleo³, la cual establece entre los objetivos mencionados en su artículo 1, los siguientes:

“(…)

2. Asegurar al trabajador y a la trabajadora dependiente y cotizante al Régimen Prestacional de Empleo **una prestación dineraria, en caso de pérdida involuntaria del empleo** o de finalización del contrato de trabajo por tiempo u obra determinado, en los términos que prevé esta Ley.
3. Asegurar al trabajador y a la trabajadora por cuenta propia en forma individual o asociativa **cotizante al Régimen Prestacional de Empleo, una prestación dineraria en caso de pérdida de la ocupación productiva, en los términos que prevé esta Ley**” (Destacado nuestro).

Como puede observarse, la garantía que el Estado otorga al trabajador dependiente o no, en caso de ocurrir la contingencia de la pérdida involuntaria del empleo, está dirigida a garantizarle una prestación dineraria a los fines de procurarle un mínimo de protección durante cierto tiempo, es decir, que el objetivo es permitir al trabajador y su familia la satisfacción de sus necesidades esenciales mientras se asegura su inserción o reinserción en el proceso productivo.

En efecto esta indemnización por la pérdida del empleo conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 31 de la Ley *in commento*, pretende que el Régimen Prestacional de Empleo otorgue al **trabajador cesante**, una prestación dineraria mensual hasta por 5 meses, equivalente al 60% del monto resultante de promediar el salario mensual utilizado para calcular las cotizaciones durante los últimos 12 meses de trabajo anteriores a la cesantía, siempre y cuando la pérdida del empleo se produzca en forma involuntaria, es decir, por causa no imputable al trabajador.

En este sentido y refiriéndonos al caso de los funcionarios jubila-

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.281 de septiembre de 2005.

dos que reingresan al servicio activo, consideramos que aún cuando de manera formal pudieran estar dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo (incluye a los funcionarios públicos en sentido latu con exclusión de los miembros de la Fuerza Armada Nacional), estos ya son beneficiarios de una protección vitalicia de la seguridad social como lo es la pensión de jubilación, que se les otorga al retirarse de sus actividades productivas por haber cumplido los requisitos exigidos en el artículo 2, del Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones, sin que ello impida que de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales puedan continuar realizando actividades laborales, toda vez que el trabajo es un derecho constitucional al cual tienen acceso todos los venezolanos.

Dentro de este contexto cuál sería la finalidad de la “cotización por pérdida involuntaria del empleo” por parte del personal jubilado, si éste cuando deje de prestar el servicio laboral al cual reingresó, no tendrá acceso a la prestación dineraria por pérdida del empleo pues **su situación no es la de quedar desempleado**, por el contrario, al cesar se le reactiva su pensión vitalicia de jubilación y en estos casos pese a producirse la extinción de la relación laboral activa persiste **una vinculación económica** entre el jubilado y la Institución ya que percibe mientras viva, una cantidad dineraria para cubrir las necesidades básicas de su existencia, tal como ocurre con el salario.

De manera que, la contribución a la institución de “Paro Forzoso” actualmente denominada “Pérdida Involuntaria del Empleo”, por parte del funcionario jubilado no tiene razón de ser, por no cumplir con el fin social que se persigue con el Régimen Prestacional de Empleo y en especial con dicha cotización, toda vez que, el jubilado al cesar en el cargo no queda en situación de desempleo⁴, por el contrario percibirá una pensión en forma vitalicia que tiene una naturaleza muy similar a la del salario pero de **manera pasiva**, por cuanto se encuentra disfrutando de un nuevo status en situación de retiro de la Administración Pública; mientras que el pago de una prestación dineraria por la pérdida involuntaria del empleo se otorga al trabajador o funcionario cesante,

⁴ Glosario de términos www.avivas.es. Situación protegida de quienes, pudiendo y queriendo trabajar, no pueden hacerlo, pierden su empleo, o ven reducida su jornada de trabajo, y que atribuye un posible derecho a prestaciones económicas, bien como prestación o como subsidio.

a los fines de ampararlo durante 5 meses, con el propósito de sopesar la pérdida de la remuneración o salario como retribución de su trabajo habitual, la cual tiene un fin eminentemente proteccionista y asistencial al presentarse dicha contingencia, razón por la cual consideramos que a un funcionario jubilado que reingrese a otro órgano o ente público en esta condición, no debería nuevamente realizar aportes por dicho concepto.

Memorándum 04-00-657 del 7 de noviembre de 2006.

FUNCIÓN PÚBLICA: Obligación de prestar caución.

La constitución de la caución es obligación de todos aquellos funcionarios que se encuentren en los supuestos de hecho previstos en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y en los artículos 37, 51 y 52 del Reglamento N° 1, Sobre el Sistema Presupuestario, por lo tanto es condición indispensable constituirla a los fines de poder ejercer las funciones inherentes al el cargo.

Memorándum N° 04-00-262 del 24 de mayo de 2006.

Se solicita opinión con relación a la prestación de la caución a que se refiere el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y en ese sentido, se requiere asesoramiento con respecto a lo siguiente:

“Primero: *Debe distinguirse entre los funcionarios que administran y liquidan ingresos nacionales de aquellos que ejecutan financieramente el presupuesto de gastos.*

Segundo: *En cuanto al otorgamiento de la caución debe diferenciarse entre la que corresponde otorgar a los funcionarios que administren y liquidan ingresos nacionales regulada en el artículo 37 del Reglamento y aquella que otorgan los funcionarios que ejecutan financieramente el presupuesto de gastos, reglada por el artículo 52 ejusdem. Una caución solo puede ser otorgada mediante empresa de seguro inscrita en la Superintendencia de Seguros y la otra ante una institución bancaria o empresa de seguro domiciliada en el país y de reconocida solvencia.*

Tercero: *Es la Contraloría General de la República el órgano llamado a establecer las pautas o los parámetros a seguir para determinar el quantum de la caución o deben obviarse el adverbio “hasta” y requerir a todos los funcionarios la cantidad de ciento cincuenta (150) unidades tributarias y, de no ser así, cuando debe considerarse la caución suficiente.*

Cuarto: *Debe haber acto administrativo expreso donde la Auditoría Interna se pronuncie sobre la recepción de la caución, si se cumplieron con las formalidades y si la misma es suficiente”.*

Como punto previo para responder los planteamientos formulados, consideramos pertinente realizar una breve consideración en torno a lo que debe entenderse por caución, esta figura es definida por Manuel Osorio¹, 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...”*

De esta definición se puede inferir, que la caución es una medida que adopta el legislador para asegurar o garantizar en forma suficiente los resultados de la gestión del funcionario comprometido para con el Estado, es decir, que la caución constituye la forma de garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos por parte de los funcionarios y que estos respondan por los eventuales perjuicios que pudiera ocasionar al patrimonio público.

De manera que es importante señalar que los funcionarios obligados a prestar caución conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público², en su artículo 161 son:

“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 (Subrayado nuestro)
(Omissis)

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.198 del 31 de mayo de 2005

Esta norma se complementa con las disposiciones contenidas en los artículos 37, 51 y 52 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema Presupuestario³, las cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 37. Los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales de los órganos y entes del sector público, deberán prestar caución suficiente de conformidad con el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, hasta por la cantidad de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), constituidos por empresas de seguros debidamente inscritas por ante la Superintendencia de Seguros”.

“Artículo 51. 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 52. Antes de entrar en el ejercicio de sus funciones los funcionarios a que se refiere el artículo anterior prestarán caución ante la Auditoría Interna del respectivo órgano, hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T), mediante la constitución de garantías otorgadas por una institución bancaria o compañía de seguros domiciliada en el país, de reconocida solvencia.” (Subrayado nuestro)

Dentro del contexto de la norma transcrita se desprende que el artículo 161 de la Ley **in commento**, establece de forma amplia y general la obligación que tienen **dos categorías de funcionarios, para prestar caución**; al señalar como tales, a los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales y los encargados de la recepción, custodia y **manejo de fondos** o bienes.

Por su parte, el Reglamento, desarrolló esta obligación determi-

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

nando en forma específica y especial la caución, para cada categoría de funcionarios a saber: **los encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales y los responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos.**

Precisó además el Reglamento, que la caución para ambas categorías de funcionarios tiene un límite máximo de hasta ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), estableciéndose que esta caución debe ser suficiente y constituida por empresas de seguros debidamente inscritas ante la Superintendencia de Seguros (**para el supuesto de los funcionarios administradores y liquidadores de ingresos públicos**) y, por una institución bancaria o compañía de seguros domiciliada en el país, de reconocida solvencia, (**para el caso de los responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos**).

Sobre estos particulares resulta oportuno puntualizar que a los fines de ponderar cuándo una caución es suficiente o no, la máxima autoridad del órgano u ente de que se trate, debería en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establecer un manual de normas donde se prevean los indicadores necesarios que debe seguir la Unidad de Auditoría Interna a los fines de determinar esta circunstancia, la cual debe ser analizada en cada caso en particular acudiendo a los principios de la sana administración, y considerando, entre otros aspectos, los niveles autorizatorios y la funciones inherentes al funcionario.

Ahora bien, con respecto a la forma como deben ser constituidas estas cauciones se observa que los artículo 37 y 52 del Reglamento hacen referencia, a formas específicas para cada categoría de funcionarios, no obstante esto no contradice lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley supra citada, pues el objeto de dicha disposición es que el aspirante al cargo antes de tomar posesión del mismo, cumpla con la obligación de constituir la caución que garantice los resultados de su gestión, independientemente que lo haga ante una institución bancaria o ante una empresa de seguro, siempre y cuando las mismas cumplan

con los requisitos allí señalados, toda vez que lo fundamental es, que la caución se preste para que se cumpla con su finalidad o propósito de garantizar el resultado de la gestión del funcionario.

Así las cosas, tomando en cuenta que la constitución de la caución, es de carácter obligatorio para todos aquellos funcionarios que se encuentren en los supuestos de hecho previstos en las referidas normas, es condición indispensable prestarla a los fines de poder ejercer el cargo y como consecuencia desempeñar las funciones que le competen, razón por la cual quien tiene el deber de recibirla (Unidad de Auditoría Interna), está obligado a calificarla verificando que la misma sea suficiente y que cumpla con los extremos exigidos por la Ley y el Reglamento.

Precisado lo anterior y atendiendo a los planteamientos formulados en el orden en que fueron solicitados consideramos que:

En lo concerniente a si debe distinguirse entre los funcionarios que administran y liquidan ingresos nacionales y aquellos que ejecutan financieramente el presupuesto de gastos, ciertamente tal como se puntualizó de la interpretación de las normas relacionadas con la caución, se distinguen dos categorías de funcionarios: **a)** los que liquidan y administran los ingresos nacionales, es decir los que se encargan de efectuar los cálculos y emitir las planillas de liquidación por los conceptos a que hubiere lugar, quienes tienen la responsabilidad de velarán por la recaudación y su correspondiente entrega al Tesoro Nacional; y **b)** los integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos que serían los ordenadores de compromisos y pagos quienes tienen a su cargo las operaciones de ejecución presupuestaria, es decir, los funcionarios responsables de las unidades administradoras de los órganos y entes de que se trate.

Por su parte, en relación a si debe diferenciarse entre la caución que le corresponde otorgar a los funcionarios que administren y liquidan ingresos nacionales y la que otorgan los funcionarios que ejecutan financieramente el presupuesto de gastos y si una caución sólo puede ser otorgada mediante empresa de seguro inscrita en la Superintendencia de Seguros y la otra por ante una institución bancaria o empresa de seguros domiciliada en el país y de reconocida solvencia, consideramos que no debe existir diferenciación alguna, entre la caución que debe pres-

tar una u otra categoría de funcionarios, púes como se señaló *ut supra* ésta se otorga con la finalidad de garantizar la gestión del funcionario, aunado a que el **quantum máximo** a exigir en ambos supuestos es el mismo, independientemente de la forma como sea otorgada, ya sea por ante una empresa de seguros o una institución bancaria siempre que se cumplan con las condiciones estipuladas en el Reglamento.

En otro orden de ideas en lo que respecta a los planteamientos referentes a si la Contraloría General de la República es el órgano llamado a establecer las pautas o los parámetros para determinar el quantum de la caución, o si debería requerirse a todos los funcionarios la cantidad de ciento cincuenta (150) unidades tributarias y ante la duda respecto a cuándo debe considerarse una caución **suficiente**, consideramos que, dentro de las atribuciones que le corresponden ejercer al Máximo Órgano de Control, no se encuentran las de dictar los parámetros o pautas para la determinación del quantum de la caución en referencia, toda vez que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dichas pautas le compete dictarlas a la máxima autoridad del órgano o del ente de que se trate, sin embargo, estimamos que no deberá exigirse para todos los funcionarios obligados la cantidad de ciento cincuenta (150) Unidades Tributaria, ya que las normas que lo regulan, precisamente, estipulan esta cantidad como su límite máximo y no como el monto fijo a exigir.

Asimismo, respecto a si la Auditoría Interna debe emitir un acto administrativo pronunciándose sobre la recepción de la caución, se estima necesario que a los fines de dejar constancia de la presentación y conformidad de esta caución, la Unidad de Auditoría Interna debe emitir un acto que le dé validez como garantía y le sirva de respaldo al respectivo funcionario como certificado oficial de haber dado cumplimiento a la presentación de la garantía o caución.

Memorándum N° 04-00-262 del 24 de mayo de 2006.

FUNCIÓN PÚBLICA: Contratación de personal en un órgano de control fiscal Interno.

Si el ingreso del personal contratado se produjo bajo el imperio de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el status de dicho personal siempre será la de contratado, aún cuando éste realice funciones públicas, sin menoscabo de la responsabilidad en que incurren los funcionarios a quienes corresponde la ejecución de la gestión pública en cada órgano.

Memorándum N° 04-00-066 del 21 de febrero de 2006.

De las comunicaciones que acompañan la solicitud se desprende, que con motivo del proceso de reestructuración administrativa de la Contraloría Interna de una Corporación, en Unidad de Auditoría Interna se realizaron movimientos de personal con el objeto de adaptar los cargos y funciones a ser desempeñados por cada uno de los funcionarios adscritos a dicho órgano de control fiscal, a la nueva estructura funcional cónsona con las nuevas funciones de control previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹.

Asimismo, se indica que algunos empleados se encontraban con **status de contratados**, a los fines de regularizar su situación en dicha Corporación, entre los cuales se cita el caso de una ciudadana propuesta para ocupar el cargo de Auditor IV que ingresó en el año 1995 a ese Instituto, a través de orden de servicio y posteriormente a partir del año 1997 fue incorporada a la nómina de personal contratado, ejerciendo funciones en el órgano de control fiscal interno, practicando auditorías técnicas, inspección de obras, bienes, servicios, revisión de contratos, supervisión de personal, entre otras y en la actualidad coordina auditorías de gestión.

En ese orden, el Auditor Interno de la corporación expone que según información verbal de la Oficina de Recursos Humanos, a dicha ciudadana no se le podía asignar el cargo propuesto en virtud que el Manual Descriptivo de Clases de Cargos (1994) aplicado por la Corporación, contempla que el cargo de auditor sólo puede ser ocupado por profesionales graduados en el área de Contaduría Pública o su equivalente.

