

# DICTÁMENES

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

2009 - 2010

N° XXI



CONTRALORÍA  
GENERAL  
DE LA REPÚBLICA  
BOLIVARIANA DE VENEZUELA

CONTRALORES SOMOS TODOS

## **Directorio**

### **Adelina González**

Contralora General de la República (E)

### **Armando Guédez Alejo**

Subcontralor (E)

### **Basilio Jáuregui**

Director General Técnico

### **Teresa Fernández**

Directora General  
de los Servicios Jurídicos

### **Mercedes Fernández de Blanco**

Directora General de Control  
de los Poderes Públicos Nacionales

### **Tania García de Rincón**

Directora General de Control de la  
Administración Nacional Descentralizada

### **Félix Zambrano**

Director General de Control  
de Estados y Municipios

### **Carmen Delia González**

Directora General de  
Procedimientos Especiales

### **Marielba Jaua Milano**

Presidenta del Instituto de Altos Estudios  
de Control Fiscal y Auditoría de Estado  
Fundación “Gumersindo Torres” (Cofae)

### **Mary Jiménez**

Presidenta de la Fundación  
para los Servicios de Salud y  
Previsión Social de la Contraloría  
General de la República (Sersacon)



**DICTÁMENES** es una publicación de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela

Depósito Legal: PPO 196308DF15  
ISBN: 980-6151-24-0

Corrección de prueba y estilo: Dirección de Información y Cooperación Técnica  
Diseño gráfico y diagramación: Dirección de Comunicación Corporativa

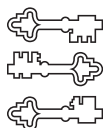
**Nota:** Aún cuando el número de estos Dictámenes pertenece a los años 2009-2010, el Directorio que aquí aparece corresponde al año 2013.

**Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela**

Avenida Andrés Bello, sector Guaicaipuro. Edificio Contraloría General de la República, Caracas, Venezuela, Apartado Postal 1050.

Teléfonos: (58 212) 508.3209. Fax: (58 212) 508.3862

<http://www.cgr.gob.ve> • Twitter: @CGRVenezuela



**CONTRALORÍA  
GENERAL  
DE LA REPÚBLICA  
BOLIVARIANA DE VENEZUELA**

CONTRALORES SOMOS TODOS



# DICTÁMENES

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

**2009-2010**

---

**N° XXI**



## CONTENIDO

Pág.

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	13
---------------------------	----

### **ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA**

Procedencia de constitución de fondos en anticipo y/o cajas chicas, por parte de los entes descentralizados con fines empresariales. Memorando N° 04-00-508 del 01 de septiembre de 2009. ....	17
--	----

### **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Legalidad de hacer entregas en dinero efectivo, corriente y de curso legal a los Bancos Comunales y la obligación de las empresas del Estado contratadas por la Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano, de dar cumplimiento con el Compromiso de Responsabilidad Social. Oficio N° 04-00-044 del 04 de junio de 2009. ....	27
Posibilidad de que los órganos y entes de la Administración Pública adquieran bienes usados. Memorando N° 04-00-651 del 3 de noviembre de 2009. ....	37
Asignación de viáticos y anticipos para gastos. Memorando N° 04-00-098 del 11 de marzo de 2010. ....	44
Sistema de Gestión Financiera de los Recursos Humanos y del Sistema de Gestión Administrativa. Oficio N° 01-00-000277 del 22 de abril de 2010. ....	46

### **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Aplicación de la Ley Orgánica para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, a la Contraloría General de la República. Oficio N° 04-00-029 del 27 de abril de 2009. ....	55
---	----

## **CONTRATACIONES PÚBLICAS**

Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas en los mecanismos de selección de contratistas, especial referencia a los contratos de vigilancia y de seguro. Disponibilidad presupuestaria como requisito para otorgar la adjudicación en el marco de contrataciones públicas. Memorando N° 04-00-004 del 07 de enero de 2009. ....	60
Aplicación de la sanción de multa conforme al artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas. Memorando N° 04-00-096 del 09 de marzo de 2010. ....	65
Procedimiento a seguir ante la presentación de solvencias laborales falsas por las empresas oferentes en los procesos de selección de contratistas. Memorando N° 04-00-411 del 17 de septiembre de 2010. ....	72
Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado de conformidad con lo establecido el artículo 127 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. Memorando N° 04-00-412 del 17 de septiembre de 2010. ....	81
Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento. Oficio 01-00-000873 del 27 de octubre de 2010. ....	97

## **CONTROL FISCAL**

Contenido de los artículos 32 y 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con el Concurso para designar al Auditor Interno. Memorando N° 04-00-002 del 06 de enero de 2009. ....	107
Posibilidad de que el Auditor Interno permanezca en el cargo una vez vencido el período para el cual fue designado. Memorando N° 04-00-085 del 05 de febrero de 2009. ....	110



Ausencia de publicación en Gaceta Oficial de los resultados del concurso para la selección del Auditor Interno. Memorando N° 04-00-090 del 10 de febrero de 2009. ....	116
Competencia del Auditor Interno (encargado), para efectuar la audiencia oral y pública del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades. Memorando 04-00-165 del 02 de abril de 2009. ....	121
Autoridad competente para expedir copias certificadas de documentos originales que reposan en los archivos de un ente, así como para la aprobación de los manuales, reglamentos y demás normativa interna del mismo. Memorando N° 04-00-167 del 04 de abril de 2009. ....	123
Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y sus respectivas Oficinas o Dependencias. Memorando N° 04-00-297 del 27 de mayo de 2009. ....	130
Naturaleza de los informes de auditoría. Memorando N° 04-00-311 del 02 de junio de 2009. ....	139
Vigencia del artículo 72 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras. Memorando N° 04-00-348 del 17 de junio de 2009. ....	142
Apertura de un procedimiento de potestad de investigación, sobre la base de un Informe de Auditoría, emanado de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna. Memorando 04-00-351 del 18 de junio de 2009. ....	144
Destitución del Auditor Interno interino. Memorando N° 04-00-376 del 30 de junio de 2009. ....	149
La Unidad de Auditoría Interna debe estar adscrita a la máxima autoridad jerárquica de un ente u organismo. Memorando N° 04-00-398 del 09 de julio de 2009. ....	152

Autorización prevista en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; valor de los soportes documentales escaneados y almacenados en formato digital, y cumplimiento del requisito límite de edad previsto en el Reglamento sobre los Concursos Públicos dictado por la Contraloría.. Memorando N° 04-00-477 del 4 de agosto de 2009. ....	156
Formalización de la potestad de investigación. Memorando N° 04-00-701 del 23 de noviembre de 2009. ....	164
La Unidad de Auditoría Interna no es el órgano competente para realizar el control fiscal de los aportes entregados por la Universidad a sus sindicatos. Memorando 04-00-055 del 12 de febrero de 2010. ....	173
Verificación de las actas de entrega de los servidores públicos de un organismo, por parte de la Unidad de Auditoría Interna. Memorando N° 04-00-110 del 16 de marzo de 2010. ....	186
Interpretación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna. Memorando 04-00-353 del 06 de agosto 2010. ....	193
Alcance de las actuaciones de los Órganos de Control Fiscal Interno, en la verificación de la exactitud y sinceridad del acta de entrega. Memorando N° 04-00-369 del 16 de agosto de 2010. ....	207
Competencias del Auditor Interno interino o encargado. Memorando N° 04-00-422 del 24 de septiembre de 2010. ....	214
Interpretación del numeral 3 del artículo 17 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 Descentralizados. Memorando 04-00-490 del 21 de octubre de 2010. ....	222

Verificación del acta de entrega y la elaboración del informe a que se refieren las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias. Oficio N° 01-00-000871 del 27 de octubre de 2010. ....	226
Interpretación y aplicación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna. Oficio N° 01-00-000872 del 27 de octubre de 2010. ....	230

### **DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO**

Procedencia de que el Banco del ALBA se inscriba en el “Sistema de Registro de Órganos y Entes del Sector Público.” Oficio N° 01-00-000473 del 08 de septiembre de 2009. ....	243
---	-----

### **DERECHO TRIBUTARIO**

Conceptos que deben tomarse en consideración para la declaración y pago del Impuesto Sobre la Renta. Memorando N° 04-00-140 del 16 de marzo de 2009. ....	251
El Servicio de Administración Tributaria del Gobierno del Distrito Capital conmina a la Contraloría General de la República a ejecutar la retención, enteramiento y presentación del reporte del impuesto del 1 x 1000 a favor del Gobierno del Distrito Capital. Memorando N° 04-00-603 del 13 de octubre de 2009. ....	273
Cumplimiento de los deberes de información y enteramiento en materia de Retenciones del Impuesto Sobre la Renta. Memorando 04-00-743 del 21 de diciembre de 2009. ....	284

### **DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES**

Independientemente de que se produzca el resarcimiento voluntario por parte del interesado, corresponde al órgano de control fiscal continuar el procedimiento para determinar las demás responsabilidades a que haya lugar. Memorando 04-00-132 del 12 de marzo de 2009. ....	295
--	-----

## **ESTADOS Y MUNICIPIOS**

Derecho que tienen los funcionarios, empleados y trabajadores del Ejecutivo del Estado Táchira a gozar de manera efectiva el derecho a obtener las pensiones correspondientes, según la contingencia ocurrida, previo cumplimiento de los requisitos legales que exige la vigente Ley del Seguro Social y su Reglamento General. Oficio N° 04-00-005 del 03 de febrero de 2009. ....	303
Pertinencia de extender o no la aplicación del Régimen de Jubilaciones y Pensiones que corresponde a los funcionarios y funcionarias de esa Contraloría General, a los funcionarios y funcionarias adscritos a los demás órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal. Oficio N° 04-00-036 del 18 de mayo de 2009. ....	306
Procedencia de la retroactividad en el pago de la Pensión de sobreviviente a la supérstite de quien en vida fuera personal jubilado de la Contraloría General del Estado Cojedes. Oficio 04-00-037 del 20 de mayo de 2009. ....	316
Posibilidad de que las Contralorías Estadales constituyan fundaciones. Memorando 04-00-291 del 25 de mayo de 2009. ....	320
Posibilidad de considerar que un contrato suscrito entre el Instituto Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia y la empresa PLAYTEX C.A., sea considerado como un “servicio profesional.” Memorando N° 04-00-540 del 17 de septiembre de 2009. ....	329
Posibilidad de que un miembro de la Junta Directiva de una fundación estatal pueda formar parte de la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes. Memorando 04-00-680 del 11 de noviembre de 2009. ....	339
Estabilidad de la que gozan los Contralores Municipales designados por concurso público y los Contralores Municipales Interinos. Memorando N° 04-00-542 del 08 de noviembre de 2010. ....	342

## **FONDO DE PENSIONES**

Responsabilidad y consecuencias jurídicas, derivadas de la posible decisión de la Junta Directiva de vender títulos valores que forman parte de las inversiones de un fondo de Jubilaciones. Memorando 04-00-288 del 21 de mayo de 2009. .... 359

## **FUNCIÓN PÚBLICA**

Concurso para la designación del Auditor Interno. Memorando 04-00-092 del 11 de febrero de 2009. .... 365

Definición de funcionario público y las obligaciones que le son inherentes. Memorando N° 04-00-040 del 19-01-2009. .... 371

Alcance del término “altos funcionarios” a que alude el artículo 2 de la Resolución emanada de este Organismo Contralor, en la cual se exige la presentación anual actualizada de la declaración jurada de patrimonio. Memorando N° 04-00-243 del 11 de mayo de 2009. .... 382

Organismo responsable de pagar la bonificación de fin de año y prestaciones sociales cuando el funcionario ha desempeñado funciones en diferentes instituciones públicas. Memorando N° 04-00-490 del 21 de agosto de 2009. .... 387

Improcedencia del cobro simultáneo de pensión de jubilación y sueldo. Memorando N° 04-00-031 del 29-01-2010. .... 400

Posibilidad de que un órgano donde se produce el reingreso de un jubilado pueda asumir la jubilación y el pago de la pensión. Memorando N° 04-00-297 del 13 de julio de 2010. .... 406

## **LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

Alcance al Memorando 04-00-743 de fecha 21 de diciembre de 2009 relacionado con la limitante para enterar las cantidades retenidas por concepto de Impuesto Sobre la Renta por parte de las Instituciones Públicas. Memorando N° 04-00-136 del 14 de abril de 2010. .... 417

**PODERES PÚBLICOS NACIONALES**

Régimen aplicable para adecuar la infraestructura donde  
funcionará la Empresa Grannacional Socio Productiva  
Venezuela y Bolivia del ALBA S.A., en la República  
Plurinacional de Bolivia. Memorando N° 04-00-287  
del 21 de mayo de 2009. ....433

## **PRESENTACIÓN**

La Contraloría General de la República cumple 75 años de fundada, y desde hace 50 años viene publicando la doctrina administrativa que su calificado cuerpo de abogados ha emitido en relación con temas vinculados con el control fiscal y la participación ciudadana en Venezuela.

Siguiendo la tradición iniciada en 1963 por el Dr. Luis A. Pietri, Contralor General de la República para ese momento, y considerando la profundidad y trascendencia de los cambios normativos e institucionales que ha experimentado tanto el sector público como el privado de nuestra patria, se presenta el Tomo número XXI de los Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que compila las opiniones emitidas durante los años 2009 y 2010.

Con la entrega de este Tomo, las opiniones seleccionadas para su publicación contribuyen al fortalecimiento de la doctrina administrativa que, con total seguridad, orientará a los servidores públicos y particulares en la delicada labor que implica la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, las cuales abarcan diversos temas relacionados con: Administración Descentralizada, Administración Pública, Contraloría General de la República, Contrataciones Públicas, Control Fiscal, Declaración Jurada de Patrimonio, Derecho Tributario, Determinación de Responsabilidades, Estados y Municipios, Fondo de Pensiones, Función Pública, Ley de Impuesto Sobre la Renta, y Poderes Públicos Nacionales.

**ADELINA GONZÁLEZ**  
Contralora General de la República (E)





# ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA



*ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Procedencia de constitución de fondos en anticipo y/o cajas chicas, por parte de los entes descentralizados con fines empresariales.*

**Los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales podrán utilizar fondos a través de cajas chicas dentro de su ejecución presupuestaria, previo establecimiento por parte de la autoridad competente de la normativa interna que regule lo concerniente a su constitución, funcionamiento y control, siempre que ello fuere ajustado a la naturaleza del respectivo ente.**

Memorando N° 04-00-508 del 01 de septiembre de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la procedencia de constituir fondos en anticipo y/o cajas chicas por parte de un ente descentralizado, a tenor de lo previsto en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario.

Debe iniciarse por señalar todo lo relativo a la Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos de la Ley de Presupuesto de los Órganos de la República, el manejo de los fondos en anticipo y el funcionamiento de las cajas chicas, los cuales se encuentran regulados en el Capítulo III “Del Régimen Presupuestario de la República y sus Entes Descentralizados Funcionalmente sin fines Empresariales” del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario<sup>1</sup>. Dicho capítulo, tal como se desprende de su lectura, está destinado exclusivamente a la República y sus entes descentralizados sin fines empresariales.

En ese sentido, la **Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos**, se encuentra establecida en el artículo 47 *iusdem*, en los términos siguientes:

**“Artículo 47. Se entiende por estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, el conjunto conformado por la unidad administradora central y las unidades administradoras desconcentradas que intervienen en la ejecución financiera de los créditos presupuestarios. Las unidades administradoras centrales o desconcentradas y sus responsables,**

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.249 del 12 de agosto de 2005.

*serán designados por la máxima autoridad de cada órgano ordenador de compromisos y pagos, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*

**La unidad administradora central** es la Dirección de Administración u otra dependencia con similares atribuciones. Esta unidad podrá manejar créditos centralizados de otras unidades y créditos propios mediante órdenes de pago directas. **Asimismo, previa delegación de la máxima autoridad, podrá girar órdenes de pago para atender los gastos que deben pagarse mediante fondos en avance o anticipo a las unidades administradoras desconcentradas, sin perjuicio del manejo de los fondos en avance o en anticipo que expresamente se le asignen.**

**Las unidades administradoras desconcentradas** contarán con la estructura administrativa que les permita manejar un **monto anual de créditos presupuestarios igual o superior a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.), mediante fondos girados en anticipo, sin perjuicio del manejo de los fondos en avance y por órdenes de pago directas contra el Tesoro, que le haya sido delegado por la máxima autoridad del órgano.**”  
(Destacado y subrayado nuestro)

La disposición *ut supra* transcrita establece claramente, la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, compuesta por la unidad administradora central, la cual por lo general es la Dirección de Administración del organismo y las unidades administradoras desconcentradas, cuando las hubiere. Estas unidades son las responsables de la ejecución financiera de los créditos presupuestarios asignados a las unidades ejecutoras locales, tal como lo prevé el artículo 43 del mencionado Reglamento.

De esta manera, la unidad administradora central podrá manejar créditos centralizados de otras unidades (desconcentradas), y créditos propios mediante órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional. Igualmente, previa delegación de la máxima autoridad, podrá girar órdenes de pago para atender los gastos que deben pagarse

mediante fondos en avance o anticipo a las unidades administradoras desconcentradas, sin perjuicio del manejo de los fondos en avance o en anticipo que expresamente se le asignen.

Por su parte, las unidades administradoras desconcentradas contarán con la estructura administrativa que les permita manejar un monto anual de créditos presupuestarios igual o superior a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T), mediante fondos girados en anticipo, sin perjuicio de los fondos en avance y por órdenes de pago directas contra el Tesoro, que hayan sido delegados por la máxima autoridad del órgano.

En todo caso, tanto la unidad administradora central como las unidades administradoras desconcentradas, manejan Fondos en Anticipo, sin perjuicio del manejo de fondos en avance y las **órdenes de pago directas giradas contra el Tesoro**, que expresamente le sean autorizadas.

Es importante mencionar, que **sólo aquellos organismos que estén efectivamente integrados al Sistema de Tesorería**, (Sector Público Nacional centralizado y los entes descentralizados de la República sin fines empresariales), a través del Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF), y por ende a la **Cuenta Única del Tesoro**, **podrán girar órdenes de pago directas contra el Tesoro**, tal como se desprende del contenido de los artículos 107 y 112 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>2</sup>, en concordancia con lo previsto en los artículos 3, 4 y 16 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema de Tesorería.<sup>3</sup>

Asimismo, es preciso señalar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 *eiusdem* las provisiones de fondos de carácter permanente (fondos en avance o en anticipo) a los funcionarios de las unidades administradoras (central y desconcentradas), **se efectuarán mientras estas unidades se incorporan al SIGECOF o a la herramienta informática que haga sus veces.**

Al referirse concretamente a los **fondos en anticipo**, cabe indicar que el artículo 64 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario,

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.164 del 23 de abril de 2009.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.433 del 10 de mayo de 2006.

prevé lo siguiente:

**“Artículo 64.** *Los fondos en anticipos son 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.*

***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 ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dicha dependencia en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, para las siguientes partidas o subpartidas del plan o clasificador presupuestario: (...).”***  
(Destacado y subrayado nuestro)

De la disposición *ut supra* transcrita, se desprende que los fondos en anticipo, constituyen una modalidad de adelantos de estos, mediante la cual se transfieren fondos **con carácter permanente y de reposición periódica a los funcionarios de las unidades administradoras, que integran la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos**, para efectuar gastos determinados, tales como: adquisición de materiales y suministros, entre otros establecidos en la norma, los cuales se caracterizan por ser menores.

En este orden de ideas, respecto al funcionamiento de las cajas chicas que los artículos 70 y 71 *eiusdem* establecen lo siguiente:

**“Autorización del funcionamiento de cajas chicas**

**Artículo 70.** *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. La constitución y manejo de las cajas chicas se hará con cargo al respectivo fondo en anticipo, de acuerdo con los siguientes criterios:*

1. *El monto máximo de cada fondo de caja chica será de*

*doscientas unidades tributarias (200 U.T.).*

2. *El monto máximo de cada gasto a cancelar con cargo a los fondos de caja chica no podrá ser superior a veinte unidades tributarias (20 U.T.).*
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 setenta y cinco por ciento (75%) de su monto.*
4. *La solicitud de reposición de los fondos de caja chica debe acompañarse de los documentos que se señalan a continuación:*
  - a) *Relación de los gastos realizados.*
  - b) *Comprobantes de los pagos efectuados.*
  - c) *El estado en que se encuentra la caja chica.*

### **Depósito del fondo de caja chica**

**Artículo 71.** *Cuando las necesidades de manejo de caja chica así lo requieran, los funcionarios responsables de fondos de cajas chicas depositarán los fondos en una cuenta bancaria a nombre de la respectiva dependencia, la cual se abrirá previa autorización de la Oficina Nacional del Tesoro.”*

De acuerdo a las consideraciones jurídicas antes expuestas, en virtud de que los entes descentralizados con fines empresariales no están integrados a la cuenta única del tesoro y por ende al Sistema de Tesorería, no pueden girar órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional para provisiones de fondos con carácter permanente y de reposición periódica como son los fondos en anticipo, por medio de los cuales se constituyen y manejan a su vez las cajas chicas.

No obstante, es posible la utilización de fondos a través de cajas chicas, dentro de la ejecución del presupuesto por parte de los entes descentralizados con fines empresariales, siempre que la máxima autoridad del ente como responsable de la implantación del sistema de control interno<sup>4</sup>, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 14 de su

Reglamento, establezca las normas de constitución, funcionamiento y control para el manejo adecuado de los recursos públicos, mediante la aprobación de manuales (normativa interna), para lo cual pudieran tomar en cuenta como marco normativo de carácter referencial, el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema Presupuestario, específicamente lo referente a las “cajas chicas”, siempre que ello fuera ajustado a la naturaleza del ente. La ejecución de tales fondos no es exclusiva del sector público, pues en el campo privado es común el uso de dicha figura.

Es necesario traer a colación el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece: *“la Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”* Principio que está desarrollado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que prevé lo siguiente:

**“Artículo 4.** *La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la Ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.”*

En este sentido, la Administración Pública se encuentra obligada a regir sus actuaciones, con base en los principios de legalidad, es decir, debe ceñir su actuación a lo que dispongan las normas que integran el denominado “bloque de legalidad” del Derecho, según el cual se impone a las autoridades, y en general a los funcionarios que ejercen el Poder Público, la obligación de cumplir sus labores públicas atendiendo a lo que dispongan las normas contenidas en la Constitución, Leyes, Decretos, Reglamentos y Actos Administrativos. De acuerdo con el denominado principio de legalidad, todos los actos de administración han de ser ejecutados con estricto cumplimiento de las reglas o normas preestablecidas, sea en razón que se esté en presencia de obligaciones impuestas desde afuera por la Constitución o por las Leyes de la Repú-



blica, es decir, que dichas normativas emanen del mismo ente donde deban ser aplicadas, lo cual implica que la Ley es el único mecanismo de atribución de potestades de la administración.

Cabe precisar, que como derivación inmediata de dicho principio, a los órganos de la Administración Pública les estará permitido únicamente actuar respaldados por una norma de disposición legal, que los faculte para ejercer determinada actividad, estando prohibido a dichos órganos alterar, mediante actos singulares, el contenido de los actos generales, que determinan el ámbito de sus competencias.

Memorando N° 04-00-508 del 01 de septiembre de 2009.



# ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Legalidad de hacer entregas en dinero efectivo, corriente y de curso legal a los Bancos Comunales, y la obligación de las empresas del Estado contratadas por la Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano, de dar cumplimiento al Compromiso de Responsabilidad Social.*

**Los Consejos Comunales que reciban aportes en dinero provenientes del Compromiso de Responsabilidad Social, que cumpla un contratista en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, deben rendir cuenta a la comunidad, a través de la Asamblea de Ciudadanos, quien debe evaluar y de ser el caso aprobar su gestión financiera, sin menoscabo de las funciones que corresponden a la Unidad de Contraloría Social. En estos casos, los miembros del Consejo Comunal deben poner en conocimiento expreso a la comunidad, mediante la referida Asamblea de Ciudadanos, sobre la efectiva recepción de los referidos recursos para la ejecución de proyectos comunitarios aprobados por aquélla, lo cual deberá constar por escrito en el Acta respectiva, a los fines que esta ejerza el control social que le corresponde realizar.**

Oficio N° 04-00-044 del 04 de junio de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, con base en la comunicación N° 04-00-071 del 22 de agosto de 2008, emitida por esta Dirección General, en relación con el Compromiso de Responsabilidad Social establecido en la Ley de Contrataciones Públicas, en torno a los planteamientos siguientes:

1. *“A fin de dar cumplimiento al referido Compromiso de Responsabilidad Social establecido en el Decreto N° 5.929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008, se requiere conocer la viabilidad legal **de hacer entregas en dinero efectivo, corriente y de curso legal en el país a los Bancos Comunales**, debido a que en reuniones sostenidas entre funcionarios pertenecientes a la Gerencia de Inversiones Locales adscrita a esta Fundación y representantes de los Consejos Comunales, específicamente del Municipio Mariño, estos han manifestado ese interés alegando que ellos se encuentran en la capacidad de hacer un mejor y más eficiente uso de los recursos bajo su propia administración, en lugar de contar con obras o bienes a ser entregados por las empresas contratistas, de conformidad con lo establecido en la exposición de motivos de la mencionada Ley en*

*concordancia con el Art. 6, numeral 19, ítem 5 eiusdem, de la misma (...).*

2. *Por otra parte, esta Fundación requiere conocer su opinión en relación con **la obligación de las empresas del Estado contratadas por FONTUR de dar cumplimiento con el Compromiso de Responsabilidad Social**, y en caso afirmativo, sirva pronunciarse sobre la forma en que estas empresas deberán dar cumplimiento con este compromiso.”* (Cursivas y destacado nuestro)

Como punto previo, es menester señalar que ha sido criterio sostenido por esta Contraloría General de la República, que las solicitudes de opinión jurídica, deben estar debidamente acompañadas del parecer emitido por la consultoría jurídica del organismo al cual esté adscrita la dependencia consultante, y en caso de que ésta difiera del criterio expresado por aquella, se le estima anexar, igualmente, la opinión que tenga sobre el particular.

Examinada la solicitud, se considera oportuno precisar que, las competencias constitucionales y legales asignadas a este Organismo Contralor, no se extienden a la interpretación jurídica sobre el contenido y alcance de textos legales, sin embargo, se estima pertinente, en atención al principio de colaboración que debe existir entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público, en cualesquiera 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 opinión, sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

Los aportes o la ejecución de proyectos sociales que se efectúan en el marco de las contrataciones públicas por concepto de Compromiso de Responsabilidad Social, conforme a la Ley de Contrataciones Públicas<sup>1</sup>, tienen como propósito, sin lugar a duda, contribuir en el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y por ende, en el desarrollo del país, en el sentido de cooperar en la solución de los diversos problemas sociales que se verifican en el entorno comunitario y social de las personas naturales o jurídicas que obtienen tales dividendos, **y que a su vez conforman el entorno social del órgano o ente contratante**, los cuales se traducen en demandas sociales necesarias a ser atendidas, de conformidad con el artículo 19 de la citada Ley.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

Este compromiso de responsabilidad social, establecido en la Ley de Contrataciones Públicas, en el Decreto N° 4.998<sup>2</sup>, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y Otras Formas Asociativas, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el país; y en el novísimo Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>3</sup>, **se aplica en todos los contratos suscritos con ocasión de los procedimientos iniciados, mediante las modalidades de selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precio y contratación directa, ésta última excepcional)**, toda vez que el mencionado compromiso es fijado por el órgano o ente contratante en el Pliego de Condiciones o en las Condiciones de Contratación, de conformidad con los artículos 34, 37 y 41 del Reglamento *in commento*, el cual es asumido por los participantes en los procedimientos de contratación, mediante sus ofertas y solo será cumplido por aquel oferente a quien se le haya adjudicado total o parcialmente el contrato respectivo.

Ahora bien, dentro de las nuevas disposiciones previstas en el mencionado Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, sobre el Compromiso de Responsabilidad Social, se destaca que los órganos o entes contratantes, en las modalidades de selección de contratistas, **deben fijar para las pequeñas y medianas industrias, cooperativas u otras formas asociativas de producción, preferencias en los parámetros a cumplir dentro del referido Compromiso** exigido por el órgano o ente contratante, **considerando el tipo de empresa**, según lo establece el artículo 47.

De manera que, el Compromiso de Responsabilidad Social, constituye una obligación **de carácter legal dentro de las contrataciones del Estado que debe ser atendida por parte del beneficiario de la adjudicación del contrato, en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones o en las Condiciones de Contratación**, en la oferta y en el contrato (Artículo 36).

Respecto al porcentaje a ser aplicado al Compromiso de Responsabilidad Social, cabe indicar que conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, **se establece un valor mínimo del uno por ciento (1%) y un valor máximo del cinco por ciento (5%) sobre**

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.567 del 20 de noviembre de 2006.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

**el monto del contrato**, el cual asumirá el contratista que resultare beneficiario de la adjudicación del contrato. En este sentido, los órganos o entes contratantes deberán fijar los porcentajes a ser aplicados en el Compromiso de Responsabilidad Social, así como, establecer categorías o escalas proporcionales con base en los montos de los contratos a ser suscritos (Artículo 35 del Reglamento). Es oportuno señalar, que para fijar los porcentajes del Compromiso de Responsabilidad Social, cuando corresponda, estos deberán calcularse con base en el monto del contrato, **sin incluir el Impuesto al Valor Agregado** (Artículo 91 del Reglamento).

Igualmente, es importante destacar, que el Reglamento en referencia estableció de manera **expresa el supuesto cuantitativo de procedencia del Compromiso de Responsabilidad Social**, requerido en todas las ofertas presentadas en las modalidades de selección de contratistas, previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, fijando que el mismo aplica **cuando el monto de los contratos, incluidos los tributos, superen las 2.500 U.T. Asimismo, la norma prevé que este criterio se aplica igualmente para el caso de las contrataciones excluidas de la aplicación de las modalidades previstas en la Ley** (Artículo 34).

Sobre este punto, es de señalar que conforme a las nuevas previsiones establecidas en el Reglamento, se modifica el criterio sostenido en el Oficio N° 04-00-071 del 22 de agosto de 2008, emanado de esta Dirección General, en relación con el límite mínimo establecido para solicitar el Compromiso de Responsabilidad Social y, a lo que debía preverse en el caso que se iniciare un procedimiento de selección de contratistas, mediante cualesquiera de las modalidades previstas en la Ley.

Ahora bien, respecto al primer planteamiento, referido a la posibilidad legal de hacer entregas en dinero a los Bancos Comunales, cabe indicar que conforme lo previsto en el numeral 19 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, el **Compromiso de Responsabilidad Social** debe ejecutarse para atender una de las demandas sociales relacionadas con:

1. La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario.
2. La creación de nuevos empleos permanentes.
3. Formación socio productiva de integrantes de la comunidad.
4. Venta de bienes a precios solidarios o al costo.



5. Aportes en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro.
6. **Cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante.**

El contenido de esta disposición se encuentra reproducido en el artículo 41 del Reglamento de la citada Ley, bajo el epígrafe de “Modalidades del Compromiso de Responsabilidad Social.”

En ese orden de ideas, cabe traer a colación las previsiones establecidas en el artículo 2 de la Ley de los Consejos Comunales<sup>4</sup>; según el cual, los Consejos Comunales son instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, **que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social.**

Los Consejos Comunales, como organización social, cuentan, dentro de su estructura, con una Unidad de Gestión Financiera, denominada Banco Comunal, definido este como la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de dichos Consejos; es una organización flexible, abierta, democrática, solidaria y participativa. Funciona como un ente de ejecución financiera de los consejos comunales para **administrar recursos financieros** y no financieros, **servir de ente de inversión y de crédito**, y realizar intermediación financiera con los fondos generados, asignados o captados, según el artículo 4, numeral 10, y el artículo 10 de la Ley *in commento*.

En ese mismo orden de ideas, cabe indicar que las Funciones de la Unidad de Gestión Financiera o Banco Comunal estipulados en el artículo 22 de la Ley son:

1. **“Administrar los recursos asignados, generados o captados, tanto financieros como no financieros.**
2. **Promover la constitución de cooperativas para la elaboración de proyectos de desarrollo endógeno, sostenibles y sustentables.**
3. **Impulsar el diagnóstico y el presupuesto participativo, sensible al género, jerarquizando las necesidades de la comunidad.**

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.806 Extraordinario del 10 de abril del 2006.

4. *Promover formas alternativas de intercambio, que permitan fortalecer las economías locales.*
5. *Articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema microfinanciero de la economía popular.*
6. *Promover el desarrollo local, los núcleos de desarrollo endógeno y cualquier otra iniciativa que promueva la economía popular y solidaria.*
7. *Rendir cuenta pública anualmente o cuando le sea requerido por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas.*
8. *Prestar servicios no financieros en el área de su competencia.*
9. *Prestar asistencia social.*
10. ***Realizar la intermediación financiera.***
11. *Rendir cuenta ante el Fondo Nacional de los Consejos Comunales anualmente o cuando éste así lo requiera.*
12. *Promover formas económicas alternativas y solidarias, para el intercambio de bienes y servicios.” (Destacado y subrayado nuestro)*

Respecto a los recursos que pueden manejar los Consejos Comunales, a través del Banco Comunal, el artículo 25 de la Ley establece, que podrán recibir de manera directa los siguientes:

1. *“Los que sean transferidos por la República, los estados y los municipios.*
2. *Los que provengan de lo dispuesto en la Ley de Creación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos (LAEE).*
3. *Los que provengan de la administración de los servicios públicos que les sean transferidos por el Estado.*
4. *Los generados por su actividad propia, incluido el producto del manejo financiero de todos sus recursos.*
5. ***Los recursos provenientes de donaciones de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.***
6. *Cualquier otro generado de actividad financiera que permita la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.”*

Asimismo, es importante destacar, **que el manejo de los recursos debe orientarse, de acuerdo a las decisiones aprobadas en Asamblea**

**de Ciudadanos**, decisiones que tienen el carácter vinculante para el aludido Consejo. Esta Asamblea, tiene entre sus funciones primordiales **aprobar el Plan de Desarrollo de la Comunidad y aprobar los proyectos presentados al Consejo Comunal en beneficio de la comunidad, así como la integración de los proyectos para resolver las necesidades afines con otras comunidades e instancias de gobierno, bajo la orientación sostenible y sustentable del desarrollo endógeno.** (Art. 4, numeral 5, Art. 6, numeral 3 y 4 y Art. 26).

Ahora bien, en armonía con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, consideramos que para establecer el compromiso de Responsabilidad Social en el Pliego de Condiciones o Condiciones de Contratación, los órganos o entes contratantes, pudieran tomar en consideración, entre otras demandas sociales<sup>5</sup>, los proyectos sociales comunitarios o necesidades planteadas por los Consejos Comunales, ubicados en el entorno social de los órganos o entes contratantes, **previamente aprobados por la Asamblea de Ciudadanos, a los fines de que su ejecución sea cumplida por el oferente que resulte adjudicatario del contrato, en el procedimiento de selección efectuado**; en ese sentido, el beneficiario del referido Compromiso de Responsabilidad Social **sería la comunidad**, gestionado a través de la gestión del Consejo Comunal respectivo, conforme a la Ley que los regula.

En efecto, ello se deduce del contenido del artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, el cual establece textualmente que:

*“El Compromiso de Responsabilidad Social que se establezca puede ser aplicado mediante proyectos sociales los **cuales serán constituidos por la información de las necesidades** del entorno social del órgano o ente contratante o **de las comunidades organizadas ubicadas en las áreas de influencia de los mismos, y servirán de base para incorporarlos en los pliegos o condiciones de contratación en las diferentes modalidades de selección de Contratistas**, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de éstas modalidades a excepción de los servicios laborales y los*

5 Es necesario resaltar que la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, prevén varias modalidades para efectuar el Compromiso de Responsabilidad Social, entre las cuales se encuentran, los aportes en especies a instituciones sin fines de lucro, la venta de bienes a precios solidarios o al costo, entre otras.

*órganos y entes del Estado. Estos proyectos comprenderán:*

- 1. La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario.**
- 2. La creación de nuevos empleos permanentes.*
- 3. Formación socio productiva de integrantes de la comunidad.*
- 4. Venta de bienes a precios solidarios o al costo.*
- 5. Aporte en especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro.*
- 6. Cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante.”** (Destacado y subrayado nuestro)

En tal sentido, tanto en la Ley de Contrataciones Públicas como en el Reglamento, se prevé que el Compromiso de Responsabilidad Social puede ser aplicado para satisfacer demandas y proyectos sociales, los cuales serán constituidos por la información de las necesidades del entorno social del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas (Consejos Comunales, entre otros), ubicadas en las áreas de influencia de los mismos.

De tal manera que, una vez fijado con claridad el Compromiso de Responsabilidad y su alcance en la comunidad, **el mismo deberá ser ejecutado por el oferente que resultare adjudicatario del contrato**, en los términos previstos en el Pliego de Condiciones o Condiciones de Contratación. Como puede observarse, este compromiso es un aporte que realiza directamente el contratista a la comunidad, que bien pudiera canalizarse a través del Consejo Comunal respectivo.

Bajo estos términos, para traducir a hechos el Compromiso de Responsabilidad que beneficiaría a la comunidad, **cuando fuere canalizado mediante el Consejo Comunal del área de influencia del órgano o ente contratante**, éste pudiera efectuarse de manera directa realizando aportes en especies al Consejo Comunal, como por ejemplo, el suministro de materiales y equipos necesarios para la consecución de proyectos socio comunitarios; la ejecución por parte del contratista (beneficiario del contrato) de obras y prestación de servicios a la comunidad, o bien efectuando aportes en dinero al Consejo Comunal,

los cuales serían gestionados por el Banco Comunal para la ejecución de proyectos socio comunitarios, **entre otras formas de prestación que pudieran implementarse, conforme a las necesidades y conveniencia de la comunidad.**

En todo caso, los aportes que se realicen en cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, deben responder a las necesidades de la comunidad y en aquellos casos en los que existan comunidades organizadas como los Consejos Comunales, **los proyectos deben ser aprobados previamente por la Asamblea de Ciudadanos.**

Asimismo, y tomando en consideración las previsiones de la Ley de los Consejos Comunales, quienes administren los recursos a los que se refiere la misma, estarán **obligados a llevar un registro de la administración, con los soportes que demuestren los ingresos y desembolsos efectuados y tenerlos a disposición de la Unidad de Contraloría Social y demás miembros de la comunidad.** Es necesario destacar, que aún en los casos en los cuales los Consejos Comunales reciban aportes en dinero provenientes del Compromiso de Responsabilidad Social, que cumpla un contratista en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, éstos **deben rendir cuenta a la comunidad, a través de la Asamblea de Ciudadanos,** quien evalúa y aprueba la gestión financiera del Consejo Comunal, de conformidad con el artículo 6, numeral 5 y 13 de la Ley de los Consejos Comunales, sin menoscabo de las funciones que corresponde a la Unidad de Contraloría Social, asignadas en el artículo 23 *eiusdem*. **En estos casos, los miembros del Consejo Comunal deben poner en conocimiento expreso a la comunidad, mediante la Asamblea de Ciudadanos, sobre la efectiva recepción de los referidos recursos para la ejecución de proyectos comunitarios aprobados por aquella, lo cual deberá constar por escrito en el Acta respectiva, a los fines que ésta ejerza el control social que le corresponde realizar.**

Expuesto lo anterior, importa señalar que no puede desconocerse la existencia de otras organizaciones comunitarias no agrupadas en los Consejos Comunales (movimientos sociales, asociaciones civiles, entre otros), que hacen vida en la comunidad, **que bien pudieran contar con importantes proyectos de carácter social, necesarios de ejecución para la satisfacción de sus necesidades.**

Finalmente, respecto al segundo planteamiento formulado, referido a la obligación de las Empresas del Estado contratadas por FONTUR de dar cumplimiento al Compromiso de Responsabilidad Social, es de señalar que el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas de manera expresa señala, que dicho Compromiso **no se exigirá para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratadas directamente entre los órganos y entes señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas (órganos y entes del Sector Público) o cuando la selección del contratista es encomendada a estos órganos o entes.** Sin embargo, debe garantizarse que en estos casos, el gasto esté correctamente imputado a la partida correspondiente del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales, que exista disponibilidad presupuestaria, que los precios sean justos y razonables, que se establezcan los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratante (Artículo 3 del Reglamento).

Oficio N° 04-00-044 del 04 de junio de 2009.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Posibilidad de que los órganos y entes de la Administración Pública adquieran bienes usados.*

**Las contrataciones para la adquisición de bienes usados deben ajustarse a los parámetros previstos en la Ley de Contrataciones Públicas y ser exhaustivamente evaluadas a los fines de asegurar las bondades de dichas adquisiciones respecto a bienes nuevos, en atención a las necesidades y oportunidades que la negociación implique para el Estado. Por tal razón, se hace necesario que la decisión deba ser debidamente motivada y justificada con el fin de garantizar, tanto el destino de los fondos públicos a ser empleados en la adquisición, como la adecuada selección del proveedor del bien.**

Memorando N° 04-00-651 del 3 de noviembre de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la posibilidad de que los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional, puedan adelantar contrataciones para la adquisición de bienes usados, tales como: vehículos, computadoras, aviones, maquinaria para la construcción, mobiliario y armamento entre otros.

La actividad de contratación de la Administración Pública está sujeta a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas, cuyo objeto es regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a dicho Decreto, cuyas disposiciones se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y promoción de la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.

Ciertamente, la contratación pública está presidida por ciertas premisas o principios que deben ser respetados y aplicados en la totalidad de los contratos de la Administración Pública, pues esta actividad se encuentra regulada normativamente por un conjunto de disposiciones que obligan a los órganos y entes que la conforman, a que la selección del contratista deba regirse por los procedimientos previstos en ella. De esta manera, los procedimientos 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. Las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley son el concurso abierto, el concurso cerrado, la consulta de precios, y la contratación directa con acto motivado o sin acto motivado. Estas modalidades de selección tienen como propósito escoger a la persona natural o jurídica más conveniente para contratar con la Administración Pública y para la creación de una relación contractual transparente, pues representan la escogencia de aquella que ofrece condiciones más ventajosas y convenientes a sus intereses, evitando, a través 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 Pública.

Por otro lado, el Legislador previó excepciones a la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas y de las modalidades de selección allí previstas. En ese sentido, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, aquellos contratos que tengan por objeto la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación, entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios. Asimismo, quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Ley, los contratos que tengan por objeto:

1. La prestación de servicios profesionales y laborales.
2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia.
3. La adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero.
4. La adquisición de obras artísticas, literarias o científicas.
5. Las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes.
6. Los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante.



7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública.

De las normas transcritas se infiere, que la Ley de Contrataciones Públicas no exonera expresamente de su aplicación o de la realización de las modalidades de selección allí previstas, aquellos contratos destinados a la adquisición de bienes usados. Sin embargo, se observa que en estos casos la oposición y competencia entre los oferentes resulta poco probable, dadas las características de estos bienes que difícilmente tendrán desde el punto de vista técnico idénticas condiciones; no obstante, se estima que en principio las contrataciones para la adquisición de bienes usados, deberían cumplir los mecanismos de selección previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, máxime de existir la posibilidad de contar con varias ofertas atendiendo a las características del bien. Asimismo, deben respetarse los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad que rigen los procesos de adquisición de bienes, y realizarse las verificaciones que le permitan comprobar la legalidad, veracidad, oportunidad, eficiencia, economía y calidad de sus operaciones, con la finalidad de asegurar la completa transparencia de las actuaciones de cada uno de los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional.

Por su parte, se observa que la Ley de Contrataciones Públicas tampoco contempla prohibición alguna para que un órgano o ente de la Administración Pública, celebre contratos destinados a la adquisición de bienes usados. Sin embargo, se encuentra una referencia a la adquisición de bienes de esta naturaleza en el Clasificador Presupuestario de Recursos y Egresos vigente, que contempla en el grupo de cuentas referidas a los egresos, una partida genérica identificada con el número 4.04. “ACTIVOS REALES” y al describir detalladamente los gastos imputables a dicha partida incluye dentro de ese concepto sólo aquellos “gastos por adquisición de maquinarias, equipos nuevos y sus adiciones y reparaciones mayores, realizadas por los organismos con terceros. Incluye, de igual modo, las construcciones adicionales y reparaciones mayores de edificaciones y obras de infraestructura del dominio privado y público, que realiza el Estado mediante terceros, así como los estudios y proyectos para inversión, semovientes, activos intangibles y otro tipo de activos reales que reúnan como mínimo las siguientes características:

1. Largo uso y duración. Son bienes que tienen un uso normal que sobrepasa el año.
2. Son de carácter permanente. En este sentido, las maquinarias y equipos son de naturaleza tal, que pueden utilizarse en forma continua, por un largo tiempo, sin perder sus características ni deteriorar perceptiblemente su estado.
3. Alto costo. Son bienes cuyo costo unitario es significativo, lo que amerita considerarlos como bienes nacionales o activos fijos.” (Subrayado nuestro).

A mayor abundamiento, las descripciones contenidas en las subdivisiones de la partida 4.04, detallan la naturaleza de los bienes usados, así como la genérica **4.04.11.00.00 Inmuebles, maquinaria y equipos usados**, la cual precisa que se imputan por esa partida los gastos por la compra de inmuebles para el uso de entes públicos, por efecto de expropiaciones y para la adquisición de maquinaria y equipos usados. Por su parte, la específica **4.04.11.05.00 Adquisición de maquinaria y equipos usados**, alude a la asignación para la adquisición de maquinaria y equipos, que hayan sido utilizados y que provengan del mercado nacional e internacional.

Es de destacar que, en las desagregaciones de esta partida presupuestaria, es reiterada la condición de los bienes usados a adquirir cuando se señala que debe tratarse de bienes muebles usados, de alto costo unitario y con duración mayor de un año, utilizados predominantemente en la industria de la construcción, en la producción agropecuaria, en las industrias manufactureras y en los talleres, destinados al transporte de pasajeros y carga; a las comunicaciones y señales de tránsito; destinados a labores de odontología, cirugía y veterinaria, que se realizan en hospitales, unidades sanitarias, consultorios odontológicos y servicios veterinarios, así como en los laboratorios auxiliares de las ciencias médicas, tales como: rayos x, máquinas esterilizadoras, sillas dentales, mesas operatorias, instrumental de operaciones, aparatos de medición, aparatos para realizar estudios por imágenes como: tomografías, resonancias magnéticas, mamografías, entre otros equipos, para fines didácticos, deportivos, científicos, religiosos y recreativos; a la seguridad pública; a oficinas y alojamiento (ver partidas sub específicas 4.04.11.05.01 a 4.04.11.05.07 y 4.04.11.05.99).

De modo, pues, que la lectura de las descripciones de la partida 4.04 y sus divisiones, revela que los conceptos descritos en las mismas no aluden a cualquier clase de bien mueble, maquinaria o equipo usado, sino a aquellos que reúnan las características que permiten calificarlos como activos reales en los términos empleados en el señalado Clasificador Presupuestario.

Aunado a lo anterior y tratándose de la adquisición de bienes de alta tecnología (armamento, equipos de informática, productos electrónicos), consideramos que el órgano o ente que los pretenda adquirir debe estar consciente de que estos bienes son objeto de continuas innovaciones, por lo que pasan rápidamente a estar en estado de obsolescencia, en consecuencia, si se incorporan bienes deficientes u obsoletos al patrimonio público éste sufriría desmejoramiento en detrimento de los beneficios y ventajas que le ofrecería la adquisición de bienes nuevos.

En ese sentido, es preciso señalar, tal y como se expresa en el proyecto de oficio bajo examen, que en estas contrataciones debe atenderse a estrictos criterios de orden técnico, como son, la naturaleza del bien susceptible de ser adquirido y las variables económicas y funcionales existentes en el mercado para el mismo, tales como: la fecha de fabricación, el uso frecuente, mantenimiento, procesos especiales a que haya sido sometido (repotenciación), obsolescencia, calidad, tiempo de vida útil estimada y remanente, y garantía, entre otras, las cuales pudieran incidir directamente en el valor del bien; **así como en la conveniencia de la adquisición de estos por encima de bienes nuevos**. De allí, que los criterios empleados y los posibles estudios realizados para la debida valoración del bien, deban ser detallados y plasmados en un informe que justifique la procedencia de la contratación.

Adicionalmente, se debe indicar que 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.<sup>1</sup>

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***

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

**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.”

La disposición transcrita expresa claramente, los extremos que en ejercicio del 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, 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 patrimonio público que les ha sido encomendada, sin menoscabo de las atribuciones y competencias asignadas a este Máximo Órgano de Control Fiscal externo, 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.