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

Al respecto, esta Dirección General considera imperioso indicar con carácter previo que si bien es cierto, esta Contraloría General detenta el carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, no lo es menos, que la administración de personal y/o la ejecución de la gestión de la función pública, corresponde a las oficinas de recursos humanos de cada órgano o ente de la Administración Pública, es decir, es una actividad exclusiva de la administración activa correspondiente, sobre la cual este Máximo Órgano Contralor no tiene inherencia alguna, dadas las competencias que le han sido asignadas constitucional y legalmente, de conformidad con el *Principio de Legalidad Administrativa* consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, caso contrario estaría ejerciendo actividades de coadministración. No obstante a título de colaboración es imperioso indicar que:

La **Unidad de Auditoría Interna** (órgano de control fiscal) de la Corporación carece de autonomía orgánica dado que pertenece a la estructura organizativa del ente respectivo y de hecho dependen de su máximo nivel jerárquico, por lo que aún cuando su titular sea elegido por concurso público, en los términos previstos en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de garantizar la objetividad e imparcialidad en el ejercicio del control fiscal, el personal que presta servicios en dicha Unidad está sujeto jerárquicamente a la máxima autoridad del Instituto, sin que ello implique el desconocimiento por parte de ésta acerca de su obligación de dotar al órgano de control fiscal interno del recurso humano que sea necesario para asegurar el ejercicio eficiente de su gestión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional².

Ahora bien, a los fines de una orientación para la solución del caso planteado cabe indicar que desde la vigencia de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1975³, se preveían dos categorías clásicas de funcionarios públicos: de carrera y de libre nombramiento y remoción. En torno a los primeros, se requería –como en la actualidad– que para

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

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975.

su ingreso se sometieran a concurso público, es decir, a la oposición de méritos entre los aspirantes a ocupar un cargo establecido en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos y en este sentido, la autora Arminda Quintana Matos⁴ considera que “El régimen de concurso constituye la columna vertebral de la carrera administrativa, pues sobre él se va a efectuar la selección de los mejores capacitados para el desempeño de funciones públicas, mediante la evaluación de la idoneidad técnica y científica de los aspirantes en los aspectos que se relacionen directamente con el desempeño o ejercicio del cargo de que se trate.”

Sin embargo, la propia autora reconoció la existencia de serias deficiencias en el ingreso a la Administración Pública Nacional, “en virtud de no estar implementado el sistema de concursos, que constituye la base fundamental para hacer carrera en la administración. La inexistencia del régimen de concursos plantea una grave interrogante acerca de quién es funcionario de carrera (...) A nuestro juicio la falla sólo puede atribuirse a la Administración, de allí que nos pronunciemos siempre a favor del funcionario, en el sentido de que si a éste no se le administra un concurso para su ingreso al servicio, su permanencia en el ejercicio del cargo le conferirá la idoneidad suficiente para ser considerado como funcionario de carrera, en el momento en que el reconocimiento de tal cualidad le sea necesaria para la defensa y protección de los derechos que la Ley le reconoce”⁵.

En tal sentido, ha sido una práctica común de la Administración Pública, realizar ingresos a la función pública, especialmente para ejercer funciones descritas en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos mediante el “contrato”, incumpliendo en consecuencia con los extremos previstos en el régimen estatutario aplicable (Ley de Carrera Administrativa).

En atención a la reincidencia de dicha práctica administrativa, la jurisprudencia y la doctrina utilizaron la figura del funcionario de hecho para reconocerles una investidura capaz de asimilarlos a los funcionarios de carrera, bajo la tesis denominada “de la relación funcional encu-

4 La Carrera Administrativa, Ediciones de la Oficina Central de Personal, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989 p. 26.

5 Íbid. p. 52.

bierta”, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁶.

Al respecto, la autora Hildegard Rondón de Sansó⁷ señala que “(...) la tesis de la Carrera Administrativa que tuvo amplia acogida en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo considera que, la sola condición de contratado no excluye en cada caso específico la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, esto es, la aplicación del régimen estatutario. En efecto, considera la tesis que, si se dan los supuestos que de inmediato se enuncian, el sujeto que los posee debe ser considerado como un funcionario de carrera y recibir por ello, todos los derechos y beneficios que se destinan a los funcionarios regulares. Estas condiciones son las siguientes:

- a) *Debe tratarse de un contrato suscrito entre el funcionario y la administración.*
- b) *El juez debe examinar la naturaleza de las tareas asignadas al funcionario, tanto mediante el contrato como las que efectivamente realiza y que no se encuentran enunciadas en texto alguno.*
- c) *El examen debe revelar que las funciones ejercidas por el contratado son las mismas que aparecen en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos, relativas a esa tarea específica que le ha sido asignada.*
- d) *Las condiciones de trabajo (por ejemplo el horario, el cual puede ser por la totalidad del tiempo (sic) previsto en el Manual o, por un porcentaje de dicho tiempo, esto es, la mitad o un cuarto del exigido para el cargo de carrera) deben ser idénticas a los funcionarios de carrera.*
- e) *La remuneración debe ser la misma o cercana a la correspondiente al cargo descrito en el Manual.*
- f) *Las condiciones y el tratamiento general del funcionario (vacaciones, permisos, bonificaciones de fin de año, situaciones administrativas en general, régimen*

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

7 Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Tomo II. Homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó. Ediciones Funeda - Caracas, 2003 p. 25.

disciplinario) deben ser análogas a las que se asignan al funcionario contratado”.

Así la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de fecha 14 de agosto de 2002, (caso: Maryori Lugo Artigas contra el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, expediente N° 02-27435, Magistrado Ana María Ruggeri Cova), dejó sentado lo siguiente:

*“Desde hace un buen tiempo la jurisprudencia de esta Corte y la del extinto Tribunal de la Carrera Administrativa reconocieron, la posibilidad del ingreso a la función pública por vías distintas al concurso y la designación, o a la elección popular. Estas vías distintas eran los llamados ingresos irregulares que se producían por la conjugación de varios factores a saber; (i) las sucesivas renovaciones de contratos e incluso la existencia de relaciones contractuales a tiempo indeterminado; (ii) **para la prestación de servicios personales por parte de personas naturales a la Administración** y (iii) en condiciones similares a las que poseen los funcionarios de la Administración (horario, remuneración, subordinación, etc.).*

Estos ingresos irregulares se admitieron no sólo respecto de la función pública (que como sabemos comprende a diversos tipos de funcionarios), además llegó a admitírseles como una forma de ingreso a la Carrera Administrativa.

Estos ingresos irregulares fueron duramente criticados por la doctrina, pues a su entender, constituían una evasión a las previsiones contenidas en la propia Ley de Carrera Administrativa, que exigía -para el ingreso a la carrera administrativa- un acto de nombramiento producido como resultado de un procedimiento especial: el concurso (artículos 3 y 35 de la Ley de Carrera).

No obstante, el anterior criterio siempre se dejó de lado, en el entendido de que la Ley preveía al nombramiento y el concurso como formas ordinarias de ingreso, pero que en ningún momento, ni la ley ni la Constitución, prohibían

formas irregulares de ingreso. A lo que se unía el firme propósito de evitar que se concretara y prevaleciese una práctica a la que acudían las autoridades con la finalidad de burlar la carrera administrativa, y negar a sus servidores los derechos que la carrera administrativa otorgaba a los funcionarios de carrera.

*Sin embargo, **la situación de derecho positivo vigente cambió a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** -y ese cambio se acentuó de modo rotundo con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública- con lo que la mencionada tesis de los ingresos irregulares debe ser objeto de una revisión y ajustes, a la luz de esta nueva realidad normativa.*

Así, después de diciembre de 1999 y por mandato expreso de la Constitución, no es posible considerar a los contratos como modos de ingreso a la carrera administrativa, y por esta razón, resulta imposible considerar a los contratados como funcionarios de carrera. No obstante, aún podría considerarse que los contratos podían constituir medios irregulares de ingreso a la función pública, en una categoría diferente a los funcionarios de carrera: los funcionarios contratados, que sin gozar de los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera, no obstante disfrutarían de aquellos dirigidos de modo general a los funcionarios.

***Pero luego de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública (...)** esta posibilidad, la de aplicar a los contratados que han recibido tratamiento de funcionarios (por sus responsabilidades, trabajo, remuneración, horario, etc.) el régimen general de los funcionarios (y no el especial de los funcionarios de carrera), **parece haber sido cerrada.** En efecto, la propia Ley del Estatuto establece, en su artículo 39, que en ningún modo se considerará el contrato como una forma de ingreso a la Administración Pública.*

(Omissis)

*Establecido esto, se observa que para esa fecha –agosto de 1997 –aún no se encontraba vigente la Constitución de 1999, y tampoco se encontraba vigente la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo tanto, para esa fecha era lícito–según lo reconocía la jurisprudencia de modo pacífico, **que se produjese un ingreso a la carrera administrativa por vías distintas al nombramiento, y específicamente a través de contratos de servicios**, siempre y cuando se cumplieran una serie de supuestos. Y por esta misma razón, era lícito considerar competentes a los tribunales especializados en la carrera administrativa para conocer de los asuntos derivados de estas formas irregulares de ingreso.” (Cursiva y negrillas nuestras)*

De la sentencia antes citada se desprende, que las situaciones jurídicas producidas con motivo de los ingresos de los “contratados” a la función pública deben ser analizadas, a la luz de la normativa y la jurisprudencia aplicable para el momento de efectuarse los mismos, en atención al Principio de Irretroactividad de la Ley consagrado en el artículo 24 del Texto Fundamental En este orden, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y la Ley del Estatuto de la Función Pública, quien ingresaba en la Administración Pública mediante contrato para realizar servicios profesionales que incluían tareas señaladas en alguno de los cargos previstos en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos y cumpliendo condiciones de trabajo (horario, remuneración) iguales que los funcionarios de carrera, se le aplicaba el régimen general de los funcionarios (y no el especial de los funcionarios de carrera y, por ende era considerado funcionario público, mientras que, si dicho ingreso irregular se produjo bajo el imperio de la Ley del Estatuto de la Función Pública, **tal posibilidad queda totalmente excluida**, por lo que el status de la persona de que se trate siempre será la de contratado, aún cuando éste realice funciones públicas, sin menoscabo de la responsabilidad en que incurren los funcionarios a quienes corresponde la ejecución de la gestión pública en cada órgano o entidad.

Lo antes expuesto, se trae a colación con el propósito que sea el órgano encargado de la ejecución de la gestión de la función pública de la Corporación, vale decir, la oficina de recursos humanos, quien analice

el “status” de la ciudadana que se encuentra en calidad de “contratada” desde 1995 desempeñando labores en el órgano de control fiscal del referido Instituto, tales como auditorías técnicas, inspección de obras, bienes, servicios, revisión de contratos, supervisión de personal, entre otras, que están previstas en el Manual de Cargos para los funcionarios de carrera y en las mismas condiciones de trabajo que los demás funcionarios de la Corporación.

Por otra parte, resulta importante hacer mención al vigente Manual Descriptivo de Clases de Cargos de 1994, de la extinta Oficina Central de Personal (OCP) instrumento que está siendo aplicado por la Corporación a los fines de administrar el Sistema de Clasificación. En tal sentido, se observa que para el cargo de **Auditor IV**, -propuesto para ser ocupado por la referida ciudadana, se señala entre los requisitos mínimos exigidos, la educación (**alternativa**): ser graduado en una Universidad reconocida con el título de Licenciado en Contaduría Pública o el equivalente. La palabra “alternativa” que acompaña el requisito de educación, es un indicativo claro, de flexibilidad en cuanto al título que debe poseer el aspirante al cargo descrito en el Manual, por lo que mal podría considerarse como excluyente de otras carreras afines a la Auditoría, en el entendido que existen diferentes áreas, en las cuales se aplican auditorías: ambientales, financieras, de gestión, operacionales y de cumplimiento, así como exámenes de cuenta, inspecciones, fiscalizaciones, estudios y análisis de todo tipo en las que se requiere de conocimientos técnicos de profesionales preparados en diversas áreas, para formar un equipo multidisciplinario que coadyuve en el ejercicio de un control posterior eficiente y eficaz de los recursos y bienes públicos que realiza la Unidad de Auditoría Interna de la Corporación. De manera, que resulta deseable y conveniente que en dicha Unidad, presten servicios profesionales de diversa índole, tales como: Economistas, Contadores, Licenciados en Ciencias Fiscales, Administradores, Ingenieros, Abogados, entre otros.

Finalmente, cabe precisar que la Corporación cuya naturaleza jurídica es la de ser un Instituto Autónomo adscrito al Ministerio de Planificación y Desarrollo (ente descentralizado de la Administración Pública Nacional) puede en virtud del *Principio de Potestad Organi-*

*zativa*⁸, preparar un proyecto de Manual Descriptivo de Clases de Cargos, adaptado a la estructura y fines de la Corporación, con el propósito de actualizar los cargos y las tareas de los funcionarios, de acuerdo a la normativa aplicable, tal como es el caso de los funcionarios que prestan servicios en la Unidad de Auditoría Interna de dicho ente, el cual deberá ser sometido a la aprobación del Ministerio de Planificación y Desarrollo como **órgano responsable de la planificación del desarrollo de la función pública en los órganos de la Administración Pública Nacional**, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, al cual le corresponde dictar las directrices relativas a la clasificación de cargos, siendo atribución del Despacho del Viceministro de Planificación y Desarrollo Institucional, lo relativo a la coordinación los diversos regímenes de carrera administrativa en todos sus niveles, supervisar y coordinar las Oficinas de Personal de los organismos de la Administración Pública Nacional, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los literales i) y k) del artículo 26 del Reglamento Orgánico del MPD⁹.

Asimismo, es preciso destacar que de conformidad con lo previsto en el artículo 53 *ejusdem*, los cargos de alto nivel y de confianza deben quedar expresamente indicados en los respectivos **reglamentos orgánicos** de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, por lo que tal disposición requiere ser analizada por la Corporación, en el marco de la reestructuración administrativa de la Unidad de Auditoría Interna, en el entendido que los cargos de confianza comprenden funciones de fiscalización e inspección a ser desarrolladas por funcionarios de libre nombramiento y remoción, a partir de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto.

Memorándum N° 04-00-066 del 21 de febrero de 2006.

8 Conforme a éste, se reconoce la facultad de las organizaciones de dictar normas relativas a su funcionamiento. Se trata de normas internas, en las que la organización define su estructura y la repartición de tareas entre sus componentes, a manera de que ésta sea más efectiva en la consecución del fin que presupuesta su existencia." Potestades Normativas de la Organización. Conferencia dictada por María Amparo Grau. Tomado de la página web: www.badellgrau.com.

9 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.829 del 15 de noviembre de 1999.

FUNCIÓN PÚBLICA: Incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos remunerados.

No se puede desempeñar simultáneamente con carácter de titular el cargo de Embajador y Viceministro, necesariamente uno de ellos debe ser desempeñado con carácter de encargado y en el entendido que solo puede recibir la remuneración correspondiente a uno de ellos.

Oficio N° 01-00-000719 del 20 de septiembre de 2006.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto, a si existe incompatibilidad para que el Representante Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Organización de los Estados Americanos pueda ejercer al mismo tiempo el cargo de Vice-Ministro.

Una vez examinado lo expuesto en el citado Oficio y apegados al principio de colaboración que rige entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público, procedemos a emitir nuestra opinión en los términos siguientes:

El artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la incompatibilidad en el ejercicio de dos destinos públicos **remunerados**, con las excepciones que la misma disposición establece, a saber cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la Ley. Su propósito fundamental es preservar la esencia del servidor público en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole ejercer simultáneamente actividades o cargos que eventualmente pudieran llegar a entorpecer el normal desarrollo de su gestión pública, en detrimento y perjuicio del interés general y de los principios que orientan la función pública. Esta prohibición se configura, en el supuesto de que la aceptación de cualquier cargo público, implique el alejamiento de sus deberes y obligaciones propios. **De ahí que tal y como se desprende de la norma constitucional antes citada, para la aplicación de la referida prohibición es necesario que un funcionario público ejerza al mismo tiempo dos cargos públicos y que reciba una remuneración por cada uno de ellos.**

Sobre el particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 29 de abril de 2005, interpretando el contenido del artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sostuvo lo siguiente:

“Esa limitación inicial para el ejercicio de cargos públicos tiene, para la Sala, una triple finalidad: no dispersar la atención del funcionario con actividades que pueden ser muy distintas entre sí; evitar interferencias entre actividades que, por su naturaleza, no deban mezclarse (como podría ocurrir con cargos en distintas ramas del Poder Público); y una razón económica pero nada desdeñable: que una misma persona no se vea beneficiada con el pago de remuneraciones por parte de diversos órganos estatales (lo que da sentido también al último párrafo del artículo 148: la prohibición de doble jubilación o pensión).

Por supuesto, tanto el principio como la excepción deben ser analizados con lógica y, precisamente, el artículo 148 de la Constitución responde a ello. El principio es la incompatibilidad (con la consecuencia de la presunción de renuncia al cargo original). La excepción es la doble aceptación o ejercicio simultáneo para ciertas actividades. La conciliación del principio y la excepción implica límites interpretativos: la excepción sólo será posible si se satisface la finalidad que dio lugar a la incompatibilidad, con lo que tendrá que ponderarse si el nuevo destino afecta negativamente al anterior. (Destacado y subrayado nuestro)

Como puede interpretarse, la prohibición prevista en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene como propósito **evitar que quienes estén al servicio del Estado, acepten o ejerzan dos o más cargos públicos remunerados** cuyo ejercicio simultáneo implique perjuicio para el Estado, reservando a la Ley el establecimiento de las excepciones a ésta prohibición y, permitiendo la posibilidad de conciliar actividades cuando se trate del ejercicio de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

Por su parte la Ley del Estatuto de la Función Pública¹, recoge lo dispuesto por la Constitución y reproduce en sus artículos 35 y 36 el

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 0 de septiembre de 2002.

contenido del artículo 148 citado supra, los cuales disponen:

“Artículo 35: Los funcionarios o funcionarias públicos no podrán desempeñar más de un cargo público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.

La aceptación de un segundo destino, que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal”.

*“Artículo 36: El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales y docentes, declarados por la ley compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, **se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste**”.*(Destacado y subrayado nuestro)

Conforme con lo dispuesto en la Ley del Estatuto el ejercicio de dos cargos públicos remunerados compatibles es posible siempre y cuando ello no implique un menoscabo del cumplimiento de los deberes del funcionario.

Dentro del contexto anterior y acogiendo el criterio que sobre la interpretación del artículo 148 del Texto Fundamental, hiciera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se infiere que **el principio es la incompatibilidad para desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, y la excepción es la doble aceptación o ejercicio simultáneo de ciertas actividades.**

Así, armonizando el principio y la excepción, podría concluirse que esta última tiene cabida sólo si se satisface la finalidad que dio lugar a la incompatibilidad es decir, que la persona **no se beneficie con el pago de remuneraciones por parte de diversos órganos estatales**, (sólo percibe remuneración por uno de los cargos), o cuando uno de los cargos desempeñados sea un cargo académico, accidental, asistencial o docente. No obstante, en ambos supuestos, es necesario que el ejercicio simultáneo de las funciones **no disperse la atención del funcionario**

(debe tratarse de actividades que no sean muy distintas entre sí); y no genere interferencias entre ambas actividades (debe tratarse de funciones que por su naturaleza puedan mezclarse como cargos en la misma rama del Poder Público o dentro del mismo órgano o ente).

Aplicando lo expuesto al caso planteado observamos que el ciudadano Embajador, fue nombrado en el cargo de Viceministro, sin especificar el carácter con el cual será ejercido dicho cargo, por tanto tratándose del desempeño de dos cargos dentro del mismo Ministerio sólo uno de ellos puede ser ejercido con el carácter de titular, toda vez que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Servicio Exterior².

“Los funcionarios y funcionarias del servicio exterior están sujetos al régimen de incompatibilidades previsto para los demás funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, de conformidad con la Constitución y las leyes.”

De manera que a juicio de este Organismo es incompatible el ejercicio de los dos cargos públicos remunerados, por lo tanto para desempeñar simultáneamente el cargo de Embajador y el de Viceministro debe atenderse a lo dispuesto en la Ley del Estatuto de la Función Pública cuyo artículo 71 contempla la comisión de servicio como situación administrativa de carácter temporal por la cual se encomienda a un funcionario o funcionaria público el ejercicio de un cargo diferente, de igual o superior nivel del cual es titular que podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde presta servicio o en otro de la Administración Pública dentro de la misma localidad. Asimismo, debe considerarse lo previsto en la Ley del Servicio Exterior cuyo artículo 58 regula dicha situación, al establecer que podrán designarse funcionarios diplomáticos y funcionarias diplomáticas en comisión por tiempo determinado en cargos que no sean jefaturas de misiones diplomáticas o consulares a aquellos profesionales que sean necesarios por razones de servicio.

Sobre la base de los razonamientos anteriores consideramos que no puede desempeñar ambos cargos simultáneamente con carácter de titular; por lo que necesariamente uno de ellos debe ser desempeñado

² Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, N° 38.241 del 2 de agosto de 2005.

con carácter de encargado y en el entendido que sólo puede recibir la remuneración correspondiente a uno solo de los cargos.

Oficio N° 01-00-000719 del 20 de septiembre de 2006.

FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad que un oficial retirado de la Fuerza Armada Nacional perciba la pensión de retiro y el sueldo por el ejercicio de funciones de gobierno.

El personal militar no se encuentra sometido a las disposiciones previstas en la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en virtud que su régimen de jubilación o pensión está consagrado en una Ley Nacional como es la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, por tal motivo se considera que no le sería aplicable la incompatibilidad prevista en el artículo 24 de la referida Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones.

Memorándum N° 04-00-522 del 12 de septiembre de 2006.

Se somete a la consideración de esta Dirección la solicitud de opinión formulada por un Gobernador de un Estado, en la cual señala que .La Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional en su artículo 2 no menciona a la Fuerza Armada Nacional, lo que significa que no está sometida al régimen de jubilaciones para la administración pública; pues gozan de un régimen propio que regula la seguridad social y otros beneficios., así mismo el Reglamento de la citada Ley dispone que cuando se trata de jubilaciones otorgadas conforme a las leyes distintas del estatuto exceptuadas de se su ámbito de aplicación no será suspendida la jubilación.

Al respecto, esta Dirección General considera pertinente hacer las precisiones siguientes:

El régimen general de incompatibilidades entre el disfrute de una pensión de jubilación o retiro y la percepción del sueldo por el ejercicio de un cargo publico está regulado en la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios¹ -en lo sucesivo Ley del Estatuto de Jubilaciones- por ser el instrumento que regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios y empleados al servicio de la Administración Pública

¹ Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426 del 28 de Abril de 2006, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.

Central o Descentralizada, de la República, de los Estados o de los Municipios.

El ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley aparece claramente establecido en su artículo 2 el cual contiene una enumeración taxativa de los órganos y entes a los cuales se aplica en los términos siguientes:

“Artículo 2. *Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:*

1. *Los ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República.*
2. *La Procuraduría General de la República.*
3. *Los estados y sus organismos descentralizados.*
4. *Los municipios y sus organismos descentralizados.*
5. *Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital.*
6. *Las fundaciones del Estado.*
7. *Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.*
8. *Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional y de los estados y de los municipios.”*

Esta Ley del Estatuto de Jubilaciones establece en su artículo 12 una limitación a la posibilidad de reingreso de un jubilado al servicio de los órganos y entes citados, en los términos siguientes:

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

La norma transcrita si bien consagra una prohibición, también deja a salvo la posibilidad de que un jubilado reingrese a los organismos sometidos a su ámbito de aplicación en los cargos señalados en el artículo 11 al cual remite, a saber: cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función

Pública²; cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esta Ley³; cargos accidentales, académicos, docentes y asistenciales.

Conforme con esta norma, los límites para el reingreso de un jubilado al servicio de alguno de los organismos señalados en su artículo 2 están circunscritos a que el reingreso se realice en la categoría de cargos a que alude el artículo citado⁴.

Ahora bien, además de esta limitación al reingreso, la Ley del Estatuto de Jubilaciones en su artículo 24 establece otra prohibición al prever la incompatibilidad del disfrute de una pensión de jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en alguno de los organ-

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre 2002. Artículo 20. Los funcionarios o funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes: 1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo. 2. Los ministros o ministras. 3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes. 4. Los comisionados o comisionadas presidenciales. 5. Los viceministros o viceministras. 6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios. 7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales. 8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos. 9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos. 10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados. 11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía. 12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

Artículo 21. Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

3 Parágrafo Único del Artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Quedarán excluidos de la aplicación de esta Ley: 1. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional; 2. Los funcionarios y funcionarias públicos a que se refiere la Ley Orgánica del Servicio Exterior; 3. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Judicial; 4. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Ciudadano; 5. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Electoral; 6. Los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública; 7. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio de la Procuraduría General de la República; 8. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT); 9. Los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales.

4 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como regla general, que los cargos de la Administración Pública son de carrera, y señala a su vez las excepciones a esa regla, cuales son, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, el personal obrero, y los demás que determine la ley.

mos a que se refiere su artículo 2, en los términos siguientes:

“Artículo 24. *Es incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en alguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley.”*

En idéntico sentido, el 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- en adelante Reglamento de la Ley de Jubilaciones-, en sus artículos 13⁵ y 45, ratifica las incompatibilidades a que hicimos referencia cuando prohíbe el reingreso a través de nombramiento, en alguno de los orga-

5 La Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1022 de fecha 31 de julio de 2002 (caso: Carmen Susana Urea Melchor), -cuyo criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en sentencia N° 165 del 2 de marzo de 2005, analizó el alcance y contenido del artículo 13 del Reglamento de 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, (Decreto N° 3208 de fecha 7 de enero de 1999, Gaceta Oficial N° 36.618 del 11 de enero de 1999), oportunidad en la cual sostuvo lo siguiente: “[dicha norma] estatuye el régimen aplicable para la prestación de servicios por parte de los funcionarios que hayan obtenido el beneficio de pensión por jubilación, es decir, los supuestos por los cuales un jubilado pueda volver a prestar sus servicios en la Administración Pública. “...omissis...” No obstante lo anterior, dicha posibilidad en estudio -prestación de servicio por funcionarios jubilados- no escapa a determinados límites o condicionantes, como también, a otros supuestos de beneficios o reconocimientos; ello debido a que, por un lado, la capacidad física y las condiciones de jornada y función no puede equipararse a los aún activos y, por otra lado, de no ofrecerse o garantizarse algún estímulo especial, no se generaría ningún interés en los jubilados para volver a iniciar una prestación de servicio público.

En tal sentido, los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, serán los siguientes:

- (i) No podrán reingresar a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera; (ii) Podrán prestar servicios en entes públicos como contratados, en cargos públicos de libre nombramiento o remoción o cuya jerarquía sea equivalente, entre los que cuentan los de confianza; a cargos académicos, docentes, asistenciales o accidentales; y de elección popular; (iii) Cuando ingresen a los cargos públicos antes referidos – distintos a la figura de contratados- deberán suspender el beneficio de pensión por jubilación, mediante la participación mutua entre el organismo que otorgó la jubilación y en el cual actualmente preste servicios; (iv) Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos – distintos a la figura de contratado- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado (...). (v) Ahora bien, respecto de este último beneficio, debe acotarse, que el mismo encuentra su justificación legislativa en el hecho cierto, de que el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, pues, de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio - además de la vocación y la satisfacción personal por el trabajo -, no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado. Ambos beneficios sólo para el momento en que la jubilación sea reactivada”.

nismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, así como el disfrute simultáneo de una pensión de jubilación con las remuneraciones provenientes del ejercicio de un cargo en alguno de los organismos del artículo 2 de la Ley del Estatuto de Jubilaciones.

Las normas reglamentarias citadas establecen lo siguiente:

“Artículo 13: El jubilado no podrá reingresar, a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, salvo de 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, o en cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

El pago de la pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos a que se refiere el aparte único del artículo 11 de la Ley del Estatuto y mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en el artículo 2 del presente Reglamento.

El organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al organismo o ente que le otorgó la jubilación a los efectos de la suspensión del pago de la pensión. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo recibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.

Artículo 45: Es incompatible el disfrute de una jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en alguno de los organismos o entes señalados en el artículo 2° de la Ley del Estatuto. Igualmente son incompatibles el goce simultáneo de dos jubilaciones, de dos pensiones o de una jubilación y una pensión.

Quedan a salvo las pensiones otorgadas de conformidad con el artículo 4° de la Ley del Seguro Social, así como las

pensiones de sobrevivientes”.

Ahora bien, así la prohibición al reingreso tiene sus excepciones, la limitación a la percepción simultánea de la pensión y el sueldo también la tiene, ya que el artículo 46 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Jubilaciones, hace la salvedad respecto a las jubilaciones otorgadas conforme a leyes distintas a la Ley del Estatuto de Jubilaciones, en cuyo caso el pago de la pensión de jubilación no será suspendido.

Dicho artículo, a la letra, establece:

“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.”* (Resaltado y subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que los jubilados por regímenes distintos a la Ley del Estatuto de Jubilaciones, pueden válidamente, reingresar en uno de los cargos ya señalados, así como percibir simultáneamente la pensión de jubilación correspondiente y la remuneración respecto al cargo, salvo, que en los regímenes especiales de jubilaciones se contemple algún tipo de incompatibilidades.

Aplicando lo expuesto precedentemente al caso que nos ocupa, tenemos que la consulta proviene de un oficial retirado que actualmente ejerce el cargo de Gobernador, quien pregunta si es compatible el disfrute de la pensión que recibe como militar retirado y la remuneración que percibe por el ejercicio de funciones de gobierno, en cuyo caso debemos considerar lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de Jubilaciones el cual excluye de su aplicación a los funcionarios cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales.

En efecto el artículo 4 dispone:

“Artículo 4. *Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los organismos o categorías de funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas cuyo régimen de*

jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes. En ambos casos deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo a las respectivas leyes y en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esta Ley, se equiparán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral” (Destacado y subrayado nuestro)

Tal exclusión abarca a la Fuerza Armada Nacional, puesto que de acuerdo con lo previsto en el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe tener un régimen de seguridad social propio según lo establezca su respectiva Ley Orgánica.