Sobre la base de lo expuesto, se coincide en que la procedencia de las contrataciones para la adquisición de bienes usados debe ajustarse a los parámetros previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, y ser exhaustivamente evaluadas a los fines de asegurar las bondades de dichas adquisiciones respecto a bienes nuevos, en atención a las necesidades y oportunidades que tal negociación implique para el Estado. Por tal razón, se hace necesario que la decisión deba ser debidamente motivada y justificada con el fin de garantizar, tanto el destino de los fondos públicos a ser empleados en la adquisición, como la adecuada selección del proveedor del bien.

Memorando N° 04-00-651 del 3 de noviembre de 2009.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Asignación de viáticos y anticipos para gastos.*

**El ente debe tomar las previsiones necesarias a los fines de evitar la asignación concurrente de “viáticos” y “anticipos para gastos”, ambos conceptos coinciden en que constituyen asignaciones en dinero que se otorgan a un funcionario para que cancele los gastos en que incurra por concepto de alojamiento, transporte y alimentación, cuando deba movilizarse fuera de su sitio de trabajo por razones de servicio.**

Memorando N° 04-00-098 del 11 de marzo de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con los procedimientos administrativos que deben aplicarse a los conceptos de viáticos y anticipos para gastos, visto que es práctica común en un Organismo del Estado, que los viáticos corresponden a una cantidad entregada a una persona, la cual no está sujeta al retorno de la misión, ni a la presentación de documentos justificativos de egresos y, por otro lado, el concepto de anticipo para gastos, si está sujeto a la rendición de cuentas de lo realmente gastado, y la persona receptora deberá reintegrar la cantidad que no haya justificado o rembolsar el monto gastado superior al recibido por anticipo de gastos.

Sobre el particular, es importante destacar, que la opinión solicitada corresponde a una actividad cuyos extremos legales deben ser verificados por quienes dentro del cuadro organizativo de esa dependencia, deban garantizar el correcto uso y administración de los recursos públicos, puesto que de ser emitida una opinión categórica en torno a ello por parte de este Organismo Contralor, podría constituir un acto de control previo sobre el uso y disposición de aquellos fondos, actividad que la Contraloría General de la República no ejerce desde el año 1997, con motivo de la Resolución N° 36.039 del 04 de septiembre de 1996<sup>1</sup>, mediante la cual se transfirió tal competencia a la administración activa.

Sin embargo, a los fines de orientar a la Unidad de Auditoría Interna del ente consultante, se considera, respecto al anticipo para gastos, que éste no puede ser otorgado a un funcionario simultáneamente con los viáticos para el cumplimiento de la misma misión, toda vez que el anticipo vendría a ser un monto en dinero, correspondiente a un porcentaje de la cantidad a cancelar al funcionario por concepto de viáticos, que se

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.036 del 04 de septiembre de 1996.

le entrega cuando por alguna causa de índole perentoria no es posible seguir el curso normal de la tramitación de los mismos.

Se entiende que se trata de una modalidad utilizada internamente en los órganos u entes a los fines de resolver situaciones eventuales y de urgencias debidamente calificadas, y así se permite otorgar un adelanto al funcionario para cubrir parte de los gastos derivados del cumplimiento de una misión fuera del lugar habitual de trabajo, existiendo el compromiso de parte de quien lo recibe de rendir cuenta a los fines de que el responsable del manejo de dichos fondos justifique el gasto a través de los comprobantes respectivos, que evidencien los pagos efectuados con indicación de la imputación, el número de cada comprobante, el beneficiario y monto respectivo.

Siendo ello así, es importante señalar que el órgano debe tomar las previsiones necesarias a los fines de evitar la asignación concurrente de “viáticos” y “anticipos para gastos”, pues según la descripción dada, ambos conceptos coinciden en que constituyen asignaciones en dinero que se otorgan a un funcionario para que cancele los gastos en que incurra por concepto de alojamiento, transporte y alimentación cuando deba movilizarse fuera de su sitio de trabajo por razones de servicio, y la diferencia entre estas categorías, en criterio del consultante, estaría en que los viáticos no están sujetos a la rendición de cuenta, mientras que el anticipo para gastos sí lo estaría.

En ese sentido, es necesario indicar que las normas de control interno que debe aplicar el órgano con el objeto de salvaguardar sus recursos, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 3 de las Normas Generales de Control Interno<sup>2</sup>, comprenden la adopción de medidas destinadas a la comprobación de los gastos, tanto de forma cuantificable como en los aspectos cualitativos de sinceridad, legalidad y razonabilidad, de modo pues que de acuerdo con dicha normativa, corresponde regular la materia que nos ocupa.

Memorando N° 04-00-098 del 11 de marzo de 2010.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Sistema de Gestión Financiera de los Recursos Humanos y del Sistema de Gestión Administrativa.*

**Los sistemas de Gestión Financiera son aplicables a los órganos del Poder Ejecutivo, quienes deben implantar los sistemas complementarios que resulten necesarios para hacer más eficientes sus procesos y mejorar la eficiencia y eficacia en la asignación de los recursos públicos, así como la transparencia de la información y la rendición de cuentas, pero en ningún caso son aplicables a los órganos de los demás Poderes Públicos Nacionales.**

Oficio N° 01-00-000277 del 22 de abril de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, respecto a la implantación del Sistema de Gestión Financiera de los Recursos Humanos (SIGEFIRRH) y del Sistema de Gestión Administrativa (SIGA), en este Máximo Órgano de Control Fiscal, en virtud de las disposiciones contenidas en los Decretos Nros. 7.168 y 7.169, ambos de fecha 30 de diciembre de 2009<sup>1</sup>, en los cuales se ordena implantar los indicados sistemas en todos los entes y organismos señalados en el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, dentro de los cuales se incluye a esta Contraloría General de la República, como órgano de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre el particular, se estima pertinente acotar que la mencionada Ley dispuso la reestructuración del Programa de Modernización de la Administración Financiera del Estado (PROMAFE), con el propósito de que su objeto atienda *prioritariamente* a **la implantación de los sistemas de administración financiera** y de control interno, así como a las labores de capacitación de los funcionarios de los organismos sujetos a las disposiciones de dicha Ley, y a la especialización de los consultores en estos tópicos para integrar el personal de los órganos rectores.

Asimismo, estableció que la **Administración Pública**, debía ajustar sus estructuras y procedimientos a las disposiciones de la Ley, lo que implicaba, entre otras cosas, la implantación del Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF), concebido inicialmente para integrar los cuatro grandes sistemas que conforman la administración financiera, como una herramienta informática (plataforma tecnológica), que permitiera apoyar el registro y producción de información confiable, oportuna y necesaria para la toma

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.337 del 30 de diciembre de 2009.



de decisiones del órgano o ente respectivo, en virtud, precisamente de la ausencia de herramientas ágiles que permitieran al Estado venezolano disponer de información confiable y oportuna en esta materia.

En lo que se refiere a la Administración Financiera del Sector Público, el artículo 3 de la mencionada Ley, establece que **está conformada por los sistemas de presupuesto, crédito público, tesorería y contabilidad, regulados en dicha Ley**, así como por los sistemas tributarios y de administración de bienes, regulados por leyes especiales, los cuales estarán interrelacionados y cada uno de ellos actuará bajo la coordinación de un órgano rector. De manera, que en principio, la Contraloría General de la República, estaría sujeta a las previsiones que regulan estos cuatro grandes sistemas que conforman la Administración Financiera del Sector Público.

No obstante, en el caso que nos ocupa, se insta a la implantación de subsistemas o sistemas complementarios o auxiliares, que adicionalmente ha venido desarrollando PROMAFE, entre los cuales se encuentran el **Sistema Integrado de Gestión Financiera de los Recursos Humanos (SIGEFIRRHH) y el Sistema de Gestión Administrativa (SIGA)**.

El Sistema Integrado de Gestión Financiera de los Recursos Humanos (SIGEFIRRHH), Decreto N° 7.168, fue diseñado como un sistema administrativo auxiliar con su correspondiente herramienta informática, básicamente para registrar las transacciones vinculadas con la gestión de personal y garantizar el control, la seguridad y transparencia de las respectivas transacciones, propendiendo a la estandarización de los procesos relativos a esta materia.

Dicho sistema fue **concebido desde su génesis para la Administración Pública Nacional Central**, y tiene por objeto mejorar los niveles de eficiencia, responsabilidad y transparencia en la administración financiera de los recursos humanos, a través de la sistematización de los procedimientos administrativos. Está conformado por módulos que abarcan los procesos referidos a la gestión del recurso humano, que relacionan desde las etapas de formulación del presupuesto de gasto del organismo y permiten **ejercer control sobre la ejecución del correspondiente presupuesto de gasto a través del registro de las transacciones vinculadas con la gestión del personal, suministrando información para la definición de políticas y para la toma de decisiones**,

**y conocer los pasivos laborales del sector público entre otras cosas**, a través de la información cargada en los **módulos de planificación** (carga de estructura organizativa, carga de tabuladores y clasificados de cargos); **módulo de administración de personal** (creación de tabla de clasificación de personal, tipos, verificación de nóminas creadas, cierre de nóminas corridas); y **módulo de expedientes** (verificación de carga de datos personales de los funcionarios).

El órgano responsable de coordinar la administración del SIGEFIRRH conforme se indica en el Decreto, es el otrora Ministerio del Poder Popular para la Economía y Finanzas, a través del PROMAFE, el cual brindará la capacitación y asesoría a los entes y organismos de la Administración Pública. Asimismo, corresponde al Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo prestar asesoría en materia de función pública.

Por su parte, el Sistema de Gestión Administrativa (SIGA), Decreto N° 7.169, fue concebido también como un sistema auxiliar administrativo funcional, con apoyo en su correspondiente herramienta informática, a los fines de simplificar los trámites administrativos de los órganos y entes del Sector Público en la gestión de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, así como apoyo a los procesos de la Gestión Financiera, a través del cual se pretende la implementación de mecanismos de control, que permitan establecer responsabilidades en los procesos de la gestión administrativa, definiendo las operaciones fundamentales de los procesos, identificando sus acciones e integrándolas en forma automática al Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF).

Es el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, el órgano responsable de coordinar la administración del SIGA a través del PROMAFE. No obstante, el órgano rector que ha sido previsto para este sistema, según lo señalado por PROMAFE, es el Servicio Nacional de Contrataciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Contrataciones Públicas.

Como puede apreciarse, los sistemas complementarios en comentario se proponen mejorar la gestión de la **Administración Pública**, mediante mecanismos de programación y administración de los recursos humanos y materiales. Sin embargo, a pesar de que en todos los

organismos públicos se llevan a cabo las mismas etapas del proceso presupuestario, las características de realización de las mismas son diferentes según el tipo de organismo del cual se trate.

Estas particularidades hacen necesario considerar la obligatoriedad de implantar los referidos sistemas auxiliares, en órganos constitucionalmente autónomos que no forman parte de la Administración Pública, en su sentido orgánico o subjetivo, es decir, referida al complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo, que constituyen el instrumento de la acción político-administrativa del Estado y de la cual, como es sabido, **no forman parte los órganos con autonomía funcional**, ni los que conforman otro Poder distinto al Poder Ejecutivo, como es el caso del Poder Ciudadano, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Electoral.

En ese orden de ideas, cabe precisar que la Contraloría General de la República, se ubica dentro del nivel del Poder Público Nacional, como integrante del Poder Ciudadano, lo cual consolida y define su autonomía, de conformidad con lo previsto en los artículos 273 y 287 de la Carta Magna, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

La señalada autonomía constitucional y legalmente establecida, se manifiesta en la potestad para organizarse y ejercer sus funciones con independencia técnica, y comprende además la libertad de dirección, de estructura, de organización o asignación de atribuciones, de designación, de remoción, de calificación del funcionario de confianza o de alto nivel, así como la libertad de ejecución del presupuesto, resaltando que de hecho y conforme a dicha autonomía, este Organismo Contralor **cuenta con su propio Estatuto de Personal**, dictado en ejercicio de una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, y que la autoriza para dictar sus propios reglamentos en materia de régimen de personal, incluidas previsión y seguridad social, cuyos detalles desde el punto de vista presupuestario, a nivel de partidas y subpartidas, ya están controladas en el SIGECOF, a través del proceso de registro mensual de nóminas y su correspondiente causado.

De modo pues, que si en atención a la mencionada autonomía, la Contraloría General de la República tiene su propia potestad en ma-

teria de personal, en consecuencia, no está vinculada a la rectoría del Ministerio de Planificación y Desarrollo (ahora fusionado y denominado Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas), en materia de función pública, ni a la implantación del SIGEFIRRH.

Por su parte, en materia administrativa, este Organismo tiene facultades, para ejecutar su propio presupuesto, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, planificar sus compras y realizar los procedimientos de contrataciones correspondientes, según las previsiones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas, los cuales están sujetos a la autoridad técnica del Servicio Nacional de Contrataciones, pero ello sin vulnerar, desde luego, la autonomía administrativa de aquellos órganos que la detentan.

De manera que, esa autonomía del órgano fiscalizador, supone que no depende de los sujetos que fiscaliza respecto a los recursos humanos, materiales y financieros que demanda su funcionamiento, lo que se refleja entonces, no sólo al momento de ejercer sus específicas funciones, sin subordinación a ningún otro órgano del Poder Público, sino incluso en su manejo administrativo que no puede depender de otros órganos; por lo tanto, la utilización de los sistemas en comentario, no debe tener el carácter de instrucciones que supongan un vínculo de pertenencia o de jerarquía, que denote una relación de subordinación con dichos órganos.

Así pues, no cabe la menor duda de que las previsiones contenidas en los Decretos *ut supra* indicados, son aplicables a los órganos del Poder Ejecutivo, quienes deben implantar los sistemas complementarios que resulten necesarios para hacer más eficientes sus procesos y mejorar la eficiencia y eficacia en la asignación de los recursos públicos y mejoren la transparencia de la información y la rendición de cuentas, pero en ningún caso a los órganos de los demás Poderes Públicos Nacionales.

No obstante, específicamente en nuestro caso, su aplicación debe ser analizada en armonía con las disposiciones constitucionales y legales referidas, a los fines de una adecuada interpretación y aplicación, de acuerdo con las facultades especialísimas confiadas a este Organismo en el manejo de los recursos del Estado. De modo que la implantación inmediata de los mencionados sistemas de recursos humanos y gestión administrativa, **no son una obligación per se, en el caso de este**

**Organismo Contralor**, en atención a la autonomía constitucional y legalmente conferida.

En ese orden de ideas, es oportuno comunicar que este Organismo Contralor cuenta con sendos sistemas individuales, administrativos y de manejo de personal, en los cuales ha invertido recientemente recursos públicos para su implementación y eficiente manejo, por lo que se estima inconveniente en los actuales momentos la aplicación forzosa de los sistemas antes referidos.

Información que es referida atendiendo a lo dispuesto en los citados Decretos con el interés de evitar la dispersión de recursos y unir esfuerzos, a los fines de garantizar los objetivos de la integración de la información vinculada con la administración financiera de los recursos humanos y materiales.

En tal sentido, con el propósito de hacer compatibles los sistemas de los cuales se dispone actualmente en esta Institución con el SIGECOF, se requiere que técnicos de PROMAFE instalen el SIGEFIRRH y el SIGA, e impartan el adiestramiento necesario al personal de esta Contraloría, para que conjuntamente se pueda evaluar, como usuarios en tiempo real, la operatividad de ambos sistemas.

Adicionalmente, se considera importante traer a colación, además de las observaciones que oportunamente se han hecho sobre la operatividad del SIGECOF, los resultados de una Auditoría de Tecnología de Información y Comunicación practicada por esta Contraloría al Sistema Integrado de Gestión Financiera de Recursos Humanos (SIGEFIRRH) y al Sistema Integrado de Bienes, Obras y Servicios (SIBOS), desarrollados por el PROMAFE, donde particularmente respecto al primero, se determinaron fallas importantes en su operatividad las que se señalan de manera general a continuación:

- Inexistencia de un plan formal de continuidad operativa del SIGEFIRRH que, en caso de una interrupción de la operación del mencionado Sistema por causa de alguna contingencia o desastre, asegure el mínimo impacto y permita restaurar la operatividad del sistema en un tiempo y costo razonable.
- Inexistencia de una Base de Datos centralizada, relacionada con la administración de Recursos Humanos del Sector Público,

debido a que PROMAFE no posee la estructura tecnológica que la interconecte con las dependencias usuarias del sistema.

- Los usuarios administradores de las dependencias tienen la potestad de crear sus propios roles de acceso para operar el sistema por los usuarios finales, contrario al objetivo de control DS5.3 “Administración de Identidad” del COBIT, según el cual todos los usuarios y su actividad en los sistemas deben ser identificables de manera única, a los fines de garantizar que el acceso sea restringido, a través de mecanismos adecuados de identificación, autenticación y autorización, relacionando los usuarios y los recursos con las reglas de acceso.
- Inexistencia de bitácoras para el reporte de errores y fallas del aplicativo SIGEFIRRH, como históricos de los accesos permitidos a los sistemas, eliminación de archivos y fallas de los aplicativos, entre otros.

Por lo antes expuesto, hasta tanto este Organismo verifique que los sistemas en comentario, se adapten y satisfagan los requerimientos que en dicha materia exige la labor desarrollada por la Institución, no es posible la implantación de los mismos, de forma definitiva.

Oficio N° 01-00-000277 del 22 de abril de 2010.

CONTRALORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA





*CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Aplicación de la Ley Orgánica para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, a la Contraloría General de la República.*

**La Contraloría General de la República no está incluida dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 79 del 20 de marzo de 1999. El mismo se aplica expresamente a los Ministerios, los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y las demás personas jurídicas de Derecho Público que 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.**

Oficio N° 04-00-029 del 27 de abril de 2009.

El Secretario Ejecutivo de la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas -en adelante identificada por sus siglas CENBISP-, conmina a esta Contraloría General de la República, a cumplir las disposiciones previstas en la Ley Orgánica para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, cuando proceda a la enajenación de los bienes que no considere necesarios para el cumplimiento de sus finalidades, o que hayan sido desincorporados o se encuentren en estado de obsolescencia o deterioro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 7 del 20 de marzo de 1999<sup>1</sup>. A tales efectos le solicita consignar ante la Secretaría Técnica de la referida Comisión, antes del 29 de mayo de 2009, un informe detallado en formato Excel, sobre la existencia y el estado de sus bienes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la citada Ley y 10 de su Reglamento. Aunado a esto requiere se designen tres funcionarios a objeto de conformar una Comisión de Enlace entre el Organismo Contralor y esa Secretaría.

Sobre los particulares expuestos en esta comunicación, se tiene a bien indicar que la Ley Orgánica que regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas<sup>2</sup>, -en lo sucesivo Ley de Enajenación de Bienes- delimita su objeto en el artículo 1°, precisando que tiene como propósito regular “(...) *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*

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.668 del 24 de marzo de 1999.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.951 Extraordinario del 7 de enero de 1987.

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.” (Destacado y subrayado nuestro)

El artículo citado en su parte *in fine* dispone que: “*El Presidente de la República, en Consejo de Ministros por Decreto señalará los organismos que procederán a enajenar bienes conforme a esta Ley.*”

En ese sentido, cabe precisar que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica *in commento*, han sido varios los Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional en aplicación del referido dispositivo normativo, siendo el más reciente el Decreto N° 79 del 20 de marzo de 1999, 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 deterioro, conforme a los términos establecidos en la citada Ley.”** (Destacado nuestro)

Como puede apreciarse en el marco del ámbito de aplicación 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 tal sentido, la Contraloría General de la República no está incluida dentro del ámbito de aplicación de esta normativa, dirigida al

Poder Ejecutivo cuyos órganos y entes conforman la Administración Pública Nacional a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>3</sup>, y 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.

En efecto, cabe precisar que la Contraloría General de la República, no forma 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. Específicamente, el artículo 291 Constitucional consagra la autonomía funcional organizativa y administrativa de la Contraloría General de la República, independencia y autonomía que se refleja, al momento de ejercer sus específicas funciones en materia de control, e incluso en su manejo administrativo que no depende de otros órganos.

Ahora bien, este Órgano Contralor, aunque goce de autonomía, ciertamente, comparte la personalidad de la República Bolivariana de Venezuela de la cual forma parte, y en tal virtud los bienes que haya adquirido o en general los que le sean adscritos por el Ejecutivo Nacional para su uso y el ejercicio de sus respectivas funciones, 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 Nacional.<sup>4</sup>

Sin embargo, cabe indicar que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>5</sup>, en desarrollo de esa autonomía que propugna la Constitución, establece como atribuciones y obligaciones a cargo del Contralor General de la República “**La administración y disposición de los bienes nacionales adscritos a la Contraloría**”, facultad que va más allá de la simple administración de los bienes prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Bien puede el Contralor General de la República dictar la normativa que regule el procedimiento aplicable para la enajenación, e incluso puede considerar pertinente aplicar por analogía algunos de los

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

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

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

procedimientos previstos en la Ley de Enajenación de Bienes, por las razones expuestas no es posible atender su solicitud en los términos planteados.

De manera 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 Fiscal, puede enajenar los bienes desincorporados, 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 Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, adscrita al Ministerio de Finanzas; por lo tanto, las normas dictadas por dicha Comisión, no deben tener el carácter de instrucciones que impliquen un vínculo de pertenencia o de jerarquía que denoten una relación de subordinación o dependencia frente a la misma, razón por la cual no es posible atender su solicitud en los términos planteados.

Este ha sido el criterio reiterado de esta Institución Contralora y al efecto le remito copia del Memorando N° 04-00-086 del 21 de noviembre de 2006.

Oficio N° 04-00-029 del 27 de abril de 2009.

# CONTRATACIONES PÚBLICAS

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas en los mecanismos de selección de contratistas, especial referencia a los contratos de vigilancia y de seguro. Disponibilidad presupuestaria como requisito para otorgar la adjudicación en el marco de contrataciones públicas.*

**Las labores de vigilancia constituyen servicios profesionales. Los Contratos de Seguros no se consideran servicios financieros. Es posible iniciar un procedimiento de contratación de un servicio, un bien u obra, siempre y cuando los responsables de llevar a cabo tales procesos, cumplan con los aspectos establecidos en la normativa legal, entre los cuales se encuentra la debida disponibilidad presupuestaria.**

Memorando N° 04-00-004 del 07 de enero de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, referente a si las labores de vigilancia pueden ser consideradas como servicios profesionales y los contratos de seguros como servicios financieros; de igual manera, se requiere conocer si es posible iniciar un procedimiento de contratación en el mismo ejercicio fiscal sin disponibilidad presupuestaria, no obstante estar a la espera de la aprobación de un crédito adicional en el mismo año, momento en el cual se realizaría la adjudicación.

A los fines de dar respuesta a la solicitud, es conveniente realizar algunas consideraciones previas en cuanto a las competencias atribuidas a este Organismo Contralor, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que rige sus funciones, las cuales consisten en el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes 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 las atribuciones de éste Máximo Órgano de Control están enmarcadas dentro de las actividades correspondientes al control fiscal, por lo que no le está 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, por ello, de acuerdo a las competencias antes mencionadas, no le corresponde pronunciarse

respecto a las interrogantes señaladas. No obstante en atención al principio de colaboración, que debe existir entre los organismos del Estado previsto en el artículo 136 de la Carta Fundamental, esta Dirección General, sin carácter vinculante, realiza las acotaciones siguientes:

La sociedad que origina la consulta, se constituyó como una empresa del Estado venezolano, mediante decreto N° 5.170 de fecha 07 de febrero de 2007<sup>1</sup>, integrada a la estructura general del Estado; en la cual la Corporación posee el 100% de la propiedad de su capital social.

En este orden de ideas, esta Contraloría General de la República, previo estudio de las disposiciones legales que regulan la materia de contrataciones observa que la empresa objeto de consulta, se encuentra dentro del ámbito de aplicación señalado en el artículo 3, numeral 5, del Decreto N° 5.929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del 25 de marzo de 2008<sup>2</sup>. En virtud de ello, le es aplicable el contenido del artículo 5 *eiusdem*, en el cual se señalan los contratos que se excluyen de las modalidades de selección de contratistas, observándose que tanto la prestación de servicios profesionales como financieros se exceptúan de la aplicación de las mismas, en los términos siguientes:

*“Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto:*

- 1. La prestación de servicios profesionales y laborales (...).*  
(Subrayado nuestro)

A los fines de conocer lo que se entiende como servicios profesionales, es de mencionar en la definición contenida en el artículo 6, numeral 4 de la Ley de Contrataciones Públicas, según el cual *‘Los servicios profesionales: Son los servicios prestados por personas naturales o jurídicas, en virtud de actividades de carácter científico, técnico, artístico, intelectual, creativo, docente o en el ejercicio de su profesión, realizados en nombre propio o por personal bajo su dependencia.’*

Asimismo, cabe destacar el Clasificador Presupuestario de Recursos y Egresos de Cuentas<sup>3</sup>, el cual debe emplearse en la formulación ejecución y control del Presupuesto del Sector Público, cuyo tenor es el siguiente:

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.621 del 07 de febrero de 2007.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.877 del 14 de marzo de 2008.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.314 del 15 de noviembre de 2005.