El artículo supra citado autoriza al Poder Legislativo Nacional, a dictar un régimen especial para la seguridad social del personal que integra la Fuerza Armada Nacional, cuando establece lo siguiente:

“(...) La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.” (Destacado y subrayado nuestro)

En desarrollo de esta disposición Constitucional la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional⁶ cuyo artículo 78 establece lo siguiente:

*“Artículo 78. El personal militar en situación de actividad o de retiro, así como sus respectivos familiares, tienen derecho a un régimen de **seguridad social integral propio**, mediante un sistema de protección que comprende el cui-*

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.280 del 26 de septiembre de 2005.

dado de la salud, pensiones, vivienda, otras prestaciones y demás beneficios, según lo disponga la ley que rige la materia. ...Omissis...” (Destacado y subrayado nuestro)

Es de destacar que antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, ya la Fuerza Armada Nacional, contaba con un sistema de seguridad social propio desarrollado en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales⁷ actualmente vigente, el cual abarca al personal de Oficiales, Suboficiales Profesionales de Carrera y Tropa Profesional de la Fuerza Armada Nacional. Dicho sistema de protección comprende las pensiones de retiro, de invalidez y de sobrevivientes.

Específicamente en relación a las pensiones de retiro dispone que aquellos Oficiales y Suboficiales Profesionales de Carrera que pasen a tal situación o al cese de funciones y el personal de Tropa Profesional que sea retirado, tendrá derecho, después de quince (15) años de servicio y de haber abonado las cotizaciones correspondientes a una pensión de retiro, que se determinará con arreglo a lo allí dispuesto.

Estas pensiones deben ser pagadas por intermedio del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas, quien tiene la responsabilidad de cubrir los egresos que origine la aplicación de los programas y para ello organizará y administrará tres fondos autónomos y separados. Se trata de un régimen contributivo conforme al cual la cotización obligatoria del once punto cinco por ciento (11,5%) sobre la remuneración mensual de cada uno de los miembros de la Fuerza Armada Nacional en actividad afiliado al régimen de Seguridad Social establecido por la Ley, se destinará en una porción de cinco por ciento (5%) para el fondo de pensiones.

Es de resaltar que del examen minucioso del marco jurídico regulador de la Fuerza Armada Nacional no se observó norma alguna que prohíba el ingreso de un jubilado de la Fuerza Armada Nacional a los organismos de la Administración Pública señalados en el artículo 2 de la Ley del Estatuto de Jubilaciones incluidos los de elección popular en los términos del artículo 146 del Texto Constitucional, o que contemple la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación o retiro y la remuneración o sueldo asignado al cargo en el cual reingresa.

⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 35.752 Extraordinario, del 13 de julio de 1995.

Sobre la base de lo expuesto, considerando que en el caso bajo examen el reingreso se produjo en un ente de la Administración Pública para ejercer un cargo de elección popular -Gobernador⁸-, al cual se le aplica lo establecido en la Ley del Estatuto de Jubilaciones y su Reglamento, sostenemos el criterio de que al no existir disposición expresa en contrario en el régimen especial conforme al cual le fue otorgada al consultante la pensión de retiro como Oficial de la Fuerza Armada Nacional, opera la compatibilidad entre la pensión de jubilación o retiro y el sueldo correspondiente al cargo que desempeña, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Jubilaciones.

Memorándum N° 04-00-522 del 12 de septiembre de 2006.

8 Para ser electo Gobernador, conforme a lo dispuesto en el Texto Constitucional se requiere: ser venezolano por nacimiento o por naturalización, mayor de veinticinco años, de estado seglar, no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política, así como no haber sido condenado por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, (Artículos 41, 64 65, 146 y 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Para el ejercicio del cargo se debe ser elegido por la mayoría de las personas que voten por un período que durará cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata para otro, y como todo cargo de elección popular es revocable conforme a lo dispuesto en el artículo 72 ejusdem.

El gobernador del Estado representante del Poder Ejecutivo Estadal, responsable del gobierno y administración del Estado, es un funcionario de la Administración Pública (Ley del Estatuto de la Función Pública. Artículo 4, **los gobernadores o gobernadoras ejercerán la dirección de la función pública en las Estados** al cual no le es aplicable la prohibición prevista para el ingreso en dichos cargos en el numeral 5 de su artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y no encontramos prohibición alguna en cuanto a que no deba ser jubilado de algún organismo público para optar al cargo de Gobernador o Gobernadora de Estado).

LEYES

LEYES: Aplicación del beneficio de alimentación previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

Por su naturaleza laboral la entrega de cesta tickets o tarjeta electrónica de alimentación resulta aplicable sólo para el trabajador activo y le corresponde por jornada de trabajo efectivamente realizada, por ello el disfrute del beneficio de alimentación sólo se entregará a los trabajadores en prestación efectiva del servicio, quedando excluidos por lo tanto aquellos trabajadores en disfrute de vacaciones o de reposo médico o permiso pues durante dicho lapso no cumplen con la jornada laboral.

Memorándum N° 04-00-367 del 15 de noviembre de 2005.

Opinión con respecto al beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

Con el fin de delimitar conceptualmente el beneficio de alimentación debe tenerse presente que en la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial en 1996, los jefes de Estado y de Gobierno reafirmaron “*el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre*”; se trata de un derecho humano fundamental que implica para cualquier persona tener acceso regular, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que garantice una vida física y psíquica, individual y colectiva, sin angustias, satisfactoria y digna.

Este derecho, trasladado al ámbito laboral y considerando que el trabajo constituye un derecho humano y un principio de la justicia social, supone que cada trabajador tenga acceso a una provisión parcial o total de comida que le permita obtener un mayor rendimiento en la labor diaria que desempeña y a su vez sea un medio de prevención de posibles enfermedades ocupacionales.

El beneficio de alimentación ha sido objeto de regulación en varios instrumentos normativos tales como el Decreto N° 221 Programa de Comedores para los Trabajadores (24-8-84); la Ley Programa de Comedores para los Trabajadores (26-9-88); los Decretos N° 247 (30-6-94), 1.054 (13-2-96) y 1.240 (7-3-96), que establecían un subsidio a la alimentación y al transporte; la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores

y finalmente la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

Esta última Ley entró en vigencia a partir de su publicación¹, con ciertas condiciones y salvedades previstas expresamente en su artículo 12, a cuyos efectos dispone que se mantiene la aplicación del programa, para aquellos trabajadores del sector público o privado que disfruten del beneficio de alimentación para el momento de su entrada en vigencia; no obstante, aquellos organismos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal que no lo hubieren otorgado, disponían del lapso de seis (6) meses para otorgarlo, incorporando en el presupuesto siguiente la disponibilidad presupuestaria necesaria a los efectos de su pago efectivo; pero, en todo caso, el beneficio nacerá para el trabajador desde el mismo momento en que le sea otorgado; con lo cual deja claro su carácter no retroactivo.

Centrados en el análisis de la Ley in commento apreciamos que su objeto aparece claramente definido en el artículo 1°, el cual expresa:

*“Esta Ley tiene por objeto regular el beneficio de alimentación para **proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores, a fin de fortalecer su salud, prevenir las enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral.***

La designación de personas en masculino tiene en las disposiciones de esta Ley un sentido genérico, referido por igual a hombres y mujeres.”

En ese sentido, el artículo 2° ejusdem precisa:

*“A los efectos del cumplimiento de esta Ley, los **empleadores del sector público y del sector privado que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores,** otorgarán el beneficio de una comida balanceada durante la jornada de trabajo.*

Parágrafo Primero: Se entenderá por comida balanceada aquella que reúna las condiciones calóricas y de calidad, tomando como referencia las recomendaciones y criterios establecidos por el órgano competente en materia de nutrición...” (Resaltado nuestro)

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.094 del 27 de diciembre de 2004.

Conforme a las normas transcritas el objeto de esta Ley está dirigido a proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores, fortalecer su salud, prevenir las enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral a través del suministro de una comida balanceada por jornada de trabajo a los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

En ese orden de propósito la Ley define por comida balanceada aquélla que reúna las condiciones calóricas y de calidad, tomando como referencia las recomendaciones y criterios establecidos por el órgano competente en materia de nutrición, el cual deberá ejercer la supervisión y recomendaciones que estime pertinentes, así como emprender campañas de orientación y educación acerca del régimen alimentario y todo lo necesario al cumplimiento del objeto de la Ley.

De esta forma el beneficio de alimentación está representado por el suministro al trabajador de una comida balanceada por jornada de trabajo, y supone para el trabajador la oportunidad de acceder por lo menos a una ingesta diaria de alimentos adecuados que cumplan con los requerimientos calóricos que le permitan desempeñar sus funciones, tomando en cuenta que una buena alimentación del trabajador redundará en un aumento de la productividad y en la motivación del personal, además de prevenir los accidentes y los decesos prematuros y reducir gastos médicos.

Respecto al ámbito de aplicación de la Ley apreciamos que a diferencia de la derogada Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, la Ley de Alimentación para los Trabajadores no determina expresamente a cuáles trabajadores comprende dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo segundo del citado artículo 2° se infiere que los empleadores, y grupos empresariales del sector público o privado que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores; están obligados a suministrar una comida balanceada por jornada de trabajo a aquellos trabajadores que devenguen un salario normal que no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos.

En efecto, el *Parágrafo Segundo* y tercero del citado artículo disponen:

“... Los trabajadores contemplados en el ámbito de aplicación de esta Ley serán excluidos del beneficio cuando lleguen a devengar un salario normal que exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos decretados por el Ejecutivo Nacional...”

“... El beneficio previsto en esta Ley podrá ser concedido, concertada o voluntariamente, por los empleadores que tengan a su cargo menos trabajadores de los exigidos en el encabezado de este artículo y podrá extenderse a los trabajadores que devenguen una remuneración superior al límite estipulado.”

De esta regulación normativa se desprende, que la base de cálculo para determinar si el trabajador, tiene derecho o no, a recibir el beneficio establecido en la Ley, es el **salario normal** entendido éste como aquél en el cual deben incluirse todos los conceptos de carácter salarial, devengados por el trabajador en forma regular y permanente. El parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo define el término salario normal, como la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio, con exclusión de las percepciones de carácter accidental; las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial”.

Sostenemos que en principio, el beneficio está dirigido sólo a los trabajadores que devenguen un salario normal que no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos, pero la propia Ley contempla excepciones al establecer la posibilidad de que los trabajadores que disfruten del beneficio, y llegaren a superar el límite señalado continúen disfrutando del mismo, si el empleador así lo decide, llegando incluso a extenderse el beneficio por voluntad del empleador hasta aquellos trabajadores que devenguen una remuneración superior al límite estipulado.

Por su parte, en lo que respecta a los empleadores, estarán obligados a suministrar el beneficio aquéllos que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores o aquéllos que teniendo menos de veinte (20) trabajadores decidan concederlo.

Sobre la base de lo expuesto, de conformidad con la normativa

citada el ámbito de aplicación de la Ley de Alimentación para los Trabajadores abarca a toda empresa o grupos empresariales del sector público o privado que tengan veinte (20) o más trabajadores; y aquellas empresas que tengan menos de 20 trabajadores cuando el empleador así lo decida voluntaria o concertadamente; y dentro de estas empresas o grupos empresariales, el otorgamiento del beneficio de alimentación será obligatorio para aquellos trabajadores que devenguen un salario normal menor de tres (3) salarios mínimos urbanos quienes quedarán excluidos del beneficio cuando su salario normal supere dicho límite; no obstante, cuando el empleador así lo disponga el beneficio podrá mantenerse y más aún extenderse, hasta aquellos trabajadores cuyo salario sea superior al límite estipulado.

En lo que atañe a las modalidades para hacer efectivo el otorgamiento del beneficio, la Ley alude en su artículo 4° a diversos mecanismos directos e indirectos, a saber:

(Omissis)

- “1. Mediante la instalación de comedores propios de la empresa, operados por ella o contratados con terceros, en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones.
2. Mediante la contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales.
3. Mediante la provisión o entrega al trabajador de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, emitidas por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, con los que el trabajador podrá obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas.
4. Mediante la provisión o entrega al trabajador de una tarjeta electrónica de alimentación, emitida por una empresa especializada en la administración de beneficios sociales, la cual se destinará a la compra de comidas y alimentos, y podrá ser utilizado únicamente en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos, con los cuales la empresa haya

celebrado convenio a tales fines, directamente o a través de empresas de servicio especializadas.

5. Mediante la instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo, para que atiendan a los beneficiarios de la ley.
6. Mediante la utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición.

En ningún caso el beneficio de alimentación será pagado en dinero en efectivo o su equivalente, ni por otro medio que desvirtúe el propósito de la ley.

Cuando el beneficio previsto en esta Ley se encuentre consagrado en convenciones colectivas de trabajo, la elección de las modalidades de cumplimiento deberá ser hecha de común acuerdo entre el empleador y los sindicatos que sean parte de dicha convención”. (Subrayado nuestro).

De las modalidades citadas importa destacar las previstas en los puntos 3 y 4 del artículo transcrito, relativas a los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, mecanismos indirectos de cumplimiento del beneficio de alimentación, que según se manifiesta en lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Ley de Alimentación para los Trabajadores son instrumentos que acreditan al beneficiario a abonar el importe señalado o representado en el mismo, para el pago total o parcial del beneficio establecido en la Ley, y serán instrumentos de único propósito que se destinarán exclusivamente a la compra de comidas o alimentos.

En efecto, las normas citadas disponen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 6. Las modalidades establecidas en los literales c) (sic) del artículo 4 y en el primer aparte del artículo 5 de esta Ley, son instrumentos que acreditan al beneficiario a abonar el importe señalado o representado en el mismo, para el pago total o parcial

del beneficio establecido en la Ley.

(omissis)

“Artículo 7. Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas previstos en esta Ley, serán instrumentos de único propósito que se destinarán exclusivamente a la compra de comidas o alimentos, constituyendo infracción...”:

Estimamos que por tratarse de la provisión de comidas o alimentos y en sintonía con lo dispuesto en el numeral 1 del párrafo tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con en el artículo 73 de su Reglamento, (normas que resultan aplicables atendiendo a la remisión que hace a la Ley Orgánica del Trabajo, el artículo el artículo 5° de la Ley de Alimentación para los Trabajadores), se trata de un beneficio social de carácter no remunerativo entendido como aquel que reviste carácter excepcional, que debe guardar proporción con la necesidad que pretende satisfacer y aprovecha no sólo al trabajador, sino también a su cónyuge, concubino o familiares.

Este criterio se sustenta en las disposiciones citadas cuando prevén respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 133: Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

(omissis)

PARÁGRAFO TERCERO. Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:

1) Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles (...)”

“Artículo 73: Beneficios sociales no remunerativos: Los

beneficios sociales no remunerativos previstos en el Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:

a) Revisten carácter excepcional.

b) Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer.

c) Deberán aprovechar al trabajador, su cónyuge o concubino, o a sus familiares; y

d) No revisten carácter salarial cualquiera fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo. Por tanto, los beneficios derivados del servicio de comedores organizados y financiados total o parcialmente por el empleador, así como de la provisión o suministro de alimentos a través de comisariatos, abastos o de la entrega al trabajador de cestas de productos alimenticios, no revisten carácter salarial de conformidad con lo previsto en el numeral 1) del Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así mismo, los beneficios previstos en los numerales 2) y 6) del Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, podrán brindarse mediante la contratación de pólizas de seguro.” (Subrayado nuestro)

Así atendiendo a su naturaleza no remunerativa los ***cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación***, no constituyen un componente más del salario del trabajador, por ello la Ley de Alimentación para los Trabajadores, así lo establece expresamente en el citado artículo 5° donde prohíbe, además, que el patrono otorgue el beneficio en dinero efectivo o por algún otro medio que desvirtúe el propósito de la Ley, ello en virtud de la libre disponibilidad que tendría el trabajador para utilizar dicho bono en efectivo o los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación para propósitos distintos a su alimentación, contraviniendo expresamente la Ley citada y desvirtuando su espíritu, propósito y razón que consiste como se señaló precedentemente en el

suministro al trabajador por parte de su empleador de una comida con ocasión de la jornada de trabajo efectivamente laborada, lo cual encuentra su expresión concreta cuando ocurre su materialización, a través de cualquiera de las modalidades de otorgamiento que la Ley establece.

Cabe resaltar que el artículo 5° expresamente niega carácter salarial al beneficio que nos ocupa cuando precisa:

“Artículo 5. El beneficio contemplado en esta Ley no será considerado como salario de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, salvo que en las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo se estipule lo contrario.

Parágrafo Primero: En caso que el empleador otorgue el beneficio previsto en esta Ley, a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, suministrará un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.).

Parágrafo Segundo: Las facturas, constancias, estados de cuenta o informes que expidan las empresas emisoras de tarjetas electrónicas de alimentación, así como los contratos que éstas celebren con el empleador, constituirán prueba del cumplimiento de las obligaciones de los empleadores bajo esta Ley.

Parágrafo Tercero: Cuando el beneficio previsto en esta Ley se otorgue a través del suministro de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la provisión mensual de estos suministros no deberá exceder el treinta por ciento (30%) del monto que resulte de sumar al salario mensual del respectivo trabajador el valor de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación recibidos por éste en el respectivo período mensual. Quedan a salvo las situa-

ciones especiales que puedan preverse en las convenciones colectivas de trabajo o acuerdos colectivos.

Parágrafo Cuarto: En los casos de aquellos trabajadores para los cuales el beneficio establecido en esta Ley exceda del límite fijado en este artículo, conservarán dicho beneficio, y el empleador deberá tomar las previsiones para que gradualmente, en los sucesivos ajustes del salario y del beneficio, se apliquen los correctivos necesarios para respetar el límite del treinta por ciento (30%) antes referido.

Parágrafo Quinto: Cuando en las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo vigentes existiesen beneficios sociales con carácter similar a los establecidos en esta Ley, los empleadores sólo estarán obligados a ajustarlos a las previsiones de esta Ley, si aquellos fuesen menos favorables. (negritas, cursivas y subrayado nuestro).

Dentro del contexto de la normativa citada queda claro que la entrega del denominado ticket o cupón de alimentación o “cesta ticket” o tarjeta electrónica de alimentación, es un mecanismo para hacer efectivo un beneficio social de carácter no remunerativo, es decir, constituyen una modalidad de cumplimiento de la obligación del patrono de suministrar una comida balanceada por jornada de trabajo, que se materializa cuando dichos ticket o cupones pueden ser utilizados “exclusivamente para el pago de comidas o alimentos” (numeral 2 del parágrafo primero del artículo 6°). En todo caso, independientemente del mecanismo adoptado por el empleador para el otorgamiento del beneficio (cupones, ticket, tarjetas electrónicas, comedores, etc.) no cabe duda y así se contempla dentro de las previsiones de la Ley que éste **no tiene carácter salarial**, pues el valor económico establecido en el artículo 5° no constituye un indicativo para su calificación como salario, pues se aplica como referencia sólo si el beneficio es otorgado al trabajador por medio del suministro de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, de manera que en estos casos el valor del cupón tickets o tarjetas electrónica de alimentación, no podrá ser inferior al establecido en dicha disposición. En consecuencia, en aquellos casos en los que el beneficio se otorgue de esta manera se debe ajustar y homologar el

cupón o ticket, con el indicador más alto correspondiente.

De tal manera que cuando el empleador opte por utilizar los mecanismos citados deberá suministrar al trabajador un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, monto que no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T).

Así lo precisa el artículo 5° en su *Parágrafo Primero el cual dispone:*

“En caso que el empleador otorgue el beneficio previsto en esta Ley, a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, suministrará un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.).”

Igualmente, la provisión mensual de estos suministros no deberá exceder el treinta por ciento (30%) del monto que resulte de sumar al salario mensual del respectivo trabajador el valor de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación recibidos por éste en el respectivo período mensual. Quedando a salvo las situaciones especiales que puedan preverse en las convenciones colectivas de trabajo o acuerdos colectivos.

El carácter no salarial del beneficio en comento podemos además inferirlo de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, así:

La Sala de Casación Social, en sentencia de fecha 15 de mayo de 2003 (caso: José Luís Carrasquero contra Seguros La Seguridad) se pronunció acerca del caso y se concluyó que la aplicación del cesta ticket para materializar este derecho laboral, oportunidad en la cual estimó que el beneficio de cesta ticket percibido por ese trabajador, atendiendo a las consideraciones particulares de su caso, tenía carácter salarial, pues le había sido otorgado antes de la vigencia de la Ley Programa de

Alimentación para los Trabajadores la cual negaba el carácter salarial de dicho beneficio, eso aunado a que el cesta ticket que le entregaba la empresa no se restringía a la adquisición de alimentos y le permitía adquirir otra clase de bienes como ropa, medicinas, etc., por eso la sentencia fue clara al precisar que sólo tenía vigencia para el caso concreto y no aplicaba con carácter general.

Posteriormente, en sentencia de fecha 30 de julio de 2003 (Caso: Febe Briceño de Haddad contra el Banco Mercantil) la Sala estableció que los cesta ticket o cupones, conforme a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo son un instrumento para la materialización del beneficio de alimentación y no deben confundirse con el beneficio mismo, el cual puede ser entregado por otros medios diferentes como los comedores. En esa oportunidad concluyó que los cesta ticket no revisten carácter salarial y precisó, además, que con el objeto de preservar su carácter no salarial conforme con lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el cesta ticket no puede ser utilizado para simular pagos o aumentos de salario otorgándose en montos exagerados que excedan las necesidades de alimentación del trabajador.

En otro orden de ideas, por tratarse de un beneficio de naturaleza laboral (artículo 11 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores) resulta aplicable sólo para el trabajador activo y le corresponde por jornada de trabajo efectivamente realizada por ello el disfrute del beneficio de alimentación sólo se entregará a los trabajadores en prestación efectiva del servicio, razón por la cual para la procedencia de su pago deben determinarse previamente el número de días laborados, de manera que el trabajador se hará acreedor del beneficio de alimentación sólo cuando cumpla con cada jornada de trabajo, ya que se trata de un beneficio dirigido a compensar el desgaste energético que sufre el trabajador durante las labores en el marco que le prescribe su jornada ordinaria de trabajo, concepto que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 189 de la Ley Orgánica del Trabajo y 106 de su Reglamento debe entenderse como el “tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y durante el cual no puede disponer libremente de su actividad y de sus movimientos. Es decir, aquél que transcurre desde que llega al lugar donde debe efectuar su trabajo, o donde debe

recibir órdenes o instrucciones respecto al trabajo que se ha de efectuar cada día, hasta el momento a partir del cual pueda disponer libremente de su tiempo y de su actividad.

De allí que el beneficio a que se refiere la Ley de Alimentación para los Trabajadores, debe aplicarse únicamente a aquéllos trabajadores que encuadren dentro de los supuestos legales para su procedencia citados precedentemente y que hayan cumplido efectivamente con la jornada de trabajo para la cual fue designado, quedando excluidos por lo tanto aquellos trabajadores en disfrute de vacaciones o de reposo médico o permiso pues durante dicho lapso no cumplen con la jornada laboral.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia cuando ha señalado que para el pago del beneficio de alimentación adeudado se tomará en cuenta los días efectivamente laborados. Por lo tanto se excluyen los días no laborables establecidos en el artículo 212 de la Ley Orgánica del Trabajo, los correspondientes a las vacaciones disfrutadas; y los días de fiestas regionales. Asimismo señaló que: "Una vez computados los días efectivamente laborados, el experto deducirá el valor correspondiente por cupón o ticket, cuyo valor será el mínimo establecido por el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, es decir, el 0.25 del valor de la unidad tributaria correspondiente al día efectivamente laborado y en el cual nació el cobro del presente concepto. Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social. 19-05-2005. Magistrado: Alfonso Valbuena Cordero. (Caso: Elmi Machado y otros contra Consorcio Las Plumas y Asociados, C.A.).

Basándonos en los criterios expuestos precedentemente la aplicación del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, no puede hacerse extensivo a ex funcionarios jubilados, pensionados y sobrevivientes ya que estos al ser retirados del servicio no prestan un servicio personal que acredite el otorgamiento del beneficio destinado a compensar el desgaste energético que sufre el trabajador activo al desempeñar sus labores. Estas personas reciben una pensión vitalicia sin contraprestación en el presente, y adolece por tanto de la intención retributiva del trabajo; sobre todo, considerando el caso de la pensión de sobrevivencia a la cual tienen derecho por vía de gracia

personas con las que nunca hubo una relación laboral. Al respecto, recordemos que el beneficio de alimentación en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, tiene por objeto mejorar el estado nutricional de los trabajadores, para fortalecer su salud, prevenir las enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral, razón suficiente para justificar la improcedencia para otorgar el beneficio que nos ocupa a personas ajenas a la relación laboral.

Finalmente, conforme lo dispone la Ley la utilización de los cesta ticket por concepto de alimentación debe restringirse a la adquisición de alimentos o comidas elaboradas y no a la adquisición de otra clase de bienes o insumos como expresamente lo establece, de lo contrario aquellos establecimientos que incurran en las infracciones señaladas en el presente artículo serán sancionados con multa que oscilará entre veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) y cincuenta unidades tributarias (50 U.T.). En caso de reincidencia, se procederá al cierre temporal del establecimiento infractor y se le cancelará, definitivamente, la habilitación, correspondiéndole al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario ejecutar la acción, de conformidad con la ley respectiva.

Así lo dispone el artículo 7° de la Ley citada:

“Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas previstos en esta Ley, serán instrumentos de único propósito que se destinarán exclusivamente a la compra de comidas o alimentos, constituyendo infracción:

- 1. El canje del cupón o ticket por dinero, o la obtención de dinero, financiamiento o crédito con la tarjeta electrónica de alimentación.*
- 2. El canje, pago o compra de cualquier bien o servicio que no se destine a la alimentación del trabajador.*
- 3. El canje o compra de bebidas alcohólicas o cigarrillos.*
- 4. El cobro al trabajador beneficiario, por parte del establecimiento habilitado de cualquier descuento sobre el valor real del cupón o ticket, o sobre el valor representado o pagado con la tarjeta electrónica de alimentación.*
- 5. El cobro o transferencia al trabajador beneficiario, por*

parte de las empresas de servicio especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, de cualquier descuento, comisión o carga fiscal por la emisión o el uso de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

- 6. El uso, por parte del establecimiento habilitado, de los cupones, tickets o comprobante de utilización de las tarjetas electrónicas de alimentación que reciba de los beneficiarios para otros fines que no sean el reembolso directo en la empresa emisora de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.*

Los empleadores deberán orientar a sus trabajadores sobre la correcta utilización de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.

Por último, es nuestro criterio cuando el beneficio es entregado conforme a lo dispuesto en los puntos 1, 2, 5 y 6 del artículo 4° de la citada Ley, es decir, a través de una comida balanceada en comedores propios de la empresa o contratados con tercero; mediante la contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales; mediante la instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo; y mediante la utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición, consideramos que los trabajadores que disfrutan de tal servicio no tienen derecho a percibir los cupones o tickets de alimentación, pues estaría percibiendo el beneficio dos veces mediante la utilización simultánea de dos de mecanismos excluyentes a que hace referencia la Ley para la materialización del beneficio, lo cual constituye una situación de inequidad respecto de los demás trabajadores violatoria del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el texto Constitucional.

CONCLUSIONES:

1. El beneficio de alimentación está regulado actualmente por la Ley de Alimentación para los Trabajadores; que entró en vigencia a partir de su publicación², con ciertas condiciones y salvedades previstas

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.094 del 27 de diciembre de 2004.

expresamente en su artículo 12, a cuyos efectos dispone que se mantiene la aplicación del programa, para aquellos trabajadores del sector público o privado que disfruten del beneficio de alimentación para el momento de su entrada en vigencia; no obstante, aquellos organismos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal que no lo hubieren otorgado, disponían del lapso de seis (6) meses para otorgarlo, incorporando en el presupuesto siguiente la disponibilidad presupuestaria necesaria a los efectos de su pago efectivo; pero, en todo caso, el beneficio nacerá para el trabajador desde el mismo momento en que le sea otorgado; con lo cual deja claro su carácter no retroactivo.

2. El objeto de la Ley Alimentación para los Trabajadores está dirigido a proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores, fortalecer su salud, prevenir las enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral a través del suministro por parte del empleador de **una comida balanceada por jornada de trabajo** a los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.
3. La Ley de Alimentación para los Trabajadores se aplica a toda empresa o grupo empresarial del sector público o privado que tenga veinte (20) o más trabajadores; y a aquellas empresas con menos de 20 trabajadores cuando el empleador así lo decida voluntaria o concertadamente. El otorgamiento del beneficio de alimentación será obligatorio para aquellos trabajadores que devenguen un **salario normal** menor de tres (3) salarios mínimos urbanos quienes quedarán excluidos del beneficio cuando su salario normal supere dicho límite; no obstante, cuando el empleador así lo disponga el beneficio podrá mantenerse y más aún extenderse, hasta aquellos trabajadores cuyo salario sea superior al límite señalado.
4. La entrega del “cesta ticket” o tarjeta electrónica de alimentación **no constituye un componente del salario**, conforme con lo dispuesto en el numeral 1 del párrafo tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con en el artículo 73 de su Reglamento, (normas que resultan aplicables atendiendo a la remisión que hace a la Ley Orgánica del Trabajo, el artículo el artículo 5° de la Ley de Alimentación para los Trabajadores). Constituyen

mecanismos para hacer efectivo un beneficio social de carácter no remunerativo referido a la provisión de comidas o alimentos, son sólo una modalidad de cumplimiento de la obligación del patrono de suministrar una comida balanceada por jornada de trabajo, que se materializa cuando dichos tickets, cupones o tarjetas pueden ser utilizados “exclusivamente para el pago de comidas o alimentos”.

5. Por su naturaleza laboral (artículo 11 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores) la entrega de cesta tickets o tarjeta electrónica de alimentación resulta aplicable sólo para el **trabajador activo y le corresponde por jornada de trabajo efectivamente realizada** por ello el disfrute del beneficio de alimentación sólo se entregará a los trabajadores en prestación efectiva del servicio, quedando excluidos por lo tanto aquellos trabajadores en disfrute de vacaciones o de reposo médico o permiso pues durante dicho lapso no cumplen con la jornada laboral.
6. La aplicación del beneficio de Alimentación para los Trabajadores, no es extensiva a ex funcionarios jubilados, pensionados y sobrevivientes ya que estos al ser retirados del servicio no prestan un servicio personal que acredite el otorgamiento del beneficio destinado a compensar el desgaste energético que sufre el trabajador activo al desempeñar sus labores.
7. Los trabajadores que disfrutan del beneficio de alimentación otorgado a través de *comedores propios de la empresa o contratados por ésta con terceros; o mediante la contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales;* o mediante la instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo; o mediante la utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición, no tienen derecho a percibir los cupones o tickets de alimentación o tarjetas electrónicas, pues estarían percibiendo el beneficio dos veces mediante la utilización simultánea de dos mecanismos excluyentes a que hace referencia la Ley para la materialización del beneficio.

Memorándum N° 04-00-367 del 15 de noviembre de 2005.