#### **4.03.10.00.00 Servicios profesionales y técnicos**

*Servicios prestados por personas jurídicas tales como: servicios jurídicos; de contabilidad y auditoría, de procesamiento de datos, de ingeniería y arquitectónicos; médicos-odontológicos y otros servicios de sanidad; de veterinaria; de capacitación y adiestramiento; presupuestarios; de lavandería y tintorería; de vigilancia; para la elaboración y suministro de comida y otros. (...).*” (Subrayado nuestro)

En ese mismo orden de ideas, el Clasificador prevé bajo la subcuenta 4.03.10.10.00 Servicios de Vigilancia “(...) *que corresponde a Gastos por concepto de servicios de vigilancia, relacionados con el cuidado y resguardo de personas y bienes del organismo.*”

En lo concerniente a los servicios financieros, el numeral 2 del artículo 5 de la prenombrada Ley de Contrataciones Públicas, donde se establece que quedan excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas “*La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia*” refiriéndose en el presente caso a la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras<sup>4</sup>, la cual define en su artículo 1° a la intermediación financiera como:

**Artículo 1°.** *La actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos, incluidas las operaciones de mesa de dinero, con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores; y sólo podrá ser realizada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras reguladas por este Decreto Ley.*”

(Subrayado nuestro)

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° *eiusdem*, se encuentran sujetos a la aplicación de la Ley, los bancos universales, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, bancos de desarrollo, bancos de segundo piso, arrendadoras financieras, fondos del mercado monetario, entidades de ahorro y préstamo, casas de cambio, grupos financieros, operadores cambiarios fronterizos; así como las empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito, entre otras entidades.

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008



Mientras que la Ley de Contrato de Seguro<sup>5</sup> dispone en su artículo 1° la regulación del Contrato de Seguro en sus distintas modalidades, y lo define en el artículo 5° como:

*“El contrato de seguro es aquel en virtud del cual una empresa de seguros, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos, que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al tomador, al asegurado o al beneficiario, o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia de un evento denominado siniestro, cubierto por una póliza (...).”*

Ahora bien, vistos los fundamentos precedentemente desarrollados, esta Dirección observa, que efectivamente las contrataciones por servicios de vigilancia constituyen servicios profesionales, según se desprende de la definición contenida en el mencionado “Clasificador Presupuestario de Recursos y Egresos de Cuentas”, y en lo concerniente al contrato de seguro, estos se regulan por la Ley de Contrato de Seguro, la cual es distinta a la referida Ley de Bancos, en consecuencia dichos contratos no se consideran servicios financieros.

En relación con la solicitud de opinión, referida al tema de que si ¿es posible iniciar un procedimiento de contratación en el mismo ejercicio fiscal, sin disponibilidad presupuestaria necesaria para obtener un servicio, un bien o una obra, estando a la espera de la aprobación de un crédito adicional en el mismo año, momento en el cual se realizaría la adjudicación? La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República aclara lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>6</sup> en el artículo 315 dispone:

*“En los presupuestos públicos anuales de gastos, en todos los niveles de gobierno, se establecerá de manera clara, para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se esperan obtener y los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables para el logro de tales resultados. Éstos se establecerán en términos cuantitativos, mediante indicadores*

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.553 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001.

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

*de desempeño, siempre que ello sea técnicamente posible. El Poder Ejecutivo, dentro de los seis meses posteriores al vencimiento del ejercicio anual, presentará a la Asamblea Nacional la rendición de cuentas y el balance de la ejecución presupuestaria correspondiente a dicho ejercicio.”*

A este tenor, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señala que el sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11 *iusdem*, 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, tanto para el gasto, como para realizar los pagos, del cumplimiento de los requisitos siguientes: que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados y que exista disponibilidad presupuestaria.

Por su parte la Ley de Contrataciones Públicas, en su artículo 52, contempla lo relacionado con la disponibilidad presupuestaria para contratar, indicando en el segundo párrafo que *“Los órganos o entes pueden iniciar los procedimientos de contratación, seis (6) meses antes que se inicie el ejercicio presupuestario del año fiscal siguiente, sin embargo, no pueden otorgar la adjudicación hasta tanto se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, tomando en cuenta los lapsos de las modalidades de selección de contratista señalados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”* (Subrayado nuestro)

De lo antes expuesto, se desprende que es posible iniciar un procedimiento de contratación de un servicio, un bien u obra, siempre y cuando los responsables de llevar a cabo tales procesos, cumplan con los aspectos establecidos en la normativa legal precedentemente referida, entre los cuales se encuentra la debida disponibilidad presupuestaria.

Memorando N° 04-00-004 del 07 de enero de 2009.

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Aplicación de la sanción de multa conforme al artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas.*

**Le compete al Servicio Nacional de Contrataciones la aplicación de las sanciones derivadas de la Ley de Contrataciones Públicas en aquellos casos en los cuales existan actos, hechos y omisiones que puedan constituir supuestos generadores de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

**Corresponderá a la Unidad de Auditoría Interna del órgano o entidad afectado por hechos realizados por las empresas contratistas, ejercer las acciones legales, sin menoscabo de las funciones que detenta este Organismo Contralor, en virtud de su competencia, consagrada en la Ley en referencia, para realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, orientados a verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones.**

Memorando N° 04-00-096 del 09 de marzo de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con lo establecido en el artículo 131 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, en cuanto a si es procedente que este Máximo Organismo de Control aplique la sanción de multa a que hubiere lugar, previa determinación de los responsables, conforme a lo estipulado en dicha norma.

A tales efectos, el Servicio Nacional de Contrataciones, remite copias certificadas de los documentos relacionados con un expediente administrativo, vinculado a un procedimiento sustanciado por el Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, que conlleva la Resolución del Contrato N° 03-2007 de fecha 18 de junio de 2008, por presuntos hechos irregulares ocurridos en la ejecución de una obra, así como la Providencia Administrativa N° A-0117 de fecha 25 de febrero de 2009, dictada por el Servicio Nacional de Contrataciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 numeral 6 del Derogado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, en concordancia con el artículo 131 *eiusdem*, en la cual se declaró procedente la aplicación de la sanción de suspensión del Registro Nacional de Contratistas, a la empresa.

Expone la citada comunicación: “(...) con fundamento a lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de que proceda a ejecutar las disposiciones instituidas en la referida Ley y, una vez sancionados los responsables, envíe a este Servicio Nacional de Contrataciones el expediente administrativo correspondiente, y de esa forma incorporar la declaratoria de inhabilitación de los mismos para integrar sociedades de cualquier naturaleza, que con fines comerciales, puedan contratar con los órganos de la Administración Pública; todo ello conforme al artículo 131 del derogado Decreto con Rango, Valor, y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (hoy artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas).”

Analizada como ha sido la solicitud de opinión, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos emite su parecer en los términos siguientes:

Como punto previo, es preciso traer a colación el texto normativo del artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>1</sup>, el cual establece lo siguiente:

**“Artículo 131**

*Sanciones a los particulares*

**Sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y penal** que corresponda, cuando se compruebe mediante la evaluación y desempeño de los contratistas, en el ejercicio administrativo y operativo relacionado con la contratación, que incumplan con las obligaciones contractuales, el órgano o ente contratante deberá sustanciar el expediente respectivo para remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones a los fines de la suspensión en el Registro Nacional de Contratistas.

**Los responsables serán sancionados con multa de tres mil unidades tributarias (3.000. UT), y el Servicio Nacional de Contratistas declarará la inhabilitación de éstos, para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales puedan contratar con la administración pública. La declaratoria de la inhabilitación, será notificada a los órganos competentes de conformidad con el Reglamento de la presente Ley. (...).”** (Destacado nuestro)

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

El Código Civil, en el artículo 4° señala lo siguiente: *“A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.”*, de allí que en el artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas, se establece que en el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, el Servicio Nacional de Contrataciones suspenderá al contratista infractor del Registro Nacional de Contratistas, en cuyo caso le aplica la sanción de multa y asimismo declara su inhabilitación para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales puedan contratar con la Administración Pública, sin menoscabo de la responsabilidad civil, penal y administrativa; ésta última es competencia de este Máximo Órgano de Control Fiscal, así como de la Unidad de Auditoría Interna del órgano o entidad del sector público contratante, en consecuencia, de la norma reproducida *ut supra* se infiere que la competencia para aplicar la sanción de multa la detenta el Servicio Nacional de Contrataciones. (Subrayado nuestro)

En ese orden de ideas, el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>2</sup>, despeja por completo cualquier duda que pudiese generarse, respecto al órgano competente para aplicar las sanciones derivadas de la Ley de Contrataciones Públicas, al establecer lo siguiente:

### **“Artículo 8**

#### ***Evaluación del contratista***

*La evaluación de actuación o desempeño del contratista debe efectuarse a todos los proveedores y Contratistas que hayan obtenido la adjudicación para el suministro de bienes y prestación de servicios por un monto superior a cuatro mil Unidades Tributarias (4.000 U.T.) y para la ejecución de obras por un monto superior a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.).*

*Independientemente del monto de la adjudicación, los órganos o entes sujetos a la Ley de Contrataciones Públicas deben realizar la evaluación de actuación o desempeño a los proveedores y Contratistas que incumplan con las condiciones*

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

*u obligaciones derivadas de la contratación, y deben someter sus recomendaciones ante el órgano o ente competente para solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes.*

*A los contratistas excluidos de las modalidades de selección, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 5 de la Ley, que no requieren su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, **debe aplicarse la evaluación de desempeño, cuando incumplan con las condiciones u obligaciones derivadas de la contratación, a los fines que, el Servicio Nacional de Contrataciones, pueda aplicar las sanciones correspondientes por incumplimiento.***” (Destacado nuestro)

De manera que resulta claro, la Ley de Contrataciones Públicas, establece que efectivamente, es al Servicio Nacional de Contrataciones al que le compete la aplicación de las sanciones por el incumplimiento ocasionado por la inacción u omisión de los particulares, que contraten con la Administración Pública, pues ello acarrearía no sólo la imposición de la multa de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.), sino que además el Servicio Nacional de Contratistas, deberá declarar la inhabilitación de éstos, de conformidad con el ya mencionado artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas.

A los fines de fijar la competencia para aplicar la sanción de multa establecida en el citado artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas, es oportuno traer a colación lo expuesto en el Principio Jurídico de la Especialidad de la Ley, en el cual en un conflicto aparente de normas o la duda sobre la norma aplicable a un caso, por existir otra que pareciera comprender igualmente el supuesto, esto en el caso de aplicar la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuanto al régimen de la responsabilidad administrativa previsto en dicha Ley, debe preferirse la norma de la Ley especial a la general, según el aforismo que la *Lex specialis derogat legi generali*. En este sentido, se entiende, que una ley o una norma es especial, en relación con otra, por regular determinadas situaciones o características que individualizan o especializan. Es evidente, pues, que en el conjunto de estos instrumentos, importa precisar que la normativa que regula todo lo concerniente a la materia de contrataciones es la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

Expresado lo anterior, es necesario hacer las siguientes precisiones sobre el régimen de la responsabilidad administrativa previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>3</sup>, el cual contiene una descripción abstracta y taxativa de una serie de omisiones, actos o hechos jurídicos generadores de dicha responsabilidad, los cuales son aplicables, entre otros, a los particulares, quienes de cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades del sector público o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, e intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos, cuando su conducta encuadre de manera absoluta en alguno de esos supuestos establecidos por el legislador, según lo prevé el artículo 9 numeral 12 *eiusdem*.

Es importante señalar, que la Administración, al momento de sancionar cualquier conducta previamente definida por el legislador como “irregular”, está en el deber de adecuar los hechos presuntamente irregulares, al supuesto general y abstracto consagrado en la Ley, lo cual en el caso bajo análisis no aplica, toda vez que se trata de un incumplimiento contractual, derivado de la no conclusión de las obras en el tiempo estipulado; en consecuencia, deberá ajustar los hechos detectados en el proceso de contratación de obras o servicios, a los límites y extremos previamente establecidos por el legislador en el tipo del que se trate. Tal situación, excluye cualquier posibilidad jurídicamente válida de que se impute un hecho generador de responsabilidad a quienes hubiesen incurrido en una conducta que sólo guardase ciertas similitudes y que no fuera idéntica a la descrita en la norma contenida del supuesto correspondiente, por lo que, la falta de uno solo de los elementos objetivos o subjetivos configurativos del mismo, se traduciría en un caso de excepción por ausencia de tipicidad.

Sin embargo, si de tal incumplimiento contractual se derivan otras irregularidades, es preciso acotar, que conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento, corresponde a las Unidades de Auditoría Interna, como órganos de control fiscal, la función específica y principal del control posterior en el ámbito interno del organismo o ente de adscripción y, por ende, la evaluación del Sistema de Control Interno, y podrá realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e

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

investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el ente sujeto a su control, tal como lo prevé el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la referida Ley Orgánica de la Contraloría, las cuales tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 78 *eiusdem*.

En este sentido, y luego del análisis realizado a la normativa *ut supra* citada, se sugiere al Servicio Nacional de Contrataciones, que en aquellos casos en los cuales existan actos, hechos y omisiones que podrían constituir supuestos generadores de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, remita a la Unidad de Auditoría Interna del órgano o entidad afectado por hechos realizados por las empresas contratistas, el expediente administrativo, sin menoscabo de las funciones que detenta este Organismo Contralor, en virtud de su competencia, consagrada en la Ley en referencia, para realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, orientados a verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones.

Con fundamento en las consideraciones precedentemente expuestas, corresponde al Servicio Nacional de Contrataciones, además de suspender al infractor del Registro Nacional de Contratistas, imponer a los responsables la sanción de multa, prevista en las tantas veces mencionada Ley de Contrataciones Públicas y consecuentemente, la inhabilitación de éstos para integrar sociedades de cualquier naturaleza, que con fines comerciales pueda contratar con la Administración Pública.

Así las cosas, es importante indicar la necesidad de adecuar el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Contrataciones, a las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, ya que dicha normativa interna debe estar en perfecta sintonía conforme a los dispositivos legales incluidos en la legislación vigente en esta materia especialísima de Contrataciones Públicas.

Finalmente, en aras de contribuir a la correcta aplicación de las normas legales que sirven de fundamento para remitir expedientes, consultas y/o actuaciones de control que sean competencia de la



Contraloría General de la República, se considera importante mencionar que el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sobre el cual se fundamenta la remisión del expediente administrativo a este Organismo Contralor, no alude a la remisión de expedientes y/o consultas que tengan a bien realizar los organismos y entes de la Administración Pública a este Órgano de Control, sino que por el contrario, se trata de una norma vinculada con la organización de esta Institución Contralora, específicamente con la figura del Sub-Contralor o Sub-Contralora, que nada tiene que ver con la materia que nos ocupa, por lo que en modo alguno sirve de sustento para la presente remisión.

En los términos que anteceden, queda emitida la opinión de esta Dirección General, en relación con el asunto consultado.

Memorando N° 04-00-096 del 09 de marzo de 2010.

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Procedimiento a seguir ante la presentación de solvencias laborales falsas por las empresas oferentes en los procesos de selección de contratistas.*

**Corresponde a la comisión de contrataciones, elaborar el informe y la denuncia donde deje constancia de lo sucedido, así como formar el expediente respectivo en el cual se incorporarán los medios de prueba documentales, para que la Contraloría General de la República, en su condición de órgano contratante, lo remita al Servicio Nacional de Contrataciones al momento de formalizar la denuncia.**

Memorando N° 04-00-411 del 17 de septiembre de 2010.

Se solita opinión a esta Dirección General, respecto al procedimiento que la Comisión de Contrataciones de este Organismo Contralor, debe continuar ante las situaciones acontecidas en los concursos cerrados N° CC-007-2010 y CC-009-2010. cuyo objeto era la “Adquisición de uniformes para el personal administrativo, obrero y de seguridad de la Contraloría General de la República” y “Contratación del servicio de comedor para los trabajadores de la Contraloría General de la República”, respectivamente, donde con motivo de la verificación de la documentación presentada por las empresas oferentes, el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, les informó que las solvencias laborales presentadas por algunas empresas eran falsas.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General tiene a bien indicar lo siguiente:

Conforme a lo dispuesto en el Decreto N° 4.248<sup>1</sup> de fecha 30 de enero de 2006, la solvencia laboral es un requisito de obligatorio cumplimiento por los patronos que deseen celebrar contratos, convenios o acuerdos con órganos, entes y empresas del Estado.

Se trata de un documento administrativo emanado del Ministerio del Trabajo, (hoy Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social -MINPPTRASS), destinado a certificar que el empleador respeta los derechos humanos, laborales y sindicales de sus trabajadores y, se erige en un requisito imprescindible (Artículo 2°), no sólo para que empresas privadas y asociaciones cooperativas

---

1 Publicado en la 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 de 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.

puedan contratar con órganos, entes y empresas del Estado como se señaló *ut supra*, sino para solicitar créditos provenientes de la banca pública, acceder al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo; recibir asistencia técnica y servicios no financieros, participar en los programas de compras del Estado, Ruedas y Macro Ruedas de Negocios nacionales e internacionales; renegociar deudas con el Estado, recibir el apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica, solicitar recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción, intervenir en procesos de licitación, tramitar y adquirir divisas de la administración pública, así como permisos o licencias de importación y exportación.

El Decreto en comentario, prevé además, la creación del Registro Nacional de Empresas y Establecimientos (RNEE) como el órgano en el cual se hará constar todo lo referente a la solvencia laboral. Registro que fue creado mediante Resolución N° 4.524, de fecha 21 de marzo de 2006<sup>2</sup>, del entonces Ministerio del Trabajo 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.

De conformidad con la citada Resolución, sólo pueden solicitar la solvencia laboral, las empresas o establecimientos inscritos en el ya mencionado 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 solvencia laboral como requisito indispensable para celebrar contratos o acuerdos con los órganos, entes y empresas del Estado, está prevista en el artículo 228 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>3</sup>, el cual 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.**

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

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

*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;*
- 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)*

Ahora bien, en el caso de autos durante el proceso de selección de contratistas N° CC-007-2010, cuyo objeto era la “Adquisición de uniformes para el personal administrativo, obrero y de seguridad de la Contraloría General de la República” algunas de las empresas oferentes<sup>4</sup>, consignaron indistintamente solvencia laboral falsa, según fue determinado por la Comisión de Contrataciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones Públicas, cuando solicitó al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social (Oficio N° 01-07-249 de fecha 4 de agosto de 2010) la verificación de la documentación (solvencia laboral) presentada por éstas; a cuyos efectos

---

<sup>4</sup> Respecto a dos de las empresas, la Comisión de Contrataciones informó a través de Memorando N° 01-07-064 de fecha 10-09-2010, que el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, mediante Oficio N° 1727 del 7 del mismo mes y año, indicó que por error humano las señaladas empresas habían presentado solvencia laboral falsa, sin embargo pudieron constatar después de un chequeo exhaustivo que ambas empresas se encuentran solventes y que sus solicitudes fueron entregadas por la Inspectoría del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas.

el órgano Ministerial respondió, a través de comunicación N° 1640 de fecha 06 de agosto de 2010, que: *“la solvencia no ha sido otorgada por ninguna inspectoría a nivel nacional, ya que el formato, el sello y la firma que presenta no son los utilizados, siendo la misma FALSA.”*

La falsedad del documento también fue reconocida por dicho órgano Ministerial (Oficio N° 1624 del 29 de julio de 2010), respecto a la solvencia laboral presentada por la empresa oferente en el procedimiento N° CC-009-2010 cuyo objeto era la Contratación del servicio de comedor para los trabajadores de la Contraloría General de la República.

Es de hacer notar que la Comisión de Contrataciones tiene dentro de sus funciones evaluar el aspecto técnico, legal y financiero de las empresas que participan en los concursos. Asimismo, luego de examinar las ofertas presentadas, debe hacer constar los resultados de la evaluación en un informe, debiendo rechazar aquellas en que se suministre información falsa (Artículos 44, 69 al 71 de la Ley de Contrataciones Públicas). En ese sentido, el artículo 106 del Reglamento de la citada Ley, prevé como causal de descalificación de los oferentes que el órgano o ente contratante determine que se ha presentado información falsa en los documentos de calificación, en cuyo caso se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la citada Ley.

Ciertamente, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones Públicas, **el órgano o ente contratante para efectuar la calificación legal y financiera, puede verificar la validez de la documentación o información suministrada, y de resultar falsa, procederá a aplicar las sanciones señaladas en la presente Ley, además de denunciar el hecho ante las autoridades competentes encargadas de determinar la responsabilidad civil y penal.**

Asimismo, el artículo 139 *eiusdem* dispone que **el Servicio Nacional de Contrataciones, es el órgano competente para aplicar las sanciones allí previstas, a saber: la suspensión del Registro Nacional de Contratistas; la imposición de multa de 3000 Unidades Tributarias, así como la inhabilitación para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales puedan contratar con la Administración Pública, a los particulares en los casos allí indicados.**

Específicamente, la norma en comentario establece, que cuando el infractor de la Ley sea una persona Jurídica, se le suspenderá del Registro

Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por el lapso de tres a cuatro años, cuando suministren información falsa, actúen dolosamente, de mala fe, o empleen otras prácticas fraudulentas para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, en el ejercicio de recursos, o cualesquiera otros procedimientos previstos en la presente Ley.

En efecto, el citado artículo establece lo siguiente:

***“Artículo 139 Sanciones a los particulares***

*Sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y penal que corresponda, cuando se compruebe mediante la evaluación y desempeño de los contratistas, en el ejercicio administrativo y operativo relacionado con la contratación, que incumplan con las obligaciones contractuales, el órgano o ente contratante deberá sustanciar el expediente respectivo para remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones a los fines de la suspensión en el Registro Nacional de Contratistas.*

*Los responsables serán sancionados con multa de tres mil unidades tributarias (3.000 UT), y el Servicio Nacional de Contratistas declarará la inhabilitación de éstos, para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales pueda contratar con la administración pública. La declaratoria de la inhabilitación, será notificada a los órganos competentes de conformidad con el Reglamento de la presente Ley.*

*Igualmente cuando el infractor de la presente 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:*

- 1. De tres a cuatro años, cuando suministren información falsa, actúen dolosamente, de mala fe o empleen otras prácticas fraudulentas para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, en el ejercicio de recursos, o cualesquiera otros procedimientos previstos en la presente Ley.*

2. *De dos a tres años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la adjudicación no suscriban el contrato o no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo establecido en los pliegos de condiciones.*
3. *De dos a tres años cuando ejerzan recursos manifiestamente temerarios contra los actos o procedimientos previstos en la presente Ley, o les sean resueltos por su incumplimiento contratos celebrados con órganos o entes regidos por la misma.*
4. *De cuatro a cinco años cuando incurran en prácticas de corrupción.” (Subrayado nuestro)*

De la normativa transcrita se desprende, que la Ley de Contrataciones Públicas sanciona el **suministro de información falsa dentro de los procedimientos de selección de contratistas allí previstos**, como un supuesto de hecho causal de la suspensión de las empresas del Registro Nacional de Contratistas, por el lapso de tres a cuatro años, dejando sentado que dicha suspensión procede sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal o civil de sus representantes.

De manera que, a los fines de la imposición de la sanción, conforme lo indica la citada norma, el órgano o ente contratante debe sustanciar el expediente respectivo y remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones para que imponga la sanción.

En ese orden de ideas, se estima que es también tarea de la comisión de contrataciones, elaborar un informe y la denuncia donde deje constancia de lo sucedido, así como formar el expediente respectivo en el cual se incorporarán los medios de prueba documentales, para que la Contraloría General de la República, en su condición de órgano contratante, lo remita al Servicio Nacional de Contrataciones al momento de formalizar la misma.

A tal efecto, resultan orientadores los instrumentos normativos dictados por este Máximo Órgano de Control como son: *El Instructivo en Materia de Denuncias*<sup>5</sup> y *Las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana*<sup>6</sup>, en los cuales se exigen unos requisitos básicos que debe contener toda denuncia, como los siguientes:

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.979 del 23 de junio de 2000.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.750 del 20 de agosto de 2007.

- Identificación del denunciante.
- Narración circunstanciada de los actos, hechos u omisiones presuntamente irregulares.
- Señalamiento de quienes los han cometido.
- Fecha de ocurrencia.
- Ente u organismo donde ocurrieron, y
- Todo cuanto le constare al denunciante.

Asimismo, se acompañará de un expediente donde consten en original o copia debidamente certificada, entre otros:

- Informe elaborado por la Comisión de Contrataciones en el cual se precisen los hechos irregulares o las faltas en que haya incurrido la empresa oferente, así como las normas legales en las que se tipifiquen tales hechos o faltas, si fuere el caso.
- Elementos probatorios de los hechos irregulares o las faltas en referencia.
- Soportes que permitan evidenciar las actuaciones realizadas por la Comisión en pro de verificar la documentación, así como aquellas dirigidas a las empresas señaladas.
- Documentación donde consten las actuaciones realizadas por las empresas oferentes en su defensa, si fuere el caso.
- Cualquier otra que se estime conveniente.

En tal sentido, se sugiere a la Comisión de Contrataciones, en el caso que nos ocupa, que de existir suficientes elementos de juicio demostrativos de hechos irregulares realizados por las empresas en cuestión, elabore la denuncia cumpliendo con los requisitos ya expresados, la cual será consignada por este Organismo ante el Servicio Nacional de Contrataciones, acompañado del expediente respectivo en el cual se incorporará el informe y los demás elementos demostrativos de las irregularidades cometidas y los documentos *ut supra* indicados, a los fines de que les impongan la respectiva sanción, ello -sin menoscabo de las funciones de la Contraloría General de la República y del órgano de control fiscal interno- en el ámbito de sus competencias para determinar la responsabilidad administrativa de ser el caso.

En efecto, es oportuno indicar que dicha responsabilidad procede aun en el supuesto de que el autor del hecho sea una persona jurídica,



pues la regulación sobre el régimen de la responsabilidad administrativa prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, contiene una descripción abstracta y taxativa de una serie de acciones, omisiones, actos o hechos jurídicos generadores de dicha responsabilidad, los cuales son aplicables a los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en los entes señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de esa Ley, por los actos, hechos u omisiones contrarios a norma expresa en que incurran con ocasión del desempeño de sus funciones; **así como a los particulares a que se refiere el numeral 12 del citado artículo 9, que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades del sector público**, o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos, cuando su conducta encuadre en alguno de esos supuestos o “tipos” preconcebidos por el legislador.

En efecto, este Órgano Superior de Control Fiscal puede ejercer en los particulares potestades sancionatorias y resarcitorias, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con las Leyes, siguiendo para ello el procedimiento previsto en la Ley Orgánica que rige sus funciones, que lo faculta para declarar la responsabilidad administrativa de particulares que hayan incurrido en actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad (Artículo 93 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), por lo tanto, el particular puede eventualmente responder administrativamente por sus actos, hechos u omisiones contrarios a alguna disposición legal o reglamentaria, que genere responsabilidad a la luz de lo establecido en los artículos 91 y 92 *eiusdem*, en las mismas condiciones y términos de la responsabilidad administrativa que pudiesen eventualmente tener los funcionarios públicos, empleados y obreros en ejercicio de sus funciones.

A mayor abundamiento, es oportuno señalar que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a fin de preservar al máximo el patrimonio público, establece categóricamente que la responsabilidad administrativa puede recaer en los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad previstos en el artículo 91.

Por su parte, ante la existencia de hechos delictivos como un supuesto fraude y forjamiento de documento, también procede la remisión del expediente al Ministerio Público, a los fines de que realice las diligencias necesarias para que se haga efectiva la responsabilidad penal correspondiente y ejerza, de ser el caso, las acciones civiles pertinentes para lograr la indemnización del daño causado a la Institución si lo hubiere, a través de la jurisdicción ordinaria.

En los términos que antecede, queda expresada la opinión de esta Dirección General sobre el asunto consultado.

Memorando N° 04-00-411 del 17 de septiembre 2010.

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado de conformidad con lo establecido el artículo 127 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.*

**En toda contratación celebrada por el Estado, debe exigirse la constitución de las garantías para salvaguardar y proteger su patrimonio frente a eventuales incumplimientos imputables al contratista.**

**A tenor de lo dispuesto en los artículos 102, 127 y 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, cuando la contratación es celebrada entre órganos o entes del Estado, y uno de ellos es el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, queda a salvo de suministrar las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.**

Memorando N° 04-00-412 del 17 de septiembre de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, con la finalidad de aclarar jurídicamente la situación que actualmente acontece en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado, relacionada con la necesidad de constituir las garantías necesarias y suficientes.

En la citada comunicación se hace referencia al criterio expresado por esta Dirección General, mediante Memorando N° 04-00-475 de fecha 17 de agosto de 2006 en el cual se concluyó lo siguiente:

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.”*

No obstante, la Dirección consultante manifiesta, que al entrar en vigencia el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, el artículo 127 precisó que cuando el beneficiario de la adjudicación fuere uno de los sujetos señalados en el artículo 3 *eiusdem*, no será necesaria la presentación de las garantías establecidas en los pliegos o en las condiciones de contratación, razón por la cual solicita pronunciamiento con la finalidad de definir un criterio claro frente a los entes y organismos sujetos a control.

Sobre el particular, se considera pertinente referirnos a la evolución en el tiempo del criterio institucional, respecto a la exigibilidad de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes públicos.

En ese orden de ideas, se debe indicar, que bajo la vigencia de la derogada Ley de Licitaciones y su Reglamento, se opinó mediante Memorando N° 04-02-040 del 04 de febrero de 2002 lo siguiente:

*“(…) como regla general en toda contratación celebrada por entes del Estado, debe 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. No obstante, esta regla tiene su excepción establecida en los artículos 79, 83, numeral 1 y 89 del vigente Reglamento de la Ley de Licitaciones (G.O. N° 34.628 del 04-01-91), los cuales señalan 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 la 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.***

***En este sentido, dentro del marco de las licitaciones se desprende de las normas antes citadas, que cuando la contratación es celebrada entre dos entes del Estado y uno de ellos es el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, queda a salvo de prestar las garantías previstas en el marco regulatorio de las licitaciones. Esto es así, por cuanto se presume que el Estado es solvente, y asimismo, que honrará sus obligaciones.***

***Ahora bien, cuando el ente del Estado que está contratando con el propio Estado, no actúa en nombre propio sino en representación de otra persona jurídica, ya sea nacional o extranjera, como en el caso que nos ocupa, se entiende que la excepción a la que se hace referencia ut supra, no opera, ello***

**en virtud de que sólo actúa como un intermediario y se estaría desvirtuando la finalidad de dicha excepción.**” (Destacado y subrayado nuestro)

Como puede apreciarse, esta Institución Contralora 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 sus intereses, y **precisó 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.** En dicha oportunidad, también se sostuvo que el órgano consultante debía exigir la presentación de garantías cuando actuare como intermediario de otra persona jurídica nacional o extranjera.

Ahora bien, el criterio supra señalado tuvo sus variantes a raíz de la derogatoria expresa que hiciera el Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones, al Decreto N° 1.906 del 17 de octubre de 1991, quedando sin efecto los artículos 79, 83 y 89 del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1.991 *ut supra* citado, normativa que 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.

De manera que, en ausencia de un dispositivo normativo que permitiera eximir de la constitución de las citadas garantías en los contratos a suscribirse entre dos entes u organismos del sector público, la situación anterior cambió significativamente, motivo por el cual en el **Memorando N° 04-00-475 del 17 de agosto de 2006**, este Organismo Contralor, ratificó como regla general **que en toda contratación celebrada por el Estado, 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<sup>1</sup> de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en ese sentido sostuvo lo que se cita a continuación:

*“(...) 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 Estado, 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*

1 **“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. **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)

*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 exigirlos 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 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).” (Destacado y subrayado nuestro)*

Más adelante, en el Memorándum en cuestión, al momento de analizar lo previsto en la derogada Ley de Licitaciones de 2001 y en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras de 1996, en lo relativo a las diferentes garantías, tales como: mantenimiento de oferta, fianza de anticipo y fianza de fiel cumplimiento, este Organismo precisó lo siguiente:

**“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.**

(Omissis)

*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.’*

*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 adjudicación directa, los cuales*

*deberá seguir el ente adjudicatario 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.”*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Ahora bien, en la actualidad se ha sostenido que con la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>2</sup> y su Reglamento<sup>3</sup>, el criterio relativo a la exigibilidad de las garantías en contrataciones celebradas entre entes y órganos públicos, retorna, con algunas variantes, al análisis inicial efectuado por esta Institución durante la vigencia del Reglamento de la Ley de Licitaciones de 1991.

En efecto, 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 (Artículo, 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), no cabe duda de que **se ratifica como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger su patrimonio frente a eventuales incumplimientos del contrato, imputables al contratista.** Sin embargo, la previsión de garantías y el grado de exigibilidad de los 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.

En ese sentido, la Ley de Contrataciones Públicas establece la obligación de constituir cauciones tales como la **garantía de mantenimiento de la oferta** (Artículo 65 de la Ley) por medio de la cual los oferentes se obligan a sostener sus ofertas durante el lapso indicado en el pliego de

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

condiciones, debiendo presentar, junto con sus ofertas, caución o garantía por el monto fijado por el órgano o ente contratante, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento, para asegurar, en caso de que se adjudique, el mantenimiento de la oferta hasta el otorgamiento del contrato.

Igualmente, la Ley en comentario prevé **la fianza de fiel cumplimiento** (Artículo 100), que debe constituir el contratista para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones que asume con ocasión del contrato, la cual **no podrá ser inferior al quince por ciento (15%) del monto del mismo**. 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.

Por su parte, la **fianza de anticipo**, aparece regulada en el artículo 99 *eiusdem* y es aquella que permite al ente contratante recuperar los montos que haya anticipado sobre un contrato. Así, el artículo en cuestión dispone **que en los casos en que se hubiera señalado en el pliego de condiciones y en el contrato, el pago de un anticipo (establecido como un porcentaje del monto total de la contratación), el órgano o ente contratante procederá a su pago previa consignación, por parte del contratista, de una fianza por el cien por ciento (100%) del monto otorgado como anticipo**.

Estas garantías están reguladas en la Ley, en mención de manera más categórica que la derogada Ley de Licitaciones, pues se regulan expresamente los límites porcentuales para su otorgamiento, así como el deber de determinar de forma clara y precisa en el pliego respectivo, las condiciones y requisitos de las garantías que se exigen con ocasión del contrato; igualmente, se define como obligación de la Comisión de Contrataciones, al momento de examinar las ofertas, determinar si están acompañadas de la caución o garantía exigida y si cumplen los requisitos especificados en el pliego de condiciones (Artículos 44.18 y 69 de la Ley de Contrataciones Públicas). Por su parte, el Reglamento de la citada Ley, prevé en el artículo 102 como causal de rechazo de las ofertas aquellas que no estén acompañadas por las garantías exigidas.

Como se observa, estas garantías están previstas con carácter obligatorio dentro de los procedimientos para la selección de contratistas

allí regulados, sin embargo, cuando se trata de contrataciones a celebrarse entre órganos y entes del sector público, la Ley de Contrataciones Públicas exige de la realización de los procedimientos allí previstos.

En efecto, el numeral 7 del artículo 5 *eiusdem* establece lo siguiente:

*“Artículo 5. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la presente Ley, los contratos que tengan por objeto:*

*(Omissis)*

**7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas a los órganos o entes de la administración pública.** *La Presidenta o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá dictar medidas que regulan la modalidad de selección para estas materias, en el marco de los principios establecidos en la presente Ley.”* (Destacado y subrayado nuestro)

Por su parte, la Disposición Transitoria Primera del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>4</sup>, señala que hasta tanto la Presidenta o el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en Consejo de Ministros, dicte medidas que regulen la modalidad de selección de estas materias, los órganos o entes contratantes podrán elaborar **procedimientos internos** que permitan la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras señaladas en los numerales del artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, y deben observar y respetar los principios señalados en el artículo 2 de la Ley.

Se trata de una norma en perfecta armonía con lo previsto en el artículo 5 de la Ley, que deja claro que en tales supuestos los órganos y entes contratantes podrán elaborar, dentro del marco de su sistema de control interno, procedimientos que permitan concretar las contrataciones a que se refiere el aludido artículo, pero en todo caso, deberán observar los principios establecidos en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones

---

<sup>4</sup> “Los órganos o entes contratantes podrán elaborar **procedimientos internos** que permitan la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras señaladas en los numerales del artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, **excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas**, hasta tanto la Presidenta o el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en Consejo de Ministros, dicte medidas que regulen la modalidad de selección de estas materias. Los órganos o entes contratantes, en los procedimientos internos de contratación que elaboren, deben observar y respetar los principios señalados en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas.” (Destacado y subrayado nuestro)

Públicas, tales como los de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad; principios estos que no sólo rigen la actividad del Estado en materia de contrataciones, sino toda la actuación de la Administración Pública (*latu sensu*).

A todo evento, de la normativa en comentario, queda claro que **la Ley excluye la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encargadas o encomendadas directamente a los órganos o entes de la administración pública sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas**, vale decir, concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa.

En ese orden de ideas, es preciso indicar que el Estado, a través de los distintos órganos y entes que conforman la Administración Pública (*latu sensu*), puede **contratar** directamente con otro órgano u ente público, la entrega de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de una obra determinada; o bien puede indirectamente encargar a estos para que actúen como **intermediarios**, para lograr la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras **para otro órgano o ente público**. En ese caso, no actúa en nombre propio en la ejecución de las prestaciones de dar o hacer, sino que realiza todas las acciones correspondientes para que un tercero se obligue a suministrar bienes, prestar servicios o ejecutar una obra para otro ente del Estado. Así, únicamente la contratación de manera directa entre órganos y entes del Estado, está excluida **de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas**, sin embargo, a este tipo de operaciones le son aplicables el resto de las disposiciones de la Ley y su Reglamento.

En esta perspectiva, resulta importante precisar, que la Ley de Contrataciones Públicas no resuelve de manera explícita lo referente a la exigibilidad de las garantías, cuando se está en presencia de este tipo de contrataciones. Sin embargo, los artículos 102 y 127 del Reglamento de la mencionada Ley, dejan entrever implícitamente esa posibilidad, cuando señalan:

**“Artículo 102. Causales de rechazo**

*Son causales de rechazo de las ofertas, además de las establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas las siguientes:*

(Omissis)

**2. Ofertas que no estén acompañadas por las garantías exigidas; salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas (...).**

**Artículo 127. Consignación de garantías**

*En la notificación de la adjudicación, se otorgará al beneficiario de ésta, un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación, **para que presente las garantías establecidas en los pliegos o en las condiciones de la contratación,** a satisfacción del órgano o ente contratante, sin lo cual no se suscribirá el contrato.*

**Cuando el beneficiario de la adjudicación fuere uno de los sujetos señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.**

(Destacado y subrayado nuestro)

A mayor abundamiento, resulta importante señalar lo dispuesto en el artículo 135 *eiusdem*, el cual expresa:

**“Artículo 135. Vigencia y cuantía de las garantías de mantenimiento de las ofertas.** *La garantía de mantenimiento de las ofertas en las diversas modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato, con el fin de garantizar el sostenimiento de las ofertas beneficiarias de la adjudicación hasta su formalización, **salvo aquellas ofertas presentadas por los órganos o entes contratantes a que se hace referencia en los numerales 1 al 6 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas que no requieren garantía de mantenimiento de la oferta.**”*

(Destacado y subrayado nuestro)

**De la normativa antes citada se desprende, que cuando la contratación es celebrada entre órganos o entes del Estado y uno de ellos es el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, queda a salvo de suministrar las garantías**

**previstas en el marco regulatorio de la Ley de Contrataciones Públicas.**

No obstante, en estos casos, debe considerarse lo previsto en el aparte único del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, referido al establecimiento de **controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista**. Dicha disposición, prevé textualmente lo siguiente:

**“Artículo 3**

*El Compromiso de Responsabilidad Social no se exigirá para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras **contratados directamente entre los órganos y entes señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas**<sup>5</sup> o cuando la selección de contratista es **encomendada a éstos órganos o entes**.*

*No obstante, se debe garantizar que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales, que exista disponibilidad presupuestaria, que los precios sean justos y razonables, **que se establezcan los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista**.” (Destacado y subrayado nuestro)*

Obsérvese, que en la disposición *ut supra* transcrita, si bien no se utiliza el término “garantía” se alude a la implementación de **controles y mecanismos** para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente público contratista -también del Estado-, ello en resguardo del patrimonio público, pues cabe recordar que la Ley de Contrataciones Públicas al precisar su objeto en el artículo 1, además de establecer como uno de sus propósitos el de regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución

<sup>5</sup> “Artículo 3. La presente Ley, será aplicada a los sujetos que a continuación se señalan: (...).

1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizado.
2. Las Universidades Públicas.
3. El Banco Central de Venezuela.
4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo.
5. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.
6. Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan participación accionaria (...).”

de obras, le añade a esa tarea una finalidad como es la de preservar el patrimonio público. Por lo tanto, como una función inherente a la gestión y a la dirección de las organizaciones, corresponde a la administración activa en ejercicio del control previo asegurarse del cumplimiento de los controles y mecanismos establecidos en el sistema de control interno.

Ahora bien, **la excepción de constituir las garantías no resulta aplicable cuando un órgano o ente público indirectamente encarga o encomienda a otro órgano o ente público para que actúe como su intermediario, en lograr para aquél la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras.** Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, que señala:

**“Artículo 88**

*Cuando un órgano o ente del Estado proceda a adquirir bienes, servicios u obras **para otro** órgano o ente del Estado, señalado en el Artículo 3, numerales 1 al 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, **deberá emplear la modalidad de selección de contratistas que corresponda de acuerdo a los supuestos cuantitativos y cualitativos que señala Ley, para cada una de las modalidades.**”* (Destacado y subrayado nuestro)

Ciertamente la situación es distinta, pues los órganos y entes del Estado, **no son los obligados directos a cumplir la obligación objeto del contrato**, es decir, no son en estricto sentido, beneficiarios de la adjudicación del contrato, pues esta cualidad la ostenta aquel oferente (persona natural o jurídica del sector privado) que resulte ganador en el concurso que dichos órganos o entes del sector público efectúen para lograr el objeto de la encomienda; en este caso el órgano o ente está obligado a cumplir con las modalidades de selección que correspondan, y el contratista estará obligado en los términos de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas a constituir las garantías allí previstas.

Sobre la base de lo expuesto, se considera que cuando se trate de contrataciones, donde el contratante y el contratista son órganos o entes del Estado, y **corresponde al contratista de manera directa la ejecución y a su vez al contratante, recibir o beneficiarse del objeto**



**del contrato** se encuentran exentos de presentar las garantías previstas en el marco regulatorio de la Ley de Contrataciones Públicas. Por el contrario, en los procedimientos de selección de contratistas iniciados por un órgano o ente del Estado, **bajo la figura de la encomienda o encargo**, para otro órgano o ente del Estado, los oferentes (personas naturales o jurídicas del sector privado), además de presentar la fianza de mantenimiento de la oferta, deberán consignar la fianza de fiel cumplimiento y de anticipo para poder suscribir el contrato respectivo, en los supuestos que corresponda.

### **CONCLUSIONES:**

1. Como principio general en toda contratación celebrada por el Estado, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger su patrimonio frente a eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.
2. La Ley de Contrataciones Públicas establece con carácter obligatorio la constitución de garantías tales como la de mantenimiento de la oferta (Artículo 65); la fianza de fiel cumplimiento (Artículo 100) y la fianza de anticipo (Artículo 99), dentro de los procedimientos para la selección de contratistas allí regulados, de cuya aplicación están exentos la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas a los órganos o entes de la Administración Pública, conforme lo expresa el numeral 7 del artículo 5 *eiusdem*.
3. A tenor de lo dispuesto en los artículos 102, 127 y 135 del Reglamento de la citada Ley, cuando la contratación es celebrada entre órganos o entes del Estado y uno de ellos es el obligado de manera directa a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, queda a salvo de suministrar las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas. No obstante, en estos casos debe considerarse lo previsto en el aparte único del artículo 3 *eiusdem*, referido al establecimiento de controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista.
4. La excepción de constituir las garantías no resulta aplicable cuando un órgano o ente público, indirectamente encarga o

encomienda a otro órgano o ente público, para que actúe como su intermediario, en lograr para aquél la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

En los términos que anteceden, queda emitida la opinión de esta Dirección General, en torno al asunto sometido a consulta y modifica la opinión contenida en el Memorando N° 04-00-475 del 17 de agosto de 2006.

Memorando 04-00-412 del 17 de septiembre de 2010.

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Constitución de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.*

**Sólo en las contrataciones celebradas entre órganos o entes del Estado donde uno de ellos sea el obligado directo a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, están exceptuadas de la realización de los procedimientos de selección previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, así como de suministrar las garantías previstas en esta.**

Oficio 01-00-000873 del 27 de octubre de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, respecto a la exigibilidad de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>1</sup> y su Reglamento.<sup>2</sup>

Al respecto, conviene hacer notar, que al evaluar 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 -artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal-, no hay lugar a duda que **como principio general en toda contratación celebrada por el Estado, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger su patrimonio, frente a eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista.** Sin embargo, la previsión de garantías y el grado de exigibilidad de los extremos legales a los 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.

En ese aspecto, la Ley de Contrataciones Públicas dispone la obligación de constituir cauciones dentro de los procedimientos para la selección de contratistas allí previstos, tales como la **garantía de mantenimiento de la oferta** (Artículo 65), la **fianza de fiel cumplimiento** (Artículo 100), y la **fianza de anticipo** (Artículo 99), garantías que a diferencia de lo que disponía la Ley de Licitaciones, son reguladas con más detalle y de manera más categórica, toda vez que se

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

precisan expresamente los límites porcentuales para su otorgamiento, así como el deber de determinar de forma clara y precisa en el pliego respectivo, las condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato, e igualmente define como obligación de la Comisión de Contrataciones, al momento de examinar las ofertas, determinar si están acompañadas de la caución o garantía exigida y si cumplen los requisitos especificados en el pliego de condiciones (Artículos 44 numeral 18 y Artículo 69 de la Ley de Contrataciones Públicas). Por su parte, el Reglamento de la citada Ley, prevé en el artículo 102 como causal de rechazo de las ofertas, que aquellas no estén acompañadas por las garantías exigidas.

Ahora bien, la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas directamente a los órganos o entes de la administración pública (*latu sensu*), están exceptuadas de la realización de los procedimientos previstos en Ley de Contrataciones Públicas, conforme lo dispone el numeral 7 del artículo 5 *eiusdem*, que establece lo siguiente:

*“Artículo 5. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Presente Ley, los contratos que tengan por objeto:*

*(...)*

***7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas a los órganos o entes de la administración pública.*** *La Presidenta o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá dictar medidas que regulen la modalidad de selección para estas materias, en el marco de los principios establecidos en la presente Ley.”* (Destacado y subrayado nuestro)

A pesar de que estas contrataciones directas entre órganos y entes del sector público están excluidas de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Ley, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas dicta disposiciones particulares que disciplinan esta situación; en efecto, la Disposición Transitoria Primera del Reglamento, precisa que corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, dictar las medidas que regulen la modalidad de selección aplicable a estas materias, y establece expresamente que

hasta tanto sean dictadas, los órganos o entes contratantes, podrán elaborar **procedimientos internos**, que permitan la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras señaladas en el artículo 5 de la citada Ley, en las cuales se deben observar y respetar los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad; que rigen la actividad del Estado en materia de contrataciones, según lo señalado en el Artículo 2 de la Ley en comento.

De manera que, en los contratos a celebrarse entre órganos y entes del Estado, no son de obligatoria aplicación las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, a saber: concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa, como medios de los que disponen los órganos y entes públicos para efectuar dicha selección. No obstante, los organismos contratantes deben establecer los idóneos y adecuados procedimientos internos que se ameriten, hasta tanto el Presidente de la República, en Consejo de Ministros dicte las medidas que regulen la modalidad de selección aplicable en esas materias. Aún así, deben respetarse aquellas disposiciones de la Ley y su Reglamento que resulten aplicables, tomando en cuenta que la contratación pública está presidida por ciertas premisas que deben ser consideradas y aplicadas en la totalidad de los contratos de la Administración.