LICITACIONES

LICITACIONES: Otorgamiento de anticipo a una empresa favorecida con la buena pro en un procedimiento licitatorio.

El otorgamiento de anticipo corresponde al ente contratante, quien previa disponibilidad presupuestaria, lo otorgará por el monto establecido en las bases concursales y el proyecto de contrato, quedando a cargo del oferente la presentación de la fianza de anticipo acordada en el pliego de licitación, a los fines de suscribir el contrato.

Memorándum N° 04-00-159 del 17 de abril de 2006.

Se solicita opinión de esta Dirección con relación a la posibilidad de otorgar anticipo en los términos indicados en el pliego concursal a una empresa que fue favorecida con la buena pro quien en su oferta no indicó el monto del anticipo, sin embargo dicho monto estaba contemplado en el pliego de la licitación.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta esta dirección observa lo siguiente:

El concepto jurídico del Pliego **Bases y Condiciones** dentro del proceso licitatorio llevado a cabo por la Administración, según el administrativista Roberto Dromi¹, *“es un documento que tiene particular importancia en la regulación de la actividad contractual de la Administración. (...) es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. En él se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista. La denominación de pliego de bases y condiciones comprende, en principio, distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, ya sean de alcance general o particular, reguladoras del procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación.”*

De lo antes citado se desprende, que el Pliego de Licitación es un documento contentivo de cláusulas que junto con los demás aspectos o especificaciones que lo acompañan, comprende el pilar fundamental del proceso licitatorio, en tanto establece no sólo aspectos relativos a la forma particular de ejecución del contrato (cantidad, lugar, plazos de entrega, calidad, forma y plazos para el pago, garantía, entre otros),

1 Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. p. 245.

sino que prevé de forma expresa los derechos y obligaciones tanto para la Administración como para el contratista.

A través del pliego, se establece también la metodología para la calificación de las ofertas, tomando en consideración la capacidad jurídica, técnica y financiera, que servirán como criterios para seleccionar la mejor oferta merecedora de la buena pro, a los fines de suscribir el contrato.

Ahora bien, entre los soportes que acompañan la solicitud de opinión, el Pliego de Licitación, en el cual se prevén las Bases Concursales, relativas a la oferta, la garantía de mantenimiento de oferta (fianza o depósito) y los requisitos exigidos, en el numeral 8 del punto 7 (forma de pago) se establece textualmente que “*El banco **podrá otorgar a solicitud de la empresa, un anticipo hasta por un SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) tanto para el monto del componente nacional como para el importado. Este anticipo deberá ser afianzado en bolívares o en dólares (US\$), según el caso, en un 100% de su monto mediante fianza solidaria a satisfacción del Instituto, la cual deberá ser emitida por una empresa de seguros inscrita en el Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD) (...) o por una institución financiera a través de telex testado o carta de crédito stand by.***” (Negrillas nuestras)

Ahora bien, la previsión antes citada resulta confusa, toda vez que no se especifica claramente el momento en el cual los participantes deben hacer la solicitud de anticipo, por lo que mal podría asumirse que corresponde en la oportunidad de presentación de la oferta, resaltando que las condiciones del pliego de licitación circunscriben la actuación de los participantes.

Asimismo, el punto N° 20 de las bases concursales dispone: “A los fines de comenzar la ejecución del contrato, **la empresa que resulte favorecida deberá:** (Omissis) b.- Constituir fianza a favor del Banco Central de Venezuela por una cantidad equivalente al 100% del monto total otorgado en anticipo.” (Destacado nuestro)

Por su parte, el proyecto de contrato suministrado a las empresas participantes, contempla que: “El BANCO entregará a **LA EMPRESA, un anticipo equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del monto total de los vehículos (...).** Este anticipo será otorgado previa presentación de

garantía por el cien por ciento (100%) del monto anticipado, para garantizar el reintegro a EL BANCO en la misma moneda en que el anticipo haya sido otorgado.” (Negrillas nuestras)

Como puede observarse, tanto en las bases concursales como en el proyecto de contrato suministrado a los oferentes, se encuentra previsto el otorgamiento de un anticipo a la empresa que resultare favorecida con la buena pro, sin embargo, observamos cierta incongruencia entre las estipulaciones antes citadas, en tanto en el numeral 8 del punto 7, se utiliza el verbo “**podrá**”, mientras que en el proyecto de contrato se utiliza el verbo “**entregará**”, refiriéndose al otorgamiento del anticipo por parte del banco.

Igualmente, por una parte se prevé que el porcentaje de dicho anticipo será de hasta un 75% (límite máximo) y por la otra que éste será el equivalente (igual) al 75% del monto total de los bienes a suministrar.

En ese sentido, cabe indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley de Licitaciones,² los pliegos de licitación deben contener, entre otros aspectos, el tiempo mínimo de validez de las ofertas, plazo máximo para otorgar el contrato, proyecto de contrato y los modelos de manifestación de voluntad y ofertas.

Esta disposición se fundamenta, en que la Administración debe poner en conocimiento de forma clara y precisa las condiciones bajo las cuales tiene previsto concretar su voluntad contractual, a los fines de dejar sentado los derechos y obligaciones de las partes, ajustado desde luego, a las estipulaciones del pliego de licitación y a la normativa aplicable, todo lo cual garantiza la seguridad jurídica, la validez y eficacia del contrato.

Respecto a la Oferta, el artículo 53 ejusdem establece, que el tiempo de vigencia de la misma debe ser suficiente para que el ente contratante pueda realizar todas las actuaciones necesarias para la calificación, examen y evaluación de ofertas, otorgamiento de la buena pro y **firma del contrato**. Para ello, los oferentes están obligados a sostener sus ofertas **durante el plazo indicado en los pliegos**, presentando garantía

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

por el monto fijado por el organismo licitante, a los fines de asegurar que no retirará la oferta **durante su vigencia**, y que celebrará contrato y otorgará la garantía de fiel cumplimiento dentro del plazo establecido en los pliegos, en caso que se le otorgue la buena pro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley *in commento*.

Aunado a lo anterior, el artículo 99 de la citada Ley dispone, que en los **contratos otorgados** por licitación general, **licitación selectiva** o licitación anunciada internacionalmente, **deben mantenerse las condiciones establecidas en los respectivos pliegos de licitación y en la oferta beneficiaria de la buena pro**.

En ese sentido, al constituir el pliego de licitación y la oferta como partes integrantes de los contratos, sus estipulaciones deben conservarse, tal y como fueron establecidas y aceptadas en su oportunidad. En relación con ello, el autor Roberto Dromi³ señala que: “(...) Como la Administración confecciona sus pliegos de condiciones en forma unilateral y los licitadores deben formular sus propuestas con estricta sujeción a esos pliegos, **el contrato administrativo tiene reconocido su carácter de contrato de adhesión a cláusulas predispuestas por la Administración.**” (Destacado nuestro).

No cabe duda, que la oferta y la manifestación de voluntad de participar en el procedimiento licitatorio trae consigo, salvo manifestación en contrario, la aceptación de las cláusulas del proyecto de contrato que es parte integrante del pliego de la licitación, pues al ajustarse a ellas el oferente tiene la certeza de ser merecedor de la buena pro. Así la oferta del participante viene delimitada desde afuera por el pliego de licitación, unilateralmente elaborado por la Administración, en consecuencia resulta lógico, que el particular al presentar su oferta, tenga por norte cumplir las condiciones previstas en el pliego de licitaciones.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el **Principio de Igualdad** en los procedimientos licitatorios, no solamente rige entre los participantes, sino también, entre el ente contratante (Administración) y los participantes, toda vez que si bien es cierto, los contratos administrativos se caracterizan por contener cláusulas exorbitantes a favor de la Administración, no lo es menos que la contratación debe llevarse a

3 Íbid. p. 247.

cabo respetando las condiciones previstas en el pliego de licitación y aceptadas con anticipación por el oferente. De manera, que el ente contratante debe garantizarle al ganador de la buena pro, el cumplimiento de las mismas.

En el caso bajo análisis, mal podría considerarse que el otorgamiento de anticipo procede a solicitud del oferente conforme a lo previsto en el pliego y el contrato en tanto es una obligación que recae únicamente en el ente contratante, el cual previa disponibilidad presupuestaria, lo otorga por el monto establecido en las bases concursales y el proyecto de contrato, quedando a cargo del oferente la presentación de la fianza de anticipo acordada en el pliego de licitación, a los fines de suscribir el contrato.

Es oportuno mencionar en el supuesto que la vigencia de la oferta haya vencido, el ente contratante de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley de Licitaciones, puede solicitar al oferente, la prórroga de la validez de la oferta y la garantía que la misma se mantendrá vigente durante el tiempo requerido en el pliego de licitación más la prórroga.

CONCLUSIONES:

1. El ente contratante debe poner en conocimiento de forma clara y precisa en el pliego de licitación las condiciones bajo las cuales tiene previsto concretar su voluntad contractual, a los fines de dejar sentado los derechos y obligaciones de las partes, todo lo cual garantiza la seguridad jurídica, la validez y eficacia del contrato.
2. La oferta del participante está sujeta a las condiciones del pliego de licitación, elaborado unilateralmente por la Administración, al cual se adhiere el oferente, con la manifestación de voluntad.
3. El Principio de Igualdad en los procedimientos licitatorios, rige entre el ente contratante (Administración) y los participantes, por lo que la contratación debe llevarse a cabo respetando las condiciones previstas en el pliego de licitación y aceptadas con anticipación por el oferente. De manera, que el ente contratante debe garantizarle al ganador de la buena pro, el cumplimiento de las mismas.

Memorándum N° 04-00-159 del 17 de abril de 2006.

PRESUPUESTO

PRESUPUESTO: La máxima autoridad es el ordenador de compromisos y pagos con cargo al presupuesto del organismo que dirige, funciones que pueden ser delegadas sin que la revocatoria de la delegación implique la modificación de la Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos.

De conformidad con lo establecido en los artículos 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y 48 de su Reglamento N° 1, las máximas autoridades son los ordenadores de compromisos y pagos del presupuesto del organismo que dirigen, de allí que para el ejercicio de dichas funciones no requieren de un acto administrativo que ratifique dicha cualidad, funciones que a su vez pueden delegar en funcionarios de alto nivel haciendo constar el monto límite y los conceptos de gastos objetos de delegación; sin embargo, la revocatoria de esa delegación no implica que deba reformarse la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos.

Memorándum N° 04-00-306 del 16 de septiembre de 2005.

Se solicita opinión de esta Dirección en relación a si el Director del Despacho de la Presidencia de la República, para ejercer la función de cuentadante prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y el numeral 5 del artículo 3 del Reglamento Orgánico de la Presidencia de la República, requiere la publicación de algún otro acto administrativo que ratifique su condición o cualidad. Igualmente, se requiere aclarar si la revocatoria de la delegación que tenía en el Director de Gestión Interna, implica que deba reformarse la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos de la Presidencia. Finalmente, consultan, si la delegación de firma secundaria o firma "B" otorgada por el Director de Despacho, en la Directora de Administración a los efectos contables y bancarios, es un acto suficiente para el ejercicio de la función delegada o es necesario otro acto para ejercer la misma.

Sobre el particular se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central¹, la **Presidencia de la República** es la **Estructura** de apoyo al Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, y contará con las **unidades administrativas** y los funcionarios necesarios para el logro

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.262 del 31 de agosto de 2005.

de su misión, cuyas competencias serán establecidas en el Reglamento Orgánico y en los internos que se dicten al efecto.

En ese sentido, el vigente Reglamento Orgánico de la Presidencia de la República², establece en su artículo 2 que ésta última está integrada por el **Despacho del Presidente** del cual dependerán otras oficinas que allí se mencionan.

Por su parte, el artículo 3 *ejusdem*, prevé que el Despacho del Presidente de la República tiene por objeto coordinar todo el apoyo político, de secretaría y administrativo que requiera el Presidente de la República en el ejercicio de sus competencias, el cual tiene la atribución de dirigir la gestión administrativa de la Presidencia con el fin de ejecutar el presupuesto asignado, comprometer y ordenar los gastos de la Presidencia de la República, delegar las atribuciones conforme a la Ley, entre otras, de conformidad con los numerales 3, 5 y 11 del artículo 3 del Reglamento *in commento*.

Ahora bien, el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³, establece expresamente que el Director del Despacho del Presidente de la República, entre otras máximas autoridades que allí se mencionan, **es el ordenador de compromisos y pagos en cuanto al presupuesto del organismo que dirige**, cuyas funciones pueden ser delegadas conforme al Reglamento de la Ley.

En ese orden, el artículo 48 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema Presupuestario⁴, prevé que las máximas autoridades de los organismos del Sector Público, podrán **delegar la facultad** de ordenar compromisos y pagos, en funcionarios de alto nivel adscritos a ellos, en los términos señalados en la Ley, **haciendo constar el monto límite y los conceptos de gastos objeto de delegación**. Dicho acto administrativo contentivo de la delegación, deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, se deberá registrar la firma del delegado en la Oficina Nacional del Tesoro y en los casos de los gastos de seguridad y defensa será también ante la Contraloría General de la República.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.152 del 22 de marzo de 2005.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

Ahora bien, con respecto a la interrogante en relación a si el Director del Despacho de la Presidencia de la República, para ejercer la función de cuentadante prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y el numeral 5 del artículo 3 del Reglamento Orgánico de la Presidencia de la República, requiere la publicación de algún otro acto administrativo que ratifique su condición o cualidad, es oportuno indicar que el funcionario que funge como Director del Despacho del Presidente, tiene atribución expresa para ejercer las funciones de ordenación de compromisos y pagos del órgano que dirige, contenida tanto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público como en el Reglamento Orgánico que regula la estructura y funcionamiento de la Presidencia de la República. De manera que, no hay lugar a dudas sobre las atribuciones conferidas, de allí que no se requiere a juicio de esta Dirección General un acto administrativo que ratifique su ejercicio.

Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público prevé la posibilidad que dichas atribuciones sean delegadas en un funcionario de alto nivel, **haciendo constar el monto límite y los conceptos de gastos objeto de delegación**, la cual deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, así como cumplir el requisito de registro de firma ante la Oficina Nacional del Tesoro, es decir, que no sólo basta que mediante un acto interno se acuerde la delegación de la atribución en referencia sino que además debe cumplirse con el requisito de publicidad del acto.

Con relación a la interrogante referente a que si a raíz de la revocatoria de las facultades que habían sido delegadas en el Director de la Oficina de Gestión Interna del Despacho de la Presidencia, debe reformarse la Estructura para la ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos de la Presidencia de la República, es importante indicar que a la fecha de elaboración de esta opinión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.272 del 14 de septiembre de 2005, una Providencia Administrativa emanada del Despacho de la Presidencia, mediante la cual se aprueba la Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos de la Presidencia para el Ejercicio Económico Financiero 2005, donde únicamente se indica a la Unidad Administradora Central y a las Desconcentradas con sus respectivos códigos, sin identificar a ninguna persona en particular.

Como se observa no es necesario que se haga la identificación de los funcionarios responsables dentro de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, en tanto que el artículo 51 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sólo prevé que la designación de los funcionarios responsables debe efectuarla la máxima autoridad y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, que la publicidad de los actos administrativos contentivos de las designaciones puede hacerse por acto separado del que define la estructura en comentario, para no comprometer la publicación de la estructura existente, en caso de solicitarse la revocatoria de los responsables de las mismas.