Ahora bien, específicamente, respecto a la exigibilidad o no de garantías en las contrataciones entre órganos y entes del Estado, los artículos 102 y 127 del Reglamento de la mencionada Ley, señalan lo siguiente:

***“Artículo 102. Causales de rechazo.** Son causales de rechazo de las ofertas, además de las establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas las siguientes:*

*(...)*

***2. Ofertas que no estén acompañadas por las garantías exigidas; salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas (...)***

***Artículo 127. Consignación de garantía.** En la notificación de la adjudicación, se otorgará al beneficiario de*

*ésta, un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación, **para que presente las garantías establecidas en los pliegos o en las condiciones de la contratación**, a satisfacción del órgano o ente contratante, sin lo cual no se suscribirá el contrato.*

**Cuando el beneficiario de la adjudicación fuere uno de los sujetos señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.**

(Destacado y subrayado nuestro)

En esa misma perspectiva, el artículo 135 *eiusdem* expresa:

**“Artículo 135. Vigencia y cuantía de las garantías de mantenimiento de las ofertas. La garantía de mantenimiento de las ofertas en las diversas modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato, con el fin de garantizar el sostenimiento de las ofertas beneficiarias de la adjudicación hasta su formalización, salvo aquellas ofertas presentadas por los órganos o entes contratantes a que se hace referencia en los numerales 1 al 6 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas que no requieren garantía de mantenimiento de la oferta.”** (Destacado y subrayado nuestro)

Dentro del contexto de la normativa antes citada, queda claro que la contratación directa entre órganos y entes de la Administración Pública, además de estar excluida de la aplicación de los procedimientos para la selección de contratistas señalados en la Ley de Contrataciones Públicas, también lo está de suministrar las garantías allí previstas.

No obstante, esta prerrogativa no es absoluta, toda vez que en tales casos resulta de obligada consideración lo previsto en el aparte único del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, que aún cuando se refiere expresamente a la exoneración de los órganos y entes del sector público a cumplir con el compromiso de responsabilidad social, dicha norma los obliga, expresamente, entre otras cosas, al establecimiento de **controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista.**

Al respecto, dicha disposición prevé textualmente lo siguiente:

*“**Artículo 3.** El Compromiso de Responsabilidad Social no se exigirá para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratados directamente entre los órganos y entes señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas o cuando la selección de contratista es encomendada a éstos órganos o entes.*

*No obstante, se debe garantizar que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales, que exista disponibilidad presupuestaria, que los precios sean justos y razonables, que se establezcan los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista.” (Destacado y subrayado nuestro)*

Obsérvese que la norma, si bien no alude expresamente al establecimiento de garantías, exige de parte del contratante que se implanten **controles y mecanismos** para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente público contratista (también del Estado), por lo tanto, **corresponde a la máxima autoridad jerárquica de cada organismo o entidad al momento de establecer el sistema de control interno, asegurarse de incorporar los controles y mecanismos necesarios, en cumplimiento de la función inherente a la gestión y a la dirección de las organizaciones**, cuyo respeto verificarán los responsables en ejercicio del control previo, propio de la administración activa, salvaguardando el patrimonio público contra eventuales daños. En ese sentido, cabe recordar que **la Ley de Contrataciones Públicas al precisar su objeto, además de establecer que uno de sus propósitos es el de regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, añade además la finalidad de preservar el patrimonio público.**

En otro orden de ideas, es importante precisar que en el supuesto de que **el órgano o ente público, indirectamente encargue o encomiende a otro órgano o ente público, para que actúe como su intermediario, en lograr para él la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras, dicho intermediario sí se encuentra obligado a emplear la modalidad de selección que corresponda, y en**

**consecuencia**, está sujeto a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas respecto a la constitución de garantías.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 88 *eiusdem*, que señala:

**“Artículo 88. Cuando un órgano o ente del Estado proceda a adquirir bienes, servicios u obras para otro órgano o ente del Estado, señalado en el Artículo 3, numerales 1 al 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, deberá emplear la modalidad de selección de contratista que corresponda de acuerdo a los supuestos cuantitativos y cualitativos que señala Ley, para cada una de las modalidades.”** (Destacado y subrayado nuestro)

Como se observa en este supuesto, el **órgano o ente público**, no actúa en nombre propio en la ejecución de las prestaciones de dar o hacer, sino que realiza todas las acciones correspondientes para que un tercero se obligue a suministrar bienes, prestar servicios, o ejecutar una obra para otro ente del Estado.

Ciertamente, en estos casos la situación es distinta, pues el órgano o ente del Estado, no es el obligado directo a cumplir la obligación objeto del contrato, es decir, **no es en estricto sentido, beneficiario de la adjudicación del contrato**, pues ésta cualidad la ostenta aquel oferente (persona natural o jurídica del sector privado), que resulte ganador en el concurso que dichos órganos o entes del sector público efectúen para lograr el objeto de la encomienda. De manera que, el órgano o ente (intermediario), está obligado a cumplir con las modalidades de selección que correspondan, y en consecuencia, el contratista estará obligado en los términos de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas a constituir las garantías allí previstas.

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que sólo en las contrataciones celebradas entre órganos o entes del Estado donde uno de ellos sea el obligado directo a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, están exceptuadas de la realización de los procedimientos de selección previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, así como de suministrar las garantías previstas en dicha Ley; no obstante, en estos casos deben establecerse los controles y mecanismos necesarios para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista. Por su parte, cuando el órgano o ente público,



indirectamente, encargue o encomiende a otro órgano o ente público, para que actúe como su intermediario en la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras, éste intermediario está obligado a cumplir con las modalidades de selección que correspondan y exigir al contratista la constitución de las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.

Oficio 01-00-000873 del 27 de octubre de 2010.



CONTROL FISCAL



*CONTROL FISCAL: Contenido de los artículos 32 y 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con el Concurso para designar al Auditor Interno.*

**Antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, los Organismos Públicos están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. La inhabilitación en el ejercicio de la función pública es la sanción impuesta en atención a las previsiones del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y corresponde al Contralor General de la República, de manera exclusiva y excluyente, acordar su aplicación en atención al ilícito cometido.**

Memorando N° 04-00-002 del 06 de enero de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la consulta que de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 105, último párrafo, deben realizar los miembros del Jurado Calificador del concurso para la designación del Auditor Interno.

A los fines de emitir la opinión solicitada, como punto previo, resulta necesario señalar que las competencias constitucional y legalmente atribuidas a este Máximo Órgano de Control, previstas en los artículos 287 y 289 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, establecen que la Contraloría General de la República es competente para ejercer el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. De igual forma dicha Ley designa a esta Contraloría General como Máximo Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal. En este sentido, y en atención a las previsiones del artículo 28 *eiusdem*, el Contralor General de la República, dictó la Resolución N° 01-00-000091, de fecha 17 de febrero de 2006, contentiva del Reglamento sobre Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados<sup>1</sup>, el cual constituye el marco regulatorio para dichos concursos.

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 del 23 de febrero de 2006.

Al respecto, el primer aparte del artículo 11 del mencionado Reglamento, establece que al momento de formalizar la inscripción en los referidos concursos, los aspirantes entregarán la declaración jurada, de no estar incurso en las inhabilidades previstas en el artículo 15 *eiusdem*.

Es importante señalar que el mencionado artículo 15, prevé las inhabilidades para participar en los concursos de Auditor Interno, estableciendo entre ellas, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública; siendo atribución del jurado del concurso, la verificación del cumplimiento de los requisitos de cada aspirante para concursar y rechazar a quienes no los reúnan, así como requerir ante cualquier institución pública o privada, información a fin de establecer la veracidad de la documentación aportada por los aspirantes, esto con la finalidad de garantizar la objetividad y transparencia en los resultados del concurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 *eiusdem*.

La normativa expuesta, indica que los encargados de velar por el cabal cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley para la participación en los referidos concursos, son los miembros del Jurado Calificador. No obstante, las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas 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, 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; el incumplimiento de dicha norma acarrea, por una parte, la nulidad de la designación, y por la otra, la imposición de la sanción prevista en el artículo 94 numeral 6 *eiusdem*, a los responsables de haber efectuado la referida designación al margen de la Ley.

Ahora bien, cabe destacar que la inhabilitación en el ejercicio de la función pública, es la sanción impuesta en atención a las previsiones del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y corresponde al Contralor General de la República, de manera exclusiva y excluyente, acordar su aplicación en atención al ilícito cometido.

Es por ello que la finalidad primordial de consultar a la Contraloría General de la República sobre el referido registro, radica en garantizar que la persona que resultó electa en el concurso, o para el desempeño de un

cargo público, es capaz para el ejercicio de la función pública, es decir, honesta, proba, de conducta intachable, capaz de velar por los intereses y el patrimonio del Estado; lo contrario significa que no existe confiabilidad de los resultados para designar al titular del órgano de control interno y por consiguiente el concurso no estaría apegado a la Ley. De ahí que resulte obligatorio consultar el registro de inhabilitados al cual se hace referencia en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Es propicia la ocasión, para recordarle que el concurso para la designación del Auditor Interno debe realizarse en los lapsos y términos que establece la normativa legal que rige la materia, y reiterarle la plena disposición de este Organismo Contralor, de atender cualquier asunto que estime necesario formular en el marco de las competencias que constitucional y legalmente le han sido conferidas.

Memorando N° 04-00-002 del 06 de enero de 2009.

*CONTROL FISCAL: Posibilidad de que el Auditor Interno permanezca en el cargo una vez vencido el período para el cual fue designado.*

**Cuando el Auditor Interno de un ente, seleccionado por concurso público, cumple el lapso de cinco años de permanencia en el cargo para el cual fue designado, la máxima autoridad debe proceder a convocar el concurso para designar al nuevo titular del órgano de control fiscal interno, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del referido período.**

**El Auditor Interno saliente, debe permanecer en el ejercicio del mismo hasta tanto sea designado el nuevo titular elegido mediante concurso.**

Memorando N° 04-00-085 del 05 de febrero de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la situación que se presenta al vencimiento del lapso de cinco (5) años, previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, para el ejercicio del cargo de Auditor Interno, cuando la máxima autoridad no ha efectuado el llamado a concurso público para la designación del nuevo titular, y ha concluido el periodo para el cual fue designado, si éste debe seguir en el ejercicio del cargo que viene desempeñando, hasta tanto se convoque a concurso público, se obtengan los resultados y se realice la designación del nuevo titular; o si debe permanecer en el ejercicio del cargo con carácter interino hasta que se obtengan las resultados del concurso; y si así fuere, si se requerirá la designación por parte de la máxima autoridad como interino en el cargo, o dicho interinato operará de pleno derecho con el vencimiento del período en cuestión.

Analizada la situación planteada, esta Dirección General coincide con el criterio sostenido por la Dirección consultante en cuanto a que, una vez vencido el lapso para el cual fue designado el titular de la Unidad de Auditoría Interna, sin que la máxima autoridad haya convocado a concurso, el Auditor Interno saliente debe permanecer en el ejercicio del mismo hasta tanto sea designado el nuevo titular elegido mediante concurso.

En ese orden de ideas, es importante traer a colación lo dispuesto en los artículos 27, 28 y 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los cuales disponen lo siguiente:



**“Artículo 27.** Todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, serán designados mediante concurso público, con excepción del Contralor General de la República.

Los titulares así designados no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera.

**Artículo 28.** El Contralor General de la República, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley para la Designación de Contralor o Contralora del Estado y mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, reglamentará los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley.

**Artículo 31.** Con excepción del Contralor General de la República, todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, durarán cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones, y podrán ser reelegidos mediante concurso público, por una sola vez.” (Subrayado nuestro)

La citada Ley Orgánica constituye el principal texto de rango legal regulatorio, como su nombre lo indica, del Sistema Nacional de Control Fiscal, por ello contiene los principios y normas fundamentales a ser aplicados en esta materia especial y compleja del control fiscal, tanto externo como interno, llegando incluso a establecer el particular modo de hacer la designación de los titulares de los órganos encargados de ejercerlo y el lapso de permanencia de los mismos.

En igual sentido que las normas anteriores, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público establece:

**“Artículo 136.** Los titulares de los órganos de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con participación

*de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.*

*Una vez concluido el período para el cual fueron seleccionados, los titulares podrán participar en la selección para un nuevo período.* (Subrayado nuestro)

El artículo 25 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional prevé:

**“Artículo 25.** *Los titulares de los órganos de auditoría interna serán designados mediante concurso organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en las bases dictadas al efecto por el Contralor General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.*

*El período a que se refiere el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de ejercicio del cargo de titular del órgano de Auditoría Interna, es de cinco años. Concluido este período, conforme a lo establecido en esa disposición, los titulares podrán participar, por una sola vez, en un nuevo concurso, el nombramiento o designación corresponde a la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente.*

*Los titulares así designados no podrán ser destituidos o despedidos sin la autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto la máxima autoridad del organismo le remitirá el expediente respectivo.”* (Subrayado nuestro)

En tal sentido, el primer aparte del artículo 5 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, Estadal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados precisa:

(...)

*“El concurso público para la designación de los titulares de la Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Estadal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, **será convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo***

***ente u organismo mediante acto motivado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el auditor interno saliente, de producirse la vacante absoluta del cargo después de transcurridos seis(6) meses contados a partir de su designación; o del inicio de las actividades en caso de constitución de unidades de Auditoría interna.*** (Destacado nuestro)

De la normativa transcrita se desprende, clara e inequívocamente, la voluntad del legislador de regular expresamente que las personas que vayan a desempeñarse como titulares de un órgano de control fiscal, sean designadas mediante concurso regulado por la normativa que al efecto dicte el Contralor General de la República, de modo que se podría afirmar, que el régimen jurídico de los Auditores Internos se caracteriza porque:

- a) su nombramiento debe realizarse mediante concurso público,
- b) son designados para un lapso determinado de cinco (5) años,
- c) gozan de estabilidad relativa durante dicho lapso, y se requiere la autorización del Contralor General de la República para ser removidos o destituidos.

En el presente caso, el auditor interno seleccionado por concurso público, cumplió el lapso de cinco años de permanencia en el cargo para el cual fue designado; de allí que la máxima autoridad del ente, debió proceder a convocar el concurso para designar al nuevo titular del órgano de control fiscal interno, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del referido período; concurso que según manifiesta el consultante no se ha efectuado, y como consecuencia de dicha omisión, el Auditor Interno saliente cuestiona la condición en que debe permanecer en el referido cargo: si como titular o interino.

En ese sentido, se considera que si bien la máxima autoridad del organismo o entidad no convocó el concurso para la designación del titular de la Unidad de Auditoría Interna en el lapso indicado, esto no es motivo suficiente para justificar que se deje de dar cumplimiento a dicha obligación prevista en la normativa referida, de allí que corres-

ponde a las Máximas Autoridades del Organismo, hacer tal convocatoria y cumplir con las formas, los requisitos, las prescripciones y el procedimiento previsto en la normativa dictada por el Contralor General de la República, en desarrollo de las mencionadas disposiciones legales.

A todo evento, y respecto a la situación del Auditor Interno saliente, es oportuno señalar, que una vez concluido el período de cinco (5) años para el cual fue designado, sin que la máxima autoridad haya convocado a concurso para la designación del nuevo titular, éste debería permanecer en el ejercicio del cargo con carácter temporal hasta que, de acuerdo con el procedimiento aplicable, previsto en el citado Reglamento Sobre los Concursos, se nombre a un nuevo titular y el mismo tome posesión del cargo previa designación efectuada por la máxima autoridad del ente convocante.

En ese sentido es preciso indicar, que si bien es cierto no puede atribuírsele al Auditor Interno saliente la titularidad del cargo y la garantía de estabilidad que esto apareja, pues expiró el término para el cual fue designado, se estima que este funcionario debería permanecer en el mismo bajo la figura tácita de provisionalidad, hasta el nuevo llamado a concurso, toda vez que su condición de ingreso y permanencia fue por mandato de Ley temporal -cinco años-, razón por la cual, una vez vencido dicho lapso, se modifica esa condición de temporalidad por la de provisionalidad, hasta tanto sea convocado debidamente el nuevo concurso. En el caso planteado, esta Dirección General es del criterio que el vencimiento del lapso no implica de pleno derecho la pérdida de la competencia para el ejercicio de las atribuciones inherentes al cargo, debido que no puede paralizarse el ejercicio del control fiscal interno por la ausencia del funcionario, en razón que el Auditor Interno cumple una función especial y principal en el ámbito del referido ente u organismo, de interés público general dentro de un marco regulatorio específico del control fiscal, que incluye la evaluación del sistema de control interno que le otorga una connotación especial, porque las actividades de control fiscal deben prevalecer sin interrupción alguna.

En apoyo de lo expuesto, es oportuno citar el criterio dictado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 27 de marzo de 1985, oportunidad en la cual expresó lo siguiente:

*“(...)En efecto, de acuerdo a su duración los cargos se clasifican en permanentes y temporales. Los permanentes confieren su titularidad a quien ha sido designado para ello por un lapso indeterminado de tiempo; en cuanto que los temporales solo acuerdan tal titularidad durante el período de tiempo para el cual han sido previstos. Generalmente en el sistema venezolano, los cargos por elección son temporales, durante el período constitucional de los cinco años o por un lapso más breve cuando la ley así lo indica. Ahora bien, respecto al ejercicio de los cargos temporales, se aprecia que al vencimiento del término, quien lo ejerce no pierde por ello ipso iure su investidura; pero si pierde la estabilidad para seguirlo desempeñando, por lo cual permanecerá en su ejercicio en un régimen interinario hasta tanto no sea sustituido legítimamente, esto es, por quien haya sido designado de conformidad con las normas que rigen la materia, para suplirlo (...).”*

Con fundamento en lo expuesto, se considera que el Auditor Interno saliente, debe **permanecer en el ejercicio de sus funciones** con carácter provisional o interino hasta la provisión definitiva del cargo, de conformidad con las disposiciones legales que rigen la materia, por quien resulte ganador en el concurso público que deberá ser convocado por la máxima autoridad del ente u organismo.

En razón de lo anterior, la máxima autoridad del Banco, deberá convocar en un lapso perentorio, a concurso público para la designación del titular del órgano de control fiscal interno, de conformidad con las previsiones establecidas en el Párrafo Segundo del artículo 5 del Reglamento *ut supra* citado, siguiendo al efecto el procedimiento previsto en ese instrumento, en aras de preservar la importantísima tarea asignada a dicho funcionario. En atención a ello, deberá mantener informada a la Dirección General de Control de la Administración Nacional Descentralizada, de este Máximo Organismo de Control, sobre el inicio del proceso de selección del titular de la Unidad de Auditoría Interna por parte de esa institución, a los fines del ejercicio de control fiscal que tiene atribuido esta Institución Fiscalizadora.

Memorando N° 04-00-085 del 05 de febrero de 2009.

*CONTROL FISCAL: Ausencia de publicación en Gaceta Oficial de los resultados del concurso para la selección del Auditor Interno.*

**Un acto administrativo es válido, cuando ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente; es eficaz cuando se dé cumplimiento a la condición suspensiva, al término o a la aprobación posterior por un órgano del Estado distinto a su autor, al cual está sometido; o cuando cumpla con las formalidades complementarias, como son la notificación o la publicación.**

Memorando N° 04-00-090 10 de febrero de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, respecto a la ausencia de publicación en la Gaceta Oficial de los resultados del concurso público, donde resultó ganador el Auditor Interno y cuya juramentación se llevó a cabo el 29 de marzo de 2006. Situación que pudiera afectar los actos administrativos dictados dentro del proceso de potestades investigativas llevadas a cabo por esa Unidad de Auditoría Interna.

Como punto previo, es de señalar, que los órganos de control fiscal interno, se encargan del servicio de auditoría, (examen *a posteriori*) dentro del órgano o ente, y les corresponde evaluar su sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, y la evaluación de las operaciones realizadas, pudiendo practicar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el ente u órgano 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<sup>1</sup>. Asimismo, estas unidades de auditoría interna tienen atribuidas competencias para iniciar la potestad de investigación y sancionatoria, dentro del ámbito de su competencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 93 de la ley *in commento*.

Al respecto, el artículo 77, establece que la potestad de investigación de los órganos de control fiscal será ejercida en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esa Ley, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, y comprende las facultades para: “1. Realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin

---

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

*de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, determinar el monto de los daños causado al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales.”* Por lo tanto, es una facultad que tienen los órganos de control fiscal, inmanente a la actividad de control posterior.

Con fundamento en lo antes expuesto, el titular de Auditoría Interna, está legalmente facultado para realizar los actos relacionados con dicho procedimiento, toda vez que se cumplió con los extremos previstos en la normativa legal y reglamentaria que rige la materia, en cuanto a la designación por parte de la máxima autoridad del Instituto, órgano con plena competencia para ello.

En este orden de ideas, es importante distinguir entre la validez del acto administrativo y la eficacia del mismo. Un acto administrativo es válido, cuando ha sido regularmente dictado, es decir, cuando ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, es eficaz cuando se ha dado cumplimiento a la condición suspensiva, al término o a la aprobación posterior por un órgano del Estado distinto a su autor, al cual está sometido, o cuando se haya dado cumplimiento a alguna de las formalidades complementarias, como son la notificación o la publicación, según el caso. En este sentido, cuando se trate de un acto administrativo de efectos particulares, el mismo es eficaz una vez que ha sido notificado al interesado, en este caso, la notificación tiene por objeto, informar o hacer del conocimiento del interesado, el contenido del acto, los recursos que contra éste proceden, de ser el caso, y el lapso dentro del cual los puede ejercer. Como se puede observar, la notificación es posterior a la emisión o nacimiento del acto administrativo.

De modo pues, que siendo la notificación un acto ulterior e independiente del acto que se notifica, mal puede incidir en el contenido de dicho acto.

Sobre el particular, es oportuno traer a colación lo sostenido por la jurisprudencia venezolana, la cual ha dejado sentado que:

*“La publicidad (publicación-notificación) consiste en llevar el acto emitido a conocimiento de los interesados, y la misma es diferente de acuerdo a la naturaleza del acto. El acto de efectos generales o abstracto, se comunica mediante su publicación en el diario oficial que corresponda al organis-*

*mo que tome la decisión (artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), por el contrario, la del acto de efectos particulares se logra a través de su ‘notificación’ al interesado, notificación que a partir de la Promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha sido revestida de formalidades especiales contempladas en el artículo 73 eiusdem y cuyo incumplimiento por la Administración acarrea las consecuencias que prevén los artículos 74 y 77 de la citada Ley Orgánica. Respecto al acto administrativo de efectos particulares, cabe destacar, que **si bien dicho acto puede ser objeto de publicación, la eficacia (ejecutoriedad) del mismo, sólo se logra mediante su notificación**, como bien lo expresa el artículo 76 antes transcrito. **De allí que no sea lícito para la Administración suplir la motivación con la publicación, pues sólo mediante la primera puede admitirse razonablemente que el acto ha llegado efectivamente a conocimiento del interesado**, pues de otro modo se atentaría contra la seguridad jurídica, en cuya preservación, como se ha puesto de manifiesto, está interesado el orden público.”<sup>2</sup> (Destacado y subrayado nuestro)*

En sintonía con lo anterior, cabe indicar que, conforme a lo previsto en el artículo 43 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 Descentralizados<sup>3</sup>, la máxima autoridad jerárquica del ente u organismo convocante, debe **notificar** a cada uno de los participantes, señalándoles la puntuación que hubieren obtenido, **así como la del participante que resultó ganador**, siguiendo las previsiones contenidas en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.<sup>4</sup>

En caso de que se hubiere cumplido con tal extremo (notificación), se considera que se cumplió el requisito de **eficacia** que exige la

<sup>2</sup> CPCA del 24-10-95. Caso: Sociedad Atrium, C.A. vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, citada en la Obra: “Jurisprudencia sobre Los Actos Administrativos 1980-1993, pág. 561, Autor: Caterina Balasso Tejera. Caracas, 1998.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 del 23 de febrero de 2006.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio de 1981.



Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a los fines de que los legítimos interesados tengan conocimiento de los resultados del concurso. Tanto es así, que **en el texto de la notificación del participante ganador**, se le debe indicar: el lapso para la aceptación del cargo, la fecha en que se procederá a la juramentación y la toma de posesión en el cargo.

Señalado lo anterior, cabe indicar, que el artículo 42 del Reglamento *in commento*, establece que debe publicarse en Gaceta Oficial, el resultado de la evaluación y el nombre y apellido del ganador del concurso. Sobre el particular, se observa que esta publicación, ciertamente, es un requisito de carácter legal previsto en la normativa, que no afecta la validez del concurso público, así como tampoco la **eficacia que produjeron las notificaciones de los resultados realizadas a los legítimos interesados en el mismo**. En este sentido, es importante precisar, que la publicación en Gaceta Oficial de tales resultados, tiene como propósito, dar la mayor publicidad y transparencia a los resultados obtenidos en el concurso realizado.”