En este orden es oportuno advertir, que los funcionarios responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, deberán prestar caución ante la Unidad de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.), mediante la constitución de garantías otorgadas por una institución bancaria o compañía de seguros domiciliada en el país, a tenor de lo previsto en el artículo 52 del Reglamento *in commento*.

Finalmente, en torno a si la delegación de firma secundaria o firma “B” otorgada por el Director de Despacho, en la Directora de Administración a los efectos contables y bancarios, es un acto suficiente para el ejercicio de la función delegada o es necesario otro acto para ejercer la misma, se observa que a la aludida ciudadana sólo se le delegó la **firma secundaria a los fines contables y bancarios**, para lo cual debe realizarse la actualización de firma ante el Banco Central de Venezuela, entidad auxiliar de la Oficina Nacional del Tesoro para la percepción de ingresos y la realización de pagos, que administra la Cuenta Única del Tesoro Nacional, asimismo se delega **la firma de actos y demás documentos referidos a la aprobación de gastos y ordenación de pagos** que afecten los créditos establecidos para la Presidencia de la República, destacando que tal delegación sólo implica la suscripción de tales actos, sin embargo, en lo que se refiere a la competencia, decisión y responsabilidad, siguen atribuidas al funcionario delegante, en tanto la delegación realizada no comporta el desprendimiento de facultades en sí mismas.

Así, es importante destacar que la consecuencia de la delegación interorgánica, es que el funcionario a quien se le haya delegado una atribución es el responsable por su ejecución, a tenor de lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁵, situación que no se corresponde con el presente caso, puesto que sólo se le otorgó la delegación de firma sin atribuciones, por lo que el funcionario superior jerárquico delegante sigue siendo responsable por la ejecución de los actos que se emitan con ocasión de tales funciones. En este sentido, a criterio de esta Dirección General no se requiere un acto adicional, toda vez que se desprende, que la intención de dicha delegación no fue la de transferir atribuciones, sino exclusivamente la firma de documentos.

Memorándum N° 04-00-306 del 16 de septiembre de 2005.

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

PRESUPUESTO El Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Tesorería deroga tácitamente el artículo 3 del Decreto Presidencial N° 345 de fecha 14 de septiembre de 1994.

La previsión contenida en el artículo 3 del Decreto N° 345 referido a la distribución de los recursos disponibles en instituciones financieras por parte de la Administración Pública Centralizada, quedó tácitamente derogada con la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3 sobre el Sistema de Tesorería, que contiene normas específicas relacionadas con la Cuenta Única del Tesoro Nacional, apertura de cuentas bancarias con Fondos del Tesoro Nacional, devoluciones de las sumas acreditadas en cuentas de la República y de sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, colocación de fondos en las instituciones financieras, entre otros.

Memorándum N° 04-00-139 del 18 de abril de 2005.

Se solicita opinión con respecto a si la aprobación del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema de Tesorería, implica una derogatoria tácita del artículo 3 del Decreto Presidencial N° 354 de fecha 19-09-94.

Una vez analizada la solicitud de opinión esta Dirección observa lo siguiente:

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, comenzaron a regir disposiciones sobre el Régimen Fiscal y Monetario del Estado Venezolano. En este sentido, el capítulo II del Título VI “Del Sistema Socioeconómico”, contiene una serie de normas que hacen referencia a una Ley Orgánica que debe establecer las características del Marco Plurianual para la formulación presupuestaria, los principios y disposiciones para la administración económica y financiera nacional, la cual regularía la de los Estados y Municipios en cuanto fuese aplicable, así como la fijación de los límites al endeudamiento público, entre otros aspectos. Asimismo, la Disposición Transitoria *Cuarta*, numeral 5 del Texto Fundamental, establece que la Asamblea Nacional aprobaría una legislación referida al régimen presupuestario y de crédito público.

En atención a los referidos mandatos constitucionales, la Comisión Legislativa Nacional decretó la Ley Orgánica de la Administración Finan-

ciera del Sector Público¹ la cual desarrolla los preceptos enunciados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, previéndose en su artículo 1 el ámbito objetivo de aplicación, en los términos siguientes: “Esta ley tiene por objeto regular la **administración financiera**, el sistema de control interno del sector público y los aspectos referidos a la coordinación macroeconómica, al Fondo de Estabilización Macroeconómica y al Fondo de Ahorro Intergeneracional”. (Destacado nuestro)

Por su parte, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 de la Ley **in commento**, la **Administración Financiera del Sector Público** está conformada por los sistemas de presupuesto, crédito público, **tesorería** y contabilidad, regulados en dicha Ley, así como los sistemas tributarios y de administración de bienes, regulados por leyes especiales, los cuales están interrelacionados y cada uno de ellos actúa bajo la coordinación de un órgano rector.

En este orden, es necesario referirnos al **Sistema de Tesorería**, consagrado en el artículo 105 y siguientes de la citada Ley Orgánica el cual está integrado por el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos a través de los cuales se presta el servicio de tesorería, dicho servicio, se extenderá hasta incluir todo el sector público nacional centralizado y los **entes descentralizados de la República sin fines empresariales**, en lo atinente a las actividades de custodia de fondos, **percepción de ingresos** y realización de pagos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 ejusdem, en concordancia con el artículo 4 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Tesorería.²

Ahora bien, con anterioridad a la normativa en comentario regía el Decreto Presidencial N° 345 de fecha 14 de septiembre de 1994³, dirigido a las máximas autoridades de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, quienes debían cumplir y hacer cumplir sus disposiciones sobre materias como la reorganización administrativa, el inventario de aeronaves, las tarjetas de créditos, remuneraciones del personal, entre otras, y específicamente la referida a la Tesorería Nacio-

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.029 del 5 de septiembre de 2000, cuya última reforma fue publicada en la Gaceta Oficial N° 37.978 del 13 de julio de 2004.

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

3 Gaceta Oficial la República de Venezuela N° 35.552 del 22 de septiembre de 1994.

nal que se encuentra regulada en el artículo 3 ejusdem que establecía textualmente:

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

Los entes de la Administración Pública Descentralizada sometidos al presente Decreto informarán trimestralmente a la Tesorería Nacional sobre el monto de los intereses generados por las colocaciones de los fondos públicos.”
(Negrillas , Cursivas y Destacado Nuestro)

Sobre el particular, es oportuno indicar que, con la entrada en vigencia de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (Arts. 112 al 115) y de su Reglamento N° 3 sobre el Sistema de Tesorería (33 al 37), el artículo 3 del Decreto supra citado quedó tácitamente derogado, tomando en cuenta lo preceptuado por la doctrina cuando señala “ (...) *la nueva norma es incompatible con la antigua, ya que disponen sobre la misma materia en términos contradictorios(...)*”⁴ En ese sentido, el autor Joaquín Sánchez Covisa⁵ sostiene que “(...) *la derogación tácita tiene lugar cuando existe incompatibilidad material entre los preceptos de una Ley anterior y de una Ley posterior, sin que la posterior contenga cláusula derogatoria expresa, ni haga incluso alusión alguna a la Ley anterior. En este caso, los preceptos de la Ley anterior quedan derogados en virtud del principio **lex posterior derogat priori**. Puede ser también total o parcial, según afecte a todos o sólo a algunos preceptos de una Ley anterior.*”

Con fundamento en lo expuesto no cabe duda que el artículo 3 del Decreto en comentario quedó tácitamente derogado con la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3,

4 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo III. D-E. Ediciones Libra.

5 Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa. Tema: “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976. p. 168.

que regula materias relativas a la Cuenta Única del Tesoro Nacional, apertura de cuentas bancarias con Fondos del Tesoro Nacional, devoluciones de las sumas acreditadas en cuentas de la República y de sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, colocación de fondos en las instituciones financieras, entre otros aspectos, toda vez que resulta incompatible con el nuevo régimen previsto pues no puede admitirse que una misma situación de hecho esté regulada por dos disposiciones legales que se contradicen entre sí.

Ahora bien, precisada como ha sido la vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3, en cuanto al asunto planteado, conviene hacer un análisis comparativo entre el derogado artículo 3 del Decreto N° 345 y las disposiciones contenidas en los artículos 112 al 115 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en concordancia con los artículos 33 al 37 de su Reglamento N° 3.

Del contenido del artículo 3 del Decreto N° 345 se desprende lo siguiente:

- La Administración Pública Centralizada (nacional) debía **distribuir los recursos disponibles en las instituciones financieras** de forma tal que en las cuentas corrientes no se excediera del 20%.
- Los recursos restantes se debían depositar en **colocaciones a la vista de alto rendimiento**.
- Los **intereses devengados** por los recursos invertidos debían ser entregados a la **Tesorería Nacional**.
- Los entes de la Administración Pública Descentralizada (nacional) debían informar trimestralmente a la Tesorería Nacional sobre el **monto de los intereses generados por las colocaciones de los fondos**.

Por su parte, del contenido de los artículos 112 al 115 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en concordancia con los artículos 33 al 37 de su Reglamento N° 3, se puede observar que:

- Todos los órganos y entes integrados al Sistema de Tesorería deben centralizar todos los ingresos y pagos

en una cuenta única del Tesoro Nacional (modalidad financiera), los cuales se ejecutarán a través del Banco Central de Venezuela y de los bancos comerciales nacionales o extranjeros, respectivos de conformidad con los convenios celebrados a tal fin. La Oficina Nacional del Tesoro ejecutará los pagos ordenados por los diferentes órganos y entidades, de acuerdo con los créditos anuales autorizados en la Ley de Presupuesto vigente.

- Sin la debida autorización de la Oficina Nacional del Tesoro, las entidades auxiliares (bancos) no aperturarán cuentas bancarias a los órganos y entidades integrados al Sistema de Tesorería.
- Las existencias del Tesoro Nacional forman una masa indivisa a los fines de su manejo y utilización en los pagos ordenados conforme a la ley, sin menoscabo, que se constituyan fondos con carácter permanente (avances o adelantos de fondos) a los funcionarios respectivos.
- La Cuenta Única del Tesoro Nacional no es incompatible con el mantenimiento de subcuentas en divisas abiertas en el Banco Central de Venezuela por la Oficina Nacional del Tesoro o con la autorización de ésta.
- El Ministerio de Finanzas es quien dispone la devolución al Tesoro Nacional de las sumas acreditadas en las cuentas de la República y de sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales incorporados al sistema de Cuenta Única del Tesoro, cuando éstas se mantengan sin utilizar por un período de 4 meses, informándose de ello al órgano o entidad respectiva.
- El Ministerio de Finanzas, puede disponer la colocación de fondos del Tesoro Nacional, las cuales deberán ser realizadas por la Oficina Nacional del Tesoro en instituciones financieras, reguladas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de conformidad con un instructivo especial, sin embargo, los funcionarios responsables del manejo de fondos

del Tesoro Nacional no podrán efectuar colocaciones financieras con dichos recursos.

- No obstante lo anterior, cualquier tipo de Intereses o gananciales que produzcan los fondos del Tesoro Nacional, deberán ser depositados en la Cuenta del Tesoro Nacional en el Banco Central de Venezuela.

Como puede observarse, ahora los órganos y entidades que conforman la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada (sin fines empresariales) **integrados al Sistema de Tesorería** ya no deben distribuir los recursos disponibles en las instituciones financieras, ni asegurarse que las cuentas corrientes no se excedan del 20%, tal como lo establecía el derogado artículo 3 del Decreto toda vez que dentro del nuevo régimen del Sistema de Tesorería, todos los ingresos y pagos se deben centralizar en la Cuenta Única del Tesoro Nacional (modalidad financiera), los cuales se ejecutarán a través del Banco Central de Venezuela y de los bancos comerciales nacionales o extranjeros, respectivos.

Asimismo, tampoco pueden realizar depósitos con los recursos restantes para realizar colocaciones a la vista de alto rendimiento, tal como lo establecía el derogado artículo 3 del Decreto N° 345, toda vez que de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 3, los funcionarios responsables del manejo de fondos del Tesoro Nacional no pueden efectuar colocaciones financieras con dichos recursos, sin embargo, cualquier tipo de intereses o gananciales que produzcan los fondos del Tesoro Nacional, deben ser depositados en la Cuenta del Tesoro Nacional en el Banco Central de Venezuela, resaltando que sólo el Ministerio de Finanzas, puede disponer la colocación de fondos del Tesoro Nacional, ejecutado por la Oficina Nacional del Tesoro, según el instructivo especial dictado a tal efecto.

Por otra parte, es importante analizar lo dispuesto en el Capítulo IV de las Leyes Anuales de Presupuesto correspondientes a los años 2002 hasta 2004, remitidas a esta Dirección General, en lo relativo a que: “En los órganos y entes referidos, los responsables del manejo de fondos en avance, deberán tener en las cuentas corrientes, recursos no utilizados inferiores al treinta por ciento (30%) del monto total deposti-

tado en dichas cuentas, y el remanente deberá ser depositado en una cuenta especial a su nombre en el Banco Central de Venezuela, en la medida en que no se retrase, interfiera o impida la ejecución física de los programas y actividades, ni el pago oportuno de sus compromisos. En los casos que se produzcan rendimientos, los organismos de la Administración Central deberán reintegrarlos al Tesoro. Los entes descentralizados podrán capitalizar los rendimientos obtenidos o disponer de los mismos, de conformidad con las previsiones legales y demás normas sobre la materia.”

Sobre el particular expuesto, se observa que el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema Presupuestario, contiene disposiciones sobre los **Fondos en Avance**, sin embargo, no se prevé que los funcionarios responsables que manejen tales fondos en los órganos y entidades sujetos a dicho Reglamento, estén obligados a mantener un porcentaje máximo de recursos no utilizados del monto total depositado en las cuentas corrientes. No obstante, ha sido previsto de manera constante en las Leyes Anuales de Presupuesto de los años 2002 hasta el 2004 que los responsables del manejo de fondos en avance, deben tener en las cuentas corrientes, recursos no utilizados inferiores al treinta por ciento (**30%**) del monto total depositado en dichas cuentas, lo cual en criterio de esta Dirección General no es incompatible con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 1 sobre los Fondos en Avance, por cuanto dichas normas, tal como fue señalado, no prevén nada al respecto y en tal caso, la aludida previsión de las Leyes Anuales de Presupuesto estaría especificando sobre aspectos no establecidos en las referidas normas, es decir, que las complementan.

En relación, a los reintegros de los remanentes, se observa que tanto el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público como las diferentes Leyes Anuales de Presupuesto coinciden en que las unidades administradoras responsables de los Fondos en Avance deben reintegrar al Tesoro Nacional los remanentes de los fondos, depositando en una cuenta especial a su nombre en el Banco Central de Venezuela y en caso que se produzcan rendimientos, estos deben ser reintegrados al Tesoro Nacional, tal como fue señalado anteriormente.

Sin embargo, del análisis realizado se constató que las Leyes Anuales de Presupuesto antes aludidas, prevén que los entes descentralizados (genéricamente) **podrán capitalizar los rendimientos obtenidos o disponer de los mismos**, de conformidad con las previsiones legales y demás normas sobre la materia, lo cual resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, donde se establece que cualquier tipo de intereses o gananciales que produzcan los fondos del Tesoro Nacional, deben ser depositados en la Cuenta del Tesoro Nacional en el Banco Central de Venezuela, tomando en consideración que dicha previsión está redactada en forma general para todos aquellos que integran el Sistema de Tesorería Nacional, haciendo la salvedad que quedan excluidos los entes descentralizados **con fines empresariales**, por lo que contrario a lo dispuesto en las Leyes Anuales de Presupuesto, los entes descentralizados **sin fines empresariales** sí deben depositar en la Cuenta del Tesoro Nacional cualquier tipo de intereses o gananciales que produzcan dichos fondos.