Por otra parte, según el Principio de Competencia establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>5</sup>, toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento, y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable, y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

No obstante, es conveniente resaltar, que de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los titulares de las Unidades de Auditoría Interna, tienen atribuida competencia para la ejecución de acciones, las cuales pueden a su vez, ser objetadas por el interesado en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 49 Constitucional, que consagra la garantía al debido proceso, así como el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales; y la autoridad que da inicio a una investigación debe garantizar, entre otros, la imparcialidad y la objetividad del proceso, razón por la cual, el funcionario, independientemente de su condición de titular, interino o encargado, deberá ejercer la potestad de investigación e iniciar y

---

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

decidir el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en la referida Ley.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se considera procedente la publicación en Gaceta Oficial de los resultados obtenidos en el concurso público en referencia, a los fines de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 42 del Reglamento que regula la materia.

Memorando N° 04-00-090 del 10 de febrero de 2009.

*CONTROL FISCAL: Competencia del Auditor Interno (encargado), para efectuar la audiencia oral y pública del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.*

**Cuando el cargo de Auditor Interno se ejerza por un funcionario en calidad de interino, está plenamente facultado para realizar todo aquello que le corresponda al titular, podrá incluso delegar mediante acto expreso la celebración del acto oral y público.**

Memorando 04-00-165 del 02 de abril de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la competencia de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna, para efectuar la audiencia oral y pública del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en sus artículos 101, 103 y 106; y si esta atribución, en caso de poseerla, puede ser delegada.

Sobre los particulares expuestos, es preciso señalar de manera previa, que es criterio de este Organismo Contralor que el funcionario que ostente el cargo de Auditor Interno en los organismos y entidades mencionados 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, o de Control Estatal, Distrital o Municipal, está facultado para ejercer todas las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye al respectivo órgano de control fiscal, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes; aun cuando no haya sido designado en el cargo mediante concurso público. En tal sentido, el referido funcionario, independientemente de su condición de interino o encargado, deberá ejercer la potestad de investigación e iniciar y decidir el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en la Ley *in commento*.

En este mismo orden de ideas, es de indicar, que el ordenamiento jurídico concibe la posibilidad de que un órgano superior mediante un acto unilateral, pueda transferir temporalmente a un órgano inferior de la misma persona jurídica, el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas, siendo esta delegación posible, solo con la autorización de la Ley, por lo que en este caso específico, sería procedente, toda

vez que considerando las competencias atribuidas al funcionario que detenta el cargo de Auditor Interno, los artículos 101, 106 y 107 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, atribuyen al titular del organismo de control fiscal o su delegatario la celebración del acto oral y público, el dictar la decisión que determine la responsabilidad administrativa, formular el reparo o imponer la multa, y de decidir el recurso de reconsideración, por tratarse de competencias específicas que la propia Ley permite delegar.

Así pues, aun cuando el cargo de Auditor Interno se ejerza por un funcionario en calidad de interino, el mismo está plenamente facultado para realizar todo aquello que le corresponda al titular, incluso delegar mediante acto expreso la celebración del acto oral y público, así como la decisión que declara la responsabilidad administrativa, pues constituye una atribución asignada en forma específica a los titulares de los órganos de control fiscal, que la Ley le permite delegar.

Memorando N° 04-00-165 del 02 de abril de 2009.

*CONTROL FISCAL: Autoridad competente para expedir copias certificadas de documentos originales que reposan en los archivos de un ente, así como para la aprobación de los manuales, reglamentos y demás normativa interna del mismo.*

**De conformidad con lo establecido en el artículo 22 de los Estatutos Sociales de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), al Presidente o Presidenta le corresponde, entre otras atribuciones, la de suscribir contratos, actos, documentos y correspondencias hasta el nivel que le sea autorizado por la Junta Directiva.**

**En cuanto a la autoridad competente para dictar los manuales, reglamentos y demás normativa interna de la CANTV, por tratarse de instrumentos vinculados con el sistema de control fiscal interno, le corresponde por ley a las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entes, pues son estos los que tienen la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema normativo, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización.**

Memorando N° 04-00-167 del 04 de abril de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con los aspectos siguientes: **1)** ¿Cuál es la autoridad competente en la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), para expedir las copias certificadas de los documentos que reposan en sus archivos, toda vez que los estatutos sociales nada establecen al respecto, ni existe normativa legal que regule dicha situación?, y **2)** ¿cuál es la autoridad competente para certificar los manuales, reglamentos y demás normativa interna en la CANTV?.

Analizados los planteamientos formulados, esta Dirección General coincide con el criterio sostenido para ambos aspectos por la Gerencia consultante, toda vez que, ciertamente, los estatutos sociales no establecen de manera **expresa** a quién le corresponde expedir las copias certificadas de los documentos que reposan en los archivos de la empresa, sin embargo, en los artículos 14, 20 y 22 de sus Estatutos Sociales, se establecen las atribuciones que de manera directa tiene la Junta Directiva como máxima autoridad de esa institución, y las asignadas a su Presidente o Presidenta.

En efecto, los artículos 14 y 20 de los Estatutos Sociales de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela<sup>1</sup> (CANTV), atribuyen a la Junta Directiva lo siguiente:

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.981 del 28 de julio de de 2008.

**“Artículo 14.-** *La dirección y administración de la Compañía será ejercida, hasta el máximo permitido por la ley, por una Junta Directiva, la cual será la máxima autoridad jerárquica de la Compañía.*

(...)

**Artículo 20.-** *La Junta Directiva tiene los poderes de dirección, disposición y administración de la Compañía, en los límites de estos Estatutos y dentro de los lineamientos que dicte su Ministerio de adscripción, tendrá las siguientes atribuciones*

(...)

*e) Autorizar la celebración de toda clase de contratos (...)*

*k) Delegar (...) en el Presidente o Presidenta u otros Ejecutivos o Ejecutivas de la Compañía en las condiciones que ella establezca, en cuyo caso se entenderá que el delegatario asume la responsabilidad por los actos que le han sido delegados; asimismo, podrá delegar la firma de actos o documentos de mero trámite en los empleados o empleadas de la Compañía que considere convenientes, quienes permanecerán bajo la supervisión de la Junta Directiva, la cual mantiene en estos casos la responsabilidad y la potestad de adoptar la decisión que le corresponde dentro de sus atribuciones.*

*En los casos en los que se actúe mediante delegación de atribuciones o de firma, deberá hacerse mención expresa y precisa en el instrumento donde conste la misma: el delegante, el delegatario, el acto delegado, el tipo de delegación de que se trate, su duración si fuese el caso y demás términos y condiciones de la delegación que se consideren convenientes.*

*La Junta Directiva podrá reasumir las atribuciones o firmas delegadas y ejercerlas por sí mismo, cuando lo considere conveniente.”*

Por su parte, el artículo 22 del referido documento asigna al Presidente o Presidenta lo siguiente:

**“Artículo 22.-** Al Presidente o Presidenta de la Compañía le corresponden los siguientes deberes y atribuciones:

a) Administrar la Compañía, de acuerdo con sus facultades y con las decisiones de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva.

(...).

f) Aprobar y suscribir, en nombre de la Compañía, todos los contratos, actos, documentos y correspondencia en que ella tenga interés o sea parte hasta el nivel que le sea autorizado por la Junta Directiva. Esta facultad podrá ser delegada por el Presidente o Presidenta, en el Vice-Presidente Ejecutivo o Vice-Presidenta Ejecutiva, Gerentes Generales, Gerentes, o en cualquier otro Ejecutivo o Ejecutiva de la Compañía. Esta delegación deberá ser hecha por el Presidente o Presidenta en forma expresa, señalando los actos cuya firma delega, los delegatarios, la naturaleza y cuantía de las actuaciones a las cuales se refiera la delegación, su duración si fuese el caso, así como cualesquiera otras determinaciones que juzgue necesarias, de acuerdo a las políticas corporativas de la Compañía aprobadas por la Junta Directiva. En tal caso, se entenderá que el delegatario asume la responsabilidad por los actos que le han sido delegados. El Presidente o Presidenta podrá ejercer simultáneamente las funciones delegadas o reasumirlas y ejercerlas por sí mismo, cuando lo considere conveniente.

(...).

m) Delegar temporalmente, una o más de sus facultades, responsabilidades o atribuciones, en los empleados o empleadas que considere conveniente, salvo las excepciones previstas en el literal d) y los supuestos establecidos en los literales k) y l) de este artículo. El Presidente o Presidenta podrá ejercer simultáneamente las funciones delegadas o reasumirlas y ejercerlas por sí mismo, cuando lo considere conveniente. Igualmente, podrá delegar la firma de determinados documentos de mero trámite, previa aprobación de los actos que le estén reservados dentro de sus atribuciones, en cuyo caso el Presidente o Presidenta mantiene

*la decisión y la responsabilidad respecto a los documentos suscritos por el delegatario.*

*n) Las demás que le confieran estos Estatutos o la Junta Directiva.”*

Como puede apreciarse de la normativa parcialmente transcrita, se desprende que la Junta Directiva tiene los más amplios poderes de dirección, disposición y administración de la referida compañía, y, precisamente en ejercicio de ese poder como máxima autoridad, le corresponde decidir a quién confiere la facultad para certificar los documentos que reposan en sus archivos, pudiendo recaer dicha facultad en determinadas direcciones, gerencias o en funcionario o funcionarios que estime pertinente.

Así, de conformidad con lo establecido en el referido artículo 22, de dichos estatutos, al Presidente o Presidenta le corresponde, entre otras atribuciones, **la de suscribir contratos, actos, documentos y correspondencias hasta el nivel que le sea autorizado por la Junta Directiva**. De manera que podría perfectamente inferirse, que el referido funcionario puede expedir las copias certificadas de los documentos que reposan en los archivos de dicha empresa, hasta el nivel autorizado por la Junta Directiva, y está facultado para delegar esta atribución tal y como lo prevé el citado artículo.

Ahora bien, en cuanto a la autoridad competente para dictar los manuales, reglamentos y demás normativa interna en la CANTV, así como la aprobación de la referida normativa, es importante destacar que por tratarse de instrumentos vinculados con el sistema de control fiscal interno, le corresponde por Ley a las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entes, pues son éstos los que tienen la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el referido sistema, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización.

En ese sentido, es importante traer a colación lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, que establecen:

**“Artículo 35.** *El Control Interno es un sistema que comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados dentro de*

---

<sup>2</sup> Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.



*un ente u organismo sujeto a esta 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.*

**Artículo 36. Corresponde a las máximas autoridades jerárquicas 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.**

**Artículo 37.** *Cada entidad del sector público elaborará, en el marco de las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República, las normas, manuales de procedimientos, indicadores de gestión, índices de rendimiento y demás instrumentos o métodos específicos para el funcionamiento del sistema de control interno.*  
(Destacado nuestro)

El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>3</sup>, dispone:

**“Artículo 134. Corresponde a la máxima autoridad de cada organismo o entidad la responsabilidad de establecer y mantener un sistema de control interno adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización. Dicho sistema incluirá los elementos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en las normas y manuales de procedimientos de cada ente u órgano, así como la auditoría interna.”**  
(Destacado nuestro)

El artículo 22 de las Normas Generales de Control Interno<sup>4</sup> establece:

**“Artículo 22 Los manuales técnicos y de procedimientos deben ser aprobados por las máximas autoridades jerárquicas de los organismos o entidades (...).”**  
(Destacado nuestro)

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

Así como el punto 4.2.4 del Manual de Normas de Control Interno Sobre un Modelo Genérico de la Administración Central y Descentralizada Funcionalmente<sup>5</sup>, prescritas por la Superintendencia de Auditoría Interna, que dispone lo siguiente:

*“4.2.4.- Responsabilidad por el Establecimiento de un Adecuado Sistema de Control Interno.*

***La máxima autoridad de cada organismo o ente público es la responsable de organizar, establecer y mantener un adecuado sistema de control interno, de acuerdo a la naturaleza, estructura y fines de cada institución.*** (Destacado nuestro)

Del contenido de las normas transcritas, se interpreta que son las máximas autoridades de los entes y organismos, los responsables de dictar y aprobar los planes de organización, las normas, reglamentos, manuales, instructivos, entre otros, que deben conformar el sistema de control interno, todo ello bajo la rectoría de este órgano contralor en su condición de rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Siendo así, es importante que se tome en consideración lo previsto en el artículo 55 del vigente Reglamento<sup>6</sup> de la precitada Ley, según el cual:

“(…)

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

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

Finalmente, cabe precisar en el caso planteado, que corresponde a la Junta Directiva de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), en su condición de máxima autoridad, la aprobación

---

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.282 del 28 de septiembre de 2005.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.169 del 29 de marzo de 2001.

de los manuales, reglamentos y demás normativa que pretenda dictar a los fines de mantener el adecuado funcionamiento de su sistema de control interno, adaptado a la naturaleza, estructura y fines de esa empresa, facultad que no puede ser delegada dada la prohibición establecida en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>7</sup>, en cuanto a que la delegación interorgánica no procede cuando se trata de la adopción **de disposiciones de carácter normativo**.

Memorando N° 04-00-167 del 04 de abril de 2009.

---

<sup>7</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

*CONTROL FISCAL: Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y sus respectivas Oficinas o Dependencias.*

**Todo funcionario o empleado público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos tiene la obligación al cesar en su empleo, cargo o función, de hacer entrega efectiva del órgano, ente, dependencia u oficina que estuvo a su cargo, mediante un acta suscrita por el funcionario saliente y el funcionario entrante.**

Memorando N° 04-00-297 del 27 de mayo de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la propuesta de reforma a las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias<sup>1</sup>, en virtud de los señalamientos realizados por la Contraloría del Estado Bolivariano de Miranda, respecto al contenido de los artículos 18 y 20 de las indicadas Normas.

La Dirección consultante manifiesta, que en atención a los lapsos previstos en estas Normas, podrían surgir, por parte del órgano de control interno del ente u organismo, dos pronunciamientos sobre un mismo aspecto, toda vez que el órgano de control interno cuenta con un lapso de 90 días hábiles siguientes al recibo del acta de entrega para realizar el informe que contendrá el resultado de la verificación (Artículo 18), mientras que el funcionario entrante tendrá 120 días hábiles siguientes a la firma del documento indicado, para realizar sus observaciones (Artículo 20).

Considera, asimismo, que prever un lapso para verificar el acta por parte de la Unidad de Auditoría Interna, resulta limitativo a las potestades auditoras, investigativas y sancionatorias, que detenta como integrante del Sistema Nacional de Control Fiscal, actividad que, además, no debe circunscribirse únicamente, a la comprobación de lo indicado en el acta, en cuanto a su existencia y efectiva realización, sino también, verificar la legalidad y sinceridad de las operaciones realizadas, así como examinar los registros y sistemas contables respectivos. Por ello, proponen suprimir el contenido del artículo 18 y redactar uno que prevea lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.311 del 10 de noviembre de 2005.

**Artículo propuesto:** *“Sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo, corresponderá a la unidad de auditoría interna, la verificación de la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección del acta de entrega, así como de las observaciones que se deriven, de ser el caso, del funcionario o empleado que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia.*

*Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.”*

Igualmente, a través del Oficio N° 01-00-000-179 del 24 de abril de 2009, elaborado por la referida Dirección General de Control, suscrito por el Contralor General de la República, se ha emitido opinión sobre el particular expresando que: *“para las verificaciones que actualmente adelantan las unidades de auditoría interna, el lapso de 90 días hábiles con los que se cuenta para realizar la comprobación correspondiente, comience a correr una vez transcurrido los 120 días hábiles que posee el funcionario o empleado que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, para formular las observaciones que estime conveniente en relación con el contenido de dicha acta, hasta tanto se modifiquen las Normas en comento.”*

Examinada la propuesta en referencia, esta Dirección General tiene a bien señalar lo siguiente:

Conforme con lo dispuesto en las “Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias”, todo funcionario o empleado público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos, tiene la obligación, al cesar en su empleo, cargo o función de hacer entrega efectiva del órgano, ente, dependencia u oficina que estuvo a su cargo, mediante un acta que deberá ser suscrita por el funcionario saliente y el funcionario entrante, en la cual se dejará constancia del estado de la misma. Una vez suscrita el acta, se remitirá un ejemplar a la unidad de auditoría interna del órgano o entidad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción (Artículo 17).

Esta obligación, viene dada en resguardo de la delimitación de las eventuales responsabilidades del funcionario que recibe, como del que hace la entrega, quien en definitiva debe responder de la exactitud del acta tanto cualitativa como cuantitativamente, tal como lo prevé el artículo 14 de las citadas Normas.

El acta en comentario, refleja la materialización efectiva de la entrega de la oficina o dependencia que estaba bajo la responsabilidad de un funcionario determinado a otro que lo sustituye en el cargo, quien tiene, en ese primer momento, la oportunidad para dejar constancia en el acta, de los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren en el levantamiento de la misma, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades.

En ese sentido, el artículo 16 de las normas, dispone lo siguiente:

***Errores, deficiencias u omisiones***

***“Artículo 16.*** *En el acta de entrega se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren en el levantamiento de la misma, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien entrega y de quien recibe.”* (Subrayado nuestro)

Ahora bien, si con posterioridad a la suscripción del acta de entrega el funcionario o empleado que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, tiene observaciones sobre su contenido que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, las **informará** por escrito al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción (Artículo 20).

Observaciones que pueden derivar además del informe que elabora la Unidad de Auditoría Interna (Artículo 18), o de cualquier otro instrumento del que tenga conocimiento el funcionario, tal y como lo prescribe la parte *in fine* del artículo 20, donde por error material se remite al informe al que se refiere el artículo 16, en lugar del artículo 18 como es lo correcto.

En efecto, el artículo 20 establece lo siguiente:

**Observaciones al acta por el funcionario que recibe**

**“Artículo 20.** *El funcionario o empleado que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, que con posterioridad a la suscripción del acta de entrega, tenga observaciones sobre el contenido de la misma, que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, las informará por escrito al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción.*

*Las observaciones que se formulen al acta de entrega de una unidad de auditoría interna, se remitirán al órgano de control fiscal externo competente, y las del acta de entrega de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional o de un órgano de control fiscal externo, se remitirán a la Contraloría General de la República.*

*Dichas observaciones pueden derivar tanto del informe a que se refiere el Artículo 16 [léase 18] de estas Normas, como de cualquier otro instrumento que tenga conocimiento el funcionario o empleado que recibe.”* (Subrayado y Destacado nuestro)

Ciertamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de las citadas normas, corresponderá a la Unidad de Auditoría Interna **la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega**, cuyos resultados se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de recepción del acta en cuestión y sus anexos.

Al respecto el artículo 18 establece lo siguiente:

**Sinceridad y exactitud del acta**

**“Artículo 18.** Corresponderá a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega, sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo.

Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de recepción del acta en cuestión y sus anexos.” (Subrayado nuestro)

Como se observa, la actuación del funcionario que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, está dirigida a la revisión física de los diferentes aspectos señalados en el acta de entrega y sus anexos indicados en los artículos 7 al 10, según corresponda; por ello, en resguardo de su eventual responsabilidad, en el supuesto que se detecten irregularidades en los documentos, bienes y recursos recibidos, debe **informar** al órgano de control fiscal competente, las observaciones que tuviere respecto a su contenido y que, a su juicio, ameritan el ejercicio de una investigación.

No obstante, la tarea del funcionario que recibe no se equipara a la función de control que corresponde al órgano fiscalizador, pues es a éste en definitiva, a quien corresponde **verificar la exactitud y sinceridad del acta de entrega**; labor que va más allá de la revisión de los elementos e informaciones contenidos en el acta y que se extiende a la comprobación de los contenidos recogidos en ésta sobre la base de los datos, informaciones y registros aportados con el objeto de comprobar la veracidad de la información presentada, y la confiabilidad de su contenido. Actividad de control que realizará sin perjuicio de las auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, estudios, análisis e investigaciones que le compete realizar para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.<sup>2</sup>

De manera que, si de la verificación de la **sinceridad** y **exactitud** del contenido del acta de entrega y sus anexos se determinan actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo el patrimonio de los órganos, entidades, oficinas o dependencias, el órgano de control fiscal informará de tales circunstancias a las

---

<sup>2</sup> Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.



autoridades administrativas correspondientes, a fin de que se ejerzan las acciones correctivas a que hubiere lugar y en todo caso, de existir méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, ejercerá la potestad de investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, e iniciará el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades previsto en el Capítulo IV del Título III de la citada Ley, de ser procedente, todo ello sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo (Artículo 19).

Ahora bien, conforme a la redacción propuesta por la Dirección de Control, se eliminaría en el artículo 18 de las normas bajo examen, el lapso de noventa días para la verificación y elaboración del informe por parte de la Unidad de Auditoría Interna y se extendería la verificación a la legalidad y corrección del acta de entrega, así como a las observaciones que formule el funcionario que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, con el propósito de evitar que surjan, por parte del órgano de control interno del ente u organismo, dos pronunciamientos sobre un mismo aspecto y no se limite el ejercicio de las potestades auditoras, investigativas y sancionatorias, que detenta como integrante del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sobre el particular, se considera que el lapso de noventa días para realizar la verificación de la sinceridad y exactitud del contenido del acta de entrega, no limita las funciones de control, vigilancia y fiscalización, ni el ejercicio de las potestades investigativas y sancionatorias del órgano de control fiscal, quien siempre tendrá competencia para iniciar actuaciones tendentes a verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales.

En efecto, tal como lo prevé el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público<sup>3</sup>, en concordancia 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, el órgano de control fiscal interno tiene la competencia para realizar au-

---

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.164 del 23 de abril de 2009.

ditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el órgano o ente sujeto a su control, aunado a esto, tienen atribuidas potestades investigativas, resarcitorias y sancionatorias, dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la Ley antes citada.

A lo señalado, se debe añadir, que la Unidad de Auditoría Interna está incorporada a la estructura organizativa del órgano o entidad, lo cual facilita que la función de auditoría sea inmediata y permanente, constituyéndose en un elemento de control que permitirá determinar los problemas de forma oportuna y tomar las decisiones más adecuadas para solucionarlos. De manera que en ese contexto, de no contemplar las normas ningún lapso para que la Unidad de Auditoría Interna realice la mencionada verificación, se otorgaría un amplio margen de discrecionalidad a dicho órgano y se generaría una situación de inseguridad, tanto respecto del funcionario que recibe en resguardo de su eventual responsabilidad, como del funcionario que hizo entrega del órgano, oficina o entidad, pues como indicamos, éste es el responsable de la exactitud del acta tanto cualitativa como cuantitativamente.

En ese sentido, el hecho de que las funciones de control fiscal estén centralizadas en una unidad ubicada dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad, le permite a la Unidad de Auditoría Interna, mantener, no sólo una relación continua y estrecha con los niveles superiores de la administración, sino el acceso directo a información importante para la ejecución de las auditorías, y de allí la posibilidad de ejercer en cualquier momento sus funciones, con los criterios de celeridad, eficacia, eficiencia y economía, conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Aunado a esto, suprimir el lapso de 90 días en el artículo 18 de las Normas, como indica la propuesta, supone, por vía de consecuencia, la eliminación de la parte *in fine* del artículo 20 *eiusdem*, que permite al funcionario que recibe el órgano o entidad, formular observaciones con fundamento en lo indicado por la Unidad de Auditoría Interna en el informe de verificación, pues de no hacerlo quedaría abierta siempre la posibilidad de emitir tales observaciones cuando el órgano de control fiscal produzca el informe en comentario.

Debemos insistir, en que la **verificación** supone un examen o revisión del acta y sus anexos, con el fin de determinar si cumple los requisitos de carácter técnico y jurídicos establecidos. El resultado de dicha verificación no libera al funcionario que entrega el órgano o entidad de las eventuales responsabilidades que pudieran derivar de actos, hechos u omisiones vinculadas con el manejo, custodia o administración del patrimonio público durante el ejercicio de sus funciones, que pudiera detectar la Unidad de Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, pues conforme a 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 y las Normas Generales sobre Control Interno, la actividad de la Unidad de Auditoría Interna, 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, en cuanto a su existencia y efectiva realización, competencias que puede ejercer en cualquier momento, respetando siempre los principios de celeridad, eficacia, eficiencia antes indicados, y evitando la extinción por el transcurso del tiempo (prescripción) de las acciones, ante la comisión de un ilícito administrativo en resguardo del patrimonio público.