Asimismo, ha sido igualmente una constante en las Leyes Anuales de Presupuesto indicar que los órganos de la Administración Central y las entidades de la Administración Descentralizada (genéricamente), estén obligados a informar en los diez (10) días continuos siguientes al final de cada mes, sobre las condiciones de las colocaciones, sus rendimientos y su utilización a la Oficina Nacional del Tesoro y a la Oficina Nacional de Presupuesto. No obstante, tal previsión también resulta incompatible con las disposiciones contenidas en los artículos 33, 34 y 35 del referido Reglamento N° 3, por cuanto es el Ministerio de Finanzas quien puede disponer la colocación de fondos del Tesoro Nacional, la cual es realizada por la Oficina Nacional del Tesoro, de conformidad con un instructivo especial elaborado para tal fin.

En virtud de lo antes expuesto, cabe precisar que ante tales incompatibilidades sobre la materia contenidas en las Leyes Anuales de Presupuesto (rendimientos y colocaciones), a juicio de esta Dirección General privan las disposiciones contenidas en el mencionado Reglamento N° 3, en tanto que éste desarrolla las previsiones sobre el **Sistema de Tesorería** a que se refiere la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, toda vez que, a pesar que es un Reglamento que contiene disposiciones **especiales** que rigen para todos aquellos órganos y

entidades que integran el Sistema de Tesorería, mientras que las Leyes de Presupuesto tiene una vigencia anual.

Memorándum N° 04-00-139 del 18 de abril de 2005.

PRESUPUESTO: Es factible la creación de una caja chica, con el propósito de dar celeridad a las solicitudes de medicinas, pasajes, implementos médicos, efectuadas por los ciudadanos, así como para gastos derivados de servicios de mantenimiento de vehículos.

La creación de fondos de caja chica es viable, siempre que se cumplan las previsiones legales y reglamentarias sobre la materia, corresponderá al órgano o ente tomar la decisión en torno a la creación de uno o más fondos de caja chica para realizar gastos que deben ser imputados a las Partidas de Servicios no Personales (4.03), así como a Transferencias y Donaciones (4.07), previstas en el Clasificador Presupuestario de Recursos y Egresos.

Memorándum N° 04-00-559 del 6 de octubre de 2006.

Se solicita opinión con respecto a la posibilidad que la Dirección General de los Servicios Administrativos de un Ministerio constituya fondos de caja chica. Con el propósito de dar celeridad a las solicitudes de medicinas, pasajes, implementos médicos, entre otros realizados por los ciudadanos, así como para gastos originados por servicios de mantenimiento de vehículos.

Como punto previo, cabe indicar que emitir una respuesta categórica en torno a la posibilidad de crear una caja chica por parte de la Dirección General de los Servicios Administrativos del Ministerio implicaría un acto de coadministración, actividad que excede de las competencias asignadas constitucional y legalmente a este Organismo Contralor. Sin embargo, es necesario realizar algunos señalamientos en torno a los preceptos legales sobre la materia consultada, en aras de coadyuvar en las labores de control fiscal que le corresponde desempeñar a la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio, en los términos que se exponen de seguidas:

El Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema Presupuestario¹, regula en la Sección Décima, lo relativo a los **Fondos en Anticipo** de los órganos de la República, en cuyo artículo 64 dispone que tales Fondos son los girados **con carácter permanente y de reposición periódica**, a los funcionarios responsables de las unidades administradoras del respectivo órgano, quienes tienen la obligación de rendir cuenta de la utilización de los mismos conforme a la normativa vigente.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

Asimismo dispone, que a cada Unidad Administradora integrante de la estructura de ejecución financiera del presupuesto de gastos, se le asignará un **fondo en anticipo**, cuyo monto no podrá exceder del 8% de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados, para las partidas o subpartidas del clasificador presupuestario, que se señalan a continuación:

1. Gastos de personal, excepto aquellos de carácter permanente que se paguen con fondos en avance.
2. Adquisición de materiales y suministros.
3. **Servicios no personales**, excepto servicios de gestión administrativa.
4. Activos reales, excepto:
 - a) Inmuebles y equipos existentes.
 - b) Conservación, ampliaciones y mejoras.
 - c) Estudios y proyectos para inversión en activos fijos.
 - d) Contratación de inspección de obras.
 - e) Construcciones del dominio privado.
 - f) Construcciones del dominio público.

5. Donaciones a personas.

Por su parte, el artículo 70 del Reglamento in commento dispone que el funcionario responsable de cada Unidad Administradora que tenga a su cargo el manejo de un fondo en anticipo podrá autorizar el funcionamiento de uno o más fondos de caja chica para efectuar pagos en efectivo o mediante cheques, durante el ejercicio presupuestario y la constitución y manejo de las cajas chicas se hará con cargo al respectivo fondo en anticipo, en atención a los criterios siguientes:

1. El monto máximo de cada fondo de caja chica será de 200 unidades tributarias.
2. El monto máximo de cada gasto a cancelar con cargo a los fondos de caja chica no podrá ser superior a 20 unidades tributarias.
3. **Las reposiciones de los fondos de caja chica** deberán ser solicitadas por el respectivo responsable al administrador del **fondo en anticipo**, cuando se haya

utilizado, al menos, el 75% de su monto.

4. La solicitud de reposición de los fondos de caja chica debe acompañarse de los documentos siguientes:
 - a) Relación de los gastos realizados.
 - b) Comprobantes de los pagos efectuados.
 - c) El estado en que se encuentra la caja chica.

Conforme a la norma que antecede, debe considerarse que el valor de la Unidad Tributaria, será el vigente para el inicio del ejercicio económico financiero, y el mismo se mantendrá durante la ejecución de la Ley de Presupuesto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 125 del citado Reglamento N° 1.

Como puede observarse, el manejo de los fondos de caja chica se realiza con cargo al respectivo **fondo en anticipo**, a que se refiere el artículo 64 ejusdem, fondo éste que tiene **carácter permanente** y por ende es de reposición periódica, lo cual rige también para los fondos de caja chica.

Asimismo debe precisarse que, el Clasificador Presupuestario de Recursos y Egresos del año 2006, prevé las partidas correspondientes a **Servicios no Personales** (4.03) y **Transferencias y Donaciones** (4.07), a las cuales pueden imputarse los gastos de los fondos en anticipo y por ende los de caja chica por concepto de mantenimiento de vehículos y pagos para sufragar medicinas, pasajes, implementos médicos, entre otros, que requieran los ciudadanos (donaciones a personas). Sin embargo, es necesario hacer la salvedad, que el Clasificador establece que tales donativos o ayudas especiales en dinero o especie acordados a personas naturales (Donaciones corrientes a personas), **no deben revestir carácter permanente**, lo cual a nuestro juicio debe entenderse con relación a donaciones constantes **a una misma persona**, sin que ello implique la permanencia de las donaciones mediante los gastos a cargo de los fondos de caja chica.

Con fundamento en lo antes expuesto, esta Dirección General considera jurídicamente la creación de los fondos de caja chica, atendiendo las previsiones legales y reglamentarias antes citadas, por lo que corresponderá a la Dirección General de los Servicios Administrativos del Ministerio, tomar la decisión en torno a la creación de uno o

más fondos de caja chica para realizar los gastos antes mencionados, lo cual en criterio de esta Dirección no desvirtuaría la naturaleza de las funciones que constitucional y legalmente tienen asignadas dicho órgano, toda vez que el manejo de tales fondos se encuentra previsto en las normas presupuestarias aplicables.

Memorándum N° 04-00-559 del 6 de octubre de 2006.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Alcance de la sanción de inhabilitación impuesta por el Contralor General de la República.

El funcionario inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas no puede ejercer ningún cargo o función pública durante el período de su inhabilitación, por tanto, dicha limitación y no se limita a la prohibición del ejercicio de cargos que involucren la administración, manejo o custodia de fondos públicos, sino que abarca el ejercicio de funciones públicas en términos generales.

Memorándum N° 04-00-544 del 27 de septiembre de 2006.

Se solicita opinión con respecto al alcance que tiene, en el ámbito castrense, la sanción de Inhabilitación que impone el Contralor General de la República, toda vez que el Personal de Tropa Profesional de la Fuerza Armada Nacional, de acuerdo con las Normas de Permanencia en la Institución, solamente puede estar en dos situaciones: actividad o retiro y en ese sentido precisan si la referida sanción sólo implica la prohibición de administrar recursos económicos por el lapso establecido o si el funcionario queda separado del servicio activo de manera definitiva.

Sobre el particular se destaca que la declaratoria de responsabilidad administrativa, apareja ineludiblemente la aplicación de una sanción pecuniaria y la aplicación de sanciones de naturaleza disciplinaria, a saber: suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses; la destitución, cuya ejecución corresponde al órgano o ente al cual está adscrito y la inhabilitación para el ejercicio de **funciones públicas** hasta por un máximo de quince (15) años, esta última la impone el Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, y sin que medie otro procedimiento, en atención a la gravedad del hecho cometido.

En este sentido es importante puntualizar lo que debe entenderse por función pública, para ello tomamos la definición dada por L. Ortega Álvarez¹ que señala lo siguiente:

“El término función pública se define a partir de tres elementos: el conjunto de hombres a disposición del estado que tiene a su cargo las funciones y servicios

1 Enciclopedia Jurídica Básica (voz “función pública” (D° Administrativo)V. II, COO-IND, Madrid Civilitas (Enciclopedia Civilitas), 1.995 págs. 3, 182.

públicos, el régimen jurídico al cual están sometidos y la organización que les encuadra”.

En este mismo orden, resulta necesario delimitar el concepto de funcionario público, a tal efecto traemos a colación la definición establecida en el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción², establece:

“Sin perjuicio de lo 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:

*1.- Los que estén investidos de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas originadas por elección, por nombramiento, o contrato otorgado por la autoridad competente, **al servicio de la República**, de los estados, de los territorios y dependencias federales, de los distritos, de los distritos metropolitanos o de los municipios, de los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales, de las universidades públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público.*

2.- Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles 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 representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio.

3.- Cualquier otra persona en los casos previstos en esta Ley...”. (Resaltado nuestro).

En esta misma línea argumentativa, transcribimos el concepto de

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario de fecha 7 de abril de 2003.

funcionario público, establecido en el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Función Pública:

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

De conformidad con estas definiciones, es posible concluir que los funcionarios pertenecientes al cuerpo castrense indudablemente se encuentran allí comprendidos, toda vez, que de acuerdo con el contenido de los artículos 328 y 329 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, los integrantes de la Fuerza Armada Nacional, prestan un servicio a la República, por cuanto tienen entre sus atribuciones, garantizar la independencia y soberanía de la nación, asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la operación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional.

Así tenemos que la administración militar es parte de la Administración Pública, tal como se evidencia del artículo 82 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional⁴, el cual señala; “La administración militar, como parte de la Administración Pública Nacional, comprende la organización del Ministerio de la Defensa por ende de la Fuerza Armada Nacional, a los fines de su sostenimiento y en el más perfecto estado de empleo y utilidad.

De ahí que los funcionarios pertenecientes al medio castrense, son susceptibles de la imposición de sanciones por las infracciones cometidas en el ejercicio del cargo o función pública que desempeñen, aún cuando provengan de otro órgano como lo es la Contraloría General de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 82, en concordancia con el artículo 105 de la Ley Orgánica que rige su funcionamiento.

Siendo así las cosas, la imposición de la sanción de inhabilitación ha de entenderse en sentido amplio, toda vez que el funcionario inhabilitado no puede ejercer ningún cargo o función pública durante

3 Gaceta Oficial N° 38.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2.000.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 38.280 del 26 de septiembre de 2005.

el período de su inhabilitación, por tanto, no puede entenderse, bajo ninguna circunstancia, que dicha limitación es sólo para el ejercicio de cargos que involucren la administración, manejo o custodia de fondos públicos, ya que la limitación abarca el ejercicio de funciones públicas en términos generales.

Ahora bien, a los fines de la ejecución de la sanción de inhabilitación impuesta a un funcionario militar es preciso indicar que en la Directiva N° E-ACGEJ-DI-13-91 de fecha 7 de junio de 1991, que contiene las Normas Sobre la Permanencia del Personal de Tropa Profesional en Servicio Activo del Ejército se establece, en cuanto a la situación militar, que el personal de tropa Profesional estará en situación de actividad o de retiro; estableciendo para el caso del retiro entre sus causales, la medida disciplinaria y la falta de idoneidad y capacidad profesional. Así mismo se señala que este personal pasará a la situación de retiro mediante Resolución Interna del Comando General del Ejército, previa opinión del Consejo Disciplinario, cuando se trate de causales entre las cuales también se indican las mencionadas anteriormente.

Igualmente, el Reglamento de Calificación de Servicio, Evaluación y Ascenso para el Personal de Tropa Profesional y Alistados de las Fuerzas Armadas Nacionales N° DG-5580 de fecha 25 de abril de 1996, específicamente en el Capítulo V titulado “Situación Militar”, se dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 54: *“La Tropa Profesional en las distintas jerarquías podrá tener las situaciones siguientes:*

Actividad y Retiro.

ARTÍCULO 55: *“Estarán en situación de actividad los que ocupen un cargo, empleo o comisión en el país o en el exterior, en las Fuerzas Armadas Nacionales e Internacional y los prisioneros de guerra”.*

ARTÍCULO 56: *“El retiro es la situación que pasará el personal de Tropa Profesional que deje de prestar servicios después de cumplidos dos años, motivado a las causas siguientes:*

a.- Tiempo de servicio cumplido;

b.- Límite de edad;

c.- *Propia solicitud;*

d.- *Invalidez absoluta permanente;*

e.- **Medida disciplinaria;**

f.- *Rescisión del contrato por haberse cumplido el objeto del mismo y haberse incumplido algunos de sus méritos;*

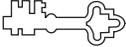
g.- *Sentencia condenatoria definitivamente que conlleve la separación del servicio activo; y*

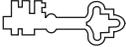
h.- **Falta de idoneidad y capacidad profesional.**

ARTÍCULO 57: *“Para pasar al personal de Tropa Profesional a la situación de retiro se requerirá la opinión del Consejo Disciplinario, cuya organización y funciones serán establecidas en directiva elaborada, a tal efecto, por cada Comandancia General de Fuerza”.*

De modo pues que, la normativa interna aplicable al Personal de Tropa Profesional de ese cuerpo castrense, sólo establece dos situaciones en las que puede encontrarse el personal militar como lo es: actividad o retiro, esto aunado a que dentro de las causales para el paso a retiro se encuentra, entre otras, la medida disciplinaria y la falta de idoneidad y capacidad profesional, y considerando que la imposición de la sanción de inhabilitación implica, tal como se señaló anteriormente, que el funcionario no puede ejercer ningún cargo o función pública durante el tiempo estipulado para esa medida disciplinaria, es imperioso indicar que el funcionario sujeto a la sanción de inhabilitación debería pasar a retiro.

Memorándum N° 04-00-544 del 27 de septiembre de 2006.

 **CONTRALORÍA**
 **GENERAL**
 **DE LA REPÚBLICA**
HACIA LA TRANSPARENCIA

 **CONTRALORÍA**
 **GENERAL**
 **DE LA REPÚBLICA**
HACIA LA TRANSPARENCIA