Por tanto, se considera que la propuesta de la Dirección Consultante respecto a la eliminación del lapso de 90 días con que cuenta la Unidad de Auditoría Interna para la verificación, o contar dicho lapso una vez vencido los 120 días hábiles que dispone el funcionario que recibe para realizar sus observaciones como se indicó en el Oficio N° 01-00-000-179 del 24 de abril de 2009, o especificar en el contenido del artículo 18 que la función de la Unidad de Auditoría Interna se extiende a verificar la legalidad y sinceridad de las operaciones realizadas y al examen de los registros y sistemas contables respectivos, no altera ni limita el ejercicio de las competencias de los órganos de control fiscal, definidas con suficiente claridad en las *ut supra* citadas Leyes Orgánicas.

A todo evento, se estima que la normativa bajo examen, prevista en sus orígenes en el marco de la recepción de las oficinas de Hacienda a que alude el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>4</sup>, debe adecuarse a la existencia de un Sistema Nacional de Control Fiscal, del cual forman parte las Unidades de Auditoría Interna y que como se señaló *ut supra*, ejercen una función de control posterior inmediata y permanente dentro del respectivo organismo o entidad, lo que le permite, a través de sus actuaciones, contribuir a que los responsables del control interno establezcan medidas y procedimientos correctivos, a fin de no poner en riesgo el patrimonio público.

En ese sentido, se hace necesaria la modificación de algunos dispositivos con el propósito de regular vacíos, entre otros, lo relativo al procedimiento a seguir cuando el funcionario u empleado que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos al cesar en su empleo, cargo o función no realice la respectiva entrega del órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual haya sido responsable; así como las consecuencias del incumplimiento de esta obligación y el régimen sancionatorio aplicable.

Esta reforma es objeto de estudio y revisión en los actuales momentos y en su elaboración se considerarán, de ser el caso, las opiniones emitidas por el Contralor General de la República, en las cuales señaló que el lapso de 90 días hábiles con los que cuenta para realizar la comprobación correspondiente, comience a correr una vez transcurridos los 120 días hábiles que posee el funcionario o empleado que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, para formular las observaciones, así como las opiniones vertidas por las Direcciones de Control.

Memorando N° 04-00-297 del 27 de mayo de 2009.

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974.

*CONTROL FISCAL: Naturaleza de los informes de auditoría.*

**Los Informes Definitivos de Auditoría son actos de mero trámite administrativo, y en modo alguno pueden considerarse actos administrativos.**

Memorando N° 04-00-311 del 02 de junio de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si un funcionario adscrito a la Unidad de Auditoría Interna y que no ostenta el cargo de Auditor Interno, tiene la potestad legal de suscribir informes de auditoría, y en caso de ser positiva la respuesta, cuáles serían las consecuencias jurídicas de las actuaciones suscritas por dichos funcionarios.

Analizada como ha sido la solicitud, esta Dirección General tiene a bien emitir su opinión en los términos siguientes:

Los actos administrativos constituyen manifestaciones de voluntad de la Administración, y para obtener el mencionado carácter administrativo, deben producir efectos jurídicos determinados, es decir deben crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, tanto individuales como generales, o la aplicación de un derecho a un determinado sujeto.

Sentado lo anterior, se puede inferir que los órganos de control fiscal orientan sus actuaciones fiscales, tales como inspecciones, fiscalizaciones y auditorías, tomando en consideración las funciones de control, vigilancia y fiscalización de ingresos, gastos y bienes públicos, lo que significa, que de oficio o por denuncia, pueden ordenar actuaciones dirigidas a verificar la legalidad y sinceridad de las operaciones del órgano o ente sometido a su control, relacionadas con la administración, manejo y custodia de bienes o fondos públicos.

Los resultados de estas actuaciones deben ser recabados por el funcionario de control **con conocimiento técnico**, designado a tal efecto, y plasmados en un instrumento denominado **Informe Preliminar** que contiene los hallazgos de auditoría.

Como paso siguiente, en el contenido de estos informes, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control fiscal<sup>1</sup>, en concordancia con

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

el artículo 22 de las Normas Generales de Auditoría de Estado<sup>2</sup>, se hace del conocimiento de la máxima autoridad, junto con los soportes, de ser el caso, de la documentación que se tenga a bien suministrar, a los efectos de que se formulen las observaciones que se consideren pertinentes.

Una vez realizado el análisis meticuloso, riguroso y armonizado de la información contenida en el Informe Preliminar, y de las observaciones efectuadas por la máxima autoridad del órgano sujeto a control, se elabora el **Informe Definitivo**, el cual deberá contener, entre otros, las observaciones y/o hallazgos determinados y las correspondientes conclusiones y recomendaciones; y cuyo contenido debe ser comunicado al órgano o ente evaluado y a las demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar las medidas correctivas necesarias.

De lo expresado se colige, que tanto el **Informe Preliminar** como el **Definitivo, no comportan la naturaleza de un acto administrativo definitivo**, que por pronunciarse sobre el fondo del asunto, sería capaz de penetrar en la esfera de los derechos o intereses de un particular, al extremo de crear, eliminar o modificar un derecho subjetivo.

Así pues, su contenido se limita por una parte a observaciones y conclusiones sobre la existencia de hechos irregulares que el funcionario con conocimiento técnico constató en la actuación fiscal realizada, y por la otra, a recomendaciones destinadas a instar al ente, a implementar acciones correctivas sobre los hallazgos obtenidos en dicha actuación fiscal. Es claro que tampoco prejuzga sobre el mérito principal del asunto a debatir, en el procedimiento administrativo que se origine como consecuencia de una acción fiscal, es decir, sobre la responsabilidad del o de los funcionarios involucrados, empleados, obreros o particulares.

Así las cosas, es diáfano entender que desde la perspectiva sustantiva, los resultados recabados en los informes en comento, por sí solos, son incapaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, pues, se insiste en que los mismos, fungen como simples preparadores, instructores o impulsores del procedimiento correspondiente, para hacer efectivas las responsabilidades.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

Por tanto, se concluye que los Informes Definitivos de Auditoría, son actos de mero trámite administrativo, y en modo alguno pueden considerarse actos administrativos.

Memorando N° 04-00-311 del 02 de junio de 2009.

*CONTROL FISCAL: Vigencia del artículo 72 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras.*

**Las Unidades de Auditoría Interna están excluidas de participar en todo lo relacionado con el control previo, esta labor debe realizarla la propia administración, lo que reafirma lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración.**

Memorando N° 04-00-348 del 17 de junio de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, relacionada con la vigencia del artículo 72 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras.

Analizado como ha sido el proyecto de respuesta, cabe indicar que esta Dirección General comparte el análisis realizado sobre la materia de control fiscal y su respectiva fundamentación legal, toda vez que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, se creó una novedosa visión del control interno, la cual está orientada a que la actividad de control previo la realice la administración activa de los órganos de la Administración Pública Nacional.

Ahora bien, el ente consultante requiere conocer sobre la vigencia del contenido del artículo 72 del Decreto N° 1.417<sup>2</sup> que regula las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, al respecto, es importante señalar que el referido Decreto fue derogado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>3</sup>, el cual contempla en materia de ejecución de Obra Adicional lo siguiente:

**“Artículo 145.** *Antes de proceder a la ejecución de cualquier obra adicional, el órgano o ente contratante debe contar con la disponibilidad presupuestaria requerida para su ejecución. Si no se cuenta con la disponibilidad presupuestaria para el pago de las obras adicionales, aumentos de obras u obras complementarias, el Contratista presentará al órgano o ente contratante junto con la solicitud para la aprobación de éstas, un presupuesto de disminución que conlleve a*

---

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° 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.



*una reducción de la meta física establecida en el contrato.*

**Artículo 2°.** *A los efectos de este Reglamento, se entiende por:*

*(...)*

*Unidad Contratante: Es la unidad responsable de solicitar y analizar las ofertas, preparar el informe de recomendación y solicitar el otorgamiento de la adjudicación para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, en las modalidades de Consulta de Precios, Contratación Directa y de los procedimientos excluidos de la aplicación de las modalidades.*

*(...)”*

*Como se aprecia en el contenido de los artículos anteriores, las Unidades de Auditoría Interna expresamente están excluidas de participar en todo lo relacionado con el control previo, esta labor debe realizarla la propia administración, esto reafirma lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración, es decir, de acuerdo al artículo ut supra citado del Reglamento de la Ley de Contrataciones, es responsabilidad de la Unidad Contratante aprobar las obras adicionales que se generen durante la ejecución de una obra, no de la Unidad de Auditoría Interna porque de esta manera estaría coadministrando, situación que contraviene el rol que esta Dependencia tiene asignado por Ley.*

Memorando N° 04-00-348 del 17 de junio de 2009.

*CONTROL FISCAL: Apertura de un procedimiento de potestad de investigación, sobre la base de un Informe de Auditoría, emanado de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.*

**La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna no tiene competencia, atribución o facultad para realizar auditorías; y aquellas disposiciones que lo prevean, deben tenerse como contradictorias al espíritu propósito y razón, no sólo del legislador, sino también del constituyente, sin menoscabo de las atribuciones otorgadas para supervisar, orientar y coordinar el control interno del Poder Público Nacional.**

Memorando N° 04-00-351 del 18 de junio de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la apertura por parte de la Unidad de Auditoría Interna, de un procedimiento de responsabilidad administrativa, basado en las presuntas irregularidades descritas en el Informe Definitivo de Auditoría, elaborado con ocasión de la actuación practicada por la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna a ese Órgano de Control Fiscal, en fecha 06 de junio de 2007, cuyo alcance fue evaluar el funcionamiento, los controles y procedimientos ejecutados por el referido Órgano para el período comprendido desde el 01 de enero de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007.

Asimismo se informa, que el procedimiento se encuentra en la fase de potestad de investigación y de las correspondientes notificaciones de los presuntos hechos irregulares a las personas involucradas, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.<sup>1</sup>

Ahora bien, visto el término de la consulta, es importante destacar con carácter previo, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup> establece en su artículo 290, que: “**La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**” Esta norma fue desarrollada en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuyo objeto es regular las funciones del Máximo Órgano de Control Fiscal.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.437 del 17 de diciembre de 2001.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

En este contexto, es importante advertir que la mencionada Ley en sus artículos 4 y 33, atribuyen exclusivamente a la Contraloría General de la República **el carácter rector del Sistema Nacional de Control Fiscal**, en concordancia con lo previsto en el artículo 14 numeral 10 *eiusdem*, el cual dispone que entre las atribuciones y obligaciones del Contralor General de la República, **está la de ejercer la rectoría del nombrado Sistema.**

Lo anterior encuentra su fundamento, en el artículo 290 del texto Constitucional, el cual dispuso que la Ley establecería la organización y funcionamiento **de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal**, en concordancia con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que regula la organización y funcionamiento del Máximo Organismo Contralor, y establece los objetivos, alcances, principios, componentes, integrantes y lineamientos del referido Sistema, entendido a tenor de lo previsto en el artículo 4 de la aludida Ley, como el 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 de procedimientos de control, que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como al buen funcionamiento de la administración pública.

De lo anterior se desprende, la importancia del Sistema Nacional de Control Fiscal como un sistema único, orientado a coadyuvar el buen funcionamiento de la Administración Pública, y el fortalecimiento de la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, de manera de lograr la transformación y eficacia en el manejo de los recursos del sector público, así como el funcionamiento coordinado de los órganos, estructuras y procesos que conforman el referido sistema, **bajo la rectoría de la Contraloría General de la República.**

En este sentido, cabe señalar, que en el Capítulo I Título II de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se encuentran establecidas las disposiciones generales que rigen al mencionado Sistema, destacando por una parte los componentes o estructuras que lo integran, por lo que es oportuno hacer una distinción entre éstos y los Órganos que lo conforman; en

tal sentido, el artículo 24 del referido instrumento legal señala como integrantes del sistema *in commento*, los siguientes:

**“Artículo 24.** *A los fines de esta Ley, integran el Sistema Nacional de Control Fiscal:*

1. *Los órganos de control fiscal indicados en el artículo 26 de esta Ley.*
2. *La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.*
3. *Las máximas autoridades y los niveles directivos y gerenciales de los órganos y entidades a los que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la presente Ley.*
4. *Los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública.”*

Por su parte, el artículo 26 *eiusdem* prevé que el mismo está conformado como se indica:

**“Artículo 26.** *Son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal los que se indican a continuación:*

1. *La Contraloría General de la República.*
2. *La Contraloría de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios.*
3. *La Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional.*
4. *Las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley.”*

Con fundamento en las disposiciones anteriormente transcritas, se puede realizar una distinción entre **quienes integran dicho sistema y los órganos que lo conforman, los cuales interactúan coordinadamente entre sí**, para lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control de los entes y órganos sujetos a esta Ley, en aras del buen funcionamiento de la administración pública, que asegure la aplicación coordinada e interactuante del control sobre los diferentes organismos y entidades de la Administración Pública.

No obstante, quienes conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal, además de ejercer su rol orientador en el ejercicio de control, pueden realizar cualquier tipo de actuación de control, en aras de verificar la legalidad, sinceridad y corrección de las operaciones de los entes sujetos

a su control, en atención a las competencias que detentan legalmente, además tienen las facultades de ejercer la potestad de investigación y la imposición de medidas sancionatorias, mediante el procedimiento de determinación de responsabilidades, de conformidad con las previsiones contenidas en el Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En tal sentido, la **Superintendencia Nacional de Auditoría Interna**, constituye un **órgano integrante** del Sistema Nacional de Control Fiscal, que **tiene entre sus facultades ejercer la supervisión, orientación y coordinación del sistema de control interno** de los organismo y entes, que integran la administración central y descentralizada funcionalmente, sometidos a su ámbito de competencia, tal como lo establece la vigente Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>3</sup>, la cual dispone en su artículo 138 lo siguiente:

***“Artículo 138. La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna es el órgano a cargo de la supervisión, orientación y coordinación del control interno, así como de la dirección de la auditoría interna en los organismos que integran la administración central y descentralizada funcionalmente enumerados en el artículo 6 de esta Ley, excluido el Banco Central de Venezuela.”*** (Destacado y subrayado nuestro)

Sin perjuicio de lo anterior, **la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, no tiene la competencia para realizar Auditorías Operativas en otros organismos públicos**, pues sus atribuciones ya mencionadas, se encuentran bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, en virtud de esto, el órgano de control fiscal de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho, deberá iniciar la actuación fiscal que corresponda, y con fundamento en lo previsto en el artículo 77 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, formalizar la potestad de investigación.

Por ello, a la Unidad de Auditoría Interna de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho, le corresponde por ley evaluar el sistema de control interno, así como **verificar la legalidad y sinceridad de las operaciones del órgano o ente sometido a su control, relacionadas con la admi-**

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.164 del 23 de abril de 2009.

**nistración, manejo y custodia de bienes o fondos públicos**, pues son los órganos de control interno o externo, los llamados en el ejercicio de sus funciones, a realizar auditorías que comprendan el examen objetivo, sistemático, profesional y posterior practicado para verificar y evaluar las operaciones financieras, administrativas y de gestión, con la finalidad de efectuar las observaciones y recomendaciones pertinentes.

En este contexto, es oportuno traer a colación, de acuerdo con lo consultado por el Auditor Interno de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho, el contenido del artículo 34 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual establece que solamente es este Máximo Organismo de Control, el llamado a evaluar periódicamente a los órganos de control fiscal que le están sujetos, según lo previsto en el artículo 9, numerales 1 al 11 de *Ley in commento*, a los fines de determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operen; y que si de estas evaluaciones surgieran graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones, **únicamente el Contralor General de la República, podría intervenirlos**, de conformidad con lo señalado en el aludido artículo, sin menoscabo del control de gestión que la Unidad de Auditoría Interna pueda realizar, para evaluar la actividad gerencial que se desarrolla dentro de las organizaciones, dirigida a asegurar el cumplimiento de su misión, objetivos, planes, programas y metas, así como el cumplimiento de la eficiencia, economía, calidad e impacto de su desempeño, en aras de que la actividad desarrollada por el ente o el organismo, sea eficaz y ajustada a parámetros de calidad.

Por tanto, con el carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Contraloría General de la República considera, que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en atención a las competencias y previsiones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la cual tiene su fundamento en el artículo 289 Constitucional, **no tendría competencia, atribución o facultad para realizar auditorías**; y aquellas disposiciones que lo prevean, deben tenerse como contradictorias al espíritu, propósito y razón, no sólo del legislador, sino también del constituyente, sin menoscabo de las atribuciones otorgadas para supervisar, orientar y coordinar el control interno del Poder Público Nacional.

Memorando N° 04-00-351 del 18 de agosto de 2009.

*CONTROL FISCAL: Destitución del Auditor Interno Interino.*

**Si un Auditor Interno ejerce el cargo con carácter de interino, designado por la máxima autoridad, hasta tanto se convoque a concurso público para la designación de un nuevo titular, no está amparado por la estabilidad prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual no es necesaria la autorización previa del Contralor General para proceder a su remoción o destitución.**

Memorando N° 04-00-376 del 30 de junio de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, respecto a la destitución del cargo de Auditor Interno sin que la máxima autoridad de un ente haya solicitado autorización al Contralor General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La designación de un funcionario como Auditor Interno con carácter de encargado o interino, no confiere al designado la estabilidad señalada en el artículo mencionado, toda vez que la condición de interino, es por definición transitoria, y la garantía fue prevista para proteger el ejercicio de las funciones de los titulares de los órganos de control fiscal designados mediante el concurso público, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con los artículos 138 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y 25 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, quienes no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República.

En efecto las normas *ut supra* indicadas disponen lo siguiente:

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

**“Artículo 27.** *Todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley serán designados mediante concurso público, con excepción del Contralor General de la República.*

Los titulares así designados no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera.”

*Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*

**“Artículo 136.** Los titulares de los órganos de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.

*Una vez concluido el periodo para el cual fueron seleccionados, los titulares podrán participar en la selección para un nuevo periodo.”*

*Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional*

**“Artículo 25.** *Los titulares de los órganos de auditoría interna serán designados mediante concurso organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en las bases dictadas al efecto por el Contralor General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.*

El periodo a que se refiere el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de ejercicio del cargo del titular del órgano de Auditoría Interna, es de cinco años. Concluido este periodo, conforme a lo establecido en esa disposición, los titulares podrán participar, por una sola vez, en un nuevo concurso, el nombramiento o designación corresponde a la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente.

Los titulares así designados no podrán ser destituidos o despedidos sin la autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto la máxima autoridad del organismo le remitirá el expediente respectivo.”

(Subrayado nuestro)



De la normativa transcrita se desprende, clara e inequívocamente, la voluntad del legislador, de regular expresamente que las personas que vayan a desempeñarse como titulares de un órgano de control fiscal, sean designadas mediante concurso público regulado por las normas que al efecto dicte el Contralor General de la República; de manera que si un Auditor Interno ejerce el cargo con carácter de interino, designado por la máxima autoridad hasta tanto se convoque a concurso público para la designación de un nuevo titular, no está amparado por la estabilidad prevista en el citado artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual no es necesaria la autorización previa del Contralor General para proceder a su remoción o destitución.

La máxima autoridad del ente debe dar cumplimiento a la obligación prevista en la normativa en referencia y convocar el concurso para la designación del titular de la Unidad de Auditoría Interna, de allí que le corresponda hacer la convocatoria y cumplir con las formas, los requisitos, las prescripciones y el procedimiento, previstos en las normas dictadas por el Contralor General de la República, en desarrollo de las mencionadas disposiciones legales, en aras de preservar la importantísima tarea asignada a este funcionario, evitando interrupciones en el ejercicio de la función de control fiscal, mediante la sucesiva sustitución del Auditor Interno Interino por otro que ejercería esa labor con el mismo carácter transitorio.

Memorando N° 04-00-376 del 30 de junio de 2009.

*CONTROL FISCAL: La Unidad de Auditoría Interna debe estar adscrita a la máxima autoridad jerárquica de un ente u organismo.*

**La dependencia competente para el ejercicio de la potestad de investigación, es la encargada de las actividades de control posterior y el área de Determinación de Responsabilidad Administrativa, debe ejercer el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, con la finalidad de preservar, por un lado el derecho a la defensa, y por el otro, el principio de equilibrio, lo cual implica que la potestad de investigación debe quedar separada del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.**

Memorando N° 04-00-398 del 09 de julio de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a los resultados de la gestión realizada en atención a la recomendación emanada de este Organismo Contralor con ocasión de la evaluación y análisis de la Estructura Organizativa, Manual de Organización y Funciones, y Manual de Procesos Institucionales de la Unidad de Auditoría Interna.

A los fines de emitir opinión sobre el particular, es importante señalar con carácter previo, que ha sido criterio de este Organismo Contralor que todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio de Poder Público, deben tener dentro de su estructura organizativa una Unidad de Auditoría Interna, que ejerza el control fiscal interno sobre el ente u órgano sujeto a su control, salvo que el Contralor General de la República le haya otorgado la autorización prevista en el Parágrafo Único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo caso, las funciones de control fiscal interno, serán ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción.

En tal sentido, la referida Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, consagra las competencias atribuidas a los Órganos de Control Fiscal Interno, en los términos siguientes:

***“Artículo 40. Sin perjuicio de las funciones de la Contraloría General de la República y de lo dispuesto en el artículo 36, corresponde a las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, evaluar***

*el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial, así como el 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.*

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

Para realizar sus funciones y cumplir con los deberes y responsabilidades otorgadas, la Unidad de Auditoría Interna precisa dividir el trabajo en áreas especializadas y con iguales niveles jerárquicos, para lo cual deberá estar conformada, en principio, por el despacho del titular, la dependencia encargada de las actividades de control posterior de acuerdo con su ámbito de control y una dependencia de determinación de responsabilidades, pudiendo éstas dependencias dividirse o disgregarse con fundamento en la naturaleza y fines propios del órgano o ente, donde ejercerán sus funciones y la importancia relativa de alguna actividad de control que realicen dentro del mismo.

De allí la insistencia en la responsabilidad que tiene la máxima autoridad del ente, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en proporcionar el recurso humano requerido, realizar los trámites y gestiones que sean necesarias a los fines que los órganos de control fiscal interno cumplan a cabalidad con la misión para la cual fueron legalmente creadas.

En este sentido, la Unidad de Auditoría Interna tiene la función específica y principal de control posterior, prevista en el Título II, Capítulos II y V; en el Título III, Capítulos III y IV, así como en los

artículos 63, 64, 77, 79, 80, 81, 85, 86 y 120 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Así, se tiene que la potestad de investigación es inmanente a la actividad de control posterior, pudiendo realizar las Unidades de Auditoría Interna las actuaciones que sean necesarias a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales.

Con base en lo anterior, es criterio de esta Contraloría que los funcionarios de los Órganos de Control Fiscal Interno, que ejecuten las actividades relacionadas con la auditoría, y en caso de ser procedente, la potestad de investigación, deben estar desvinculados de los que ejerzan el procedimiento para la determinación de responsabilidades. Por lo tanto, se considera que las actividades relativas al ejercicio de la potestad de investigación sean ejercidas en el área de control posterior, porque es precisamente como resultado de la realización de una auditoría, cuando surgen los hallazgos, los cuales, a los fines del control fiscal deberán contener los cuatro elementos, a saber: Criterio, Condición, Causa y Efecto, siendo fundamental que estén debidamente soportados para que puedan constituir pruebas de hechos presuntamente irregulares detectados en la etapa de potestad de investigación, y que, de ser verificados, constituirán los elementos de convicción o prueba que darían lugar al inicio del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa, en los términos a que se refiere el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Adicionalmente, es importante traer a colación, el principio de objetividad que debe regir en los Órganos de Control Fiscal Interno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual exige, que el órgano de control fiscal encargado de iniciar los procedimientos administrativos, que pueden o no conllevar a la aplicación de una sanción administrativa, mantenga la objetividad e imparcialidad, a la cual se ha hecho referencia, por tanto, la dependencia competente para el ejercicio de la potestad de investigación es la encargada de las

actividades de control posterior, y el área de Determinación de Responsabilidad Administrativa debe ejercer el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, con la finalidad de preservar, por un lado el derecho a la defensa, y por el otro el principio de equilibrio, es decir, que se le garantice al interesado en esta etapa, que la investigación será objetiva e imparcial.

Lo precedentemente expuesto, implica que la potestad de investigación debe quedar separada del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.

En atención a la consulta formulada por la Vicepresidenta de Auditoría Interna del Banco Central de Venezuela, esta Contraloría General observa que esa Unidad de Auditoría se encuentra estructurada con dos Gerencias que se vinculan con la actividad de control a saber: la Gerencia de Auditoría y la Gerencia de Seguimiento y Otras Actuaciones de Control; además existe una Oficina de Asuntos de Control Fiscal, encargada del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades; siendo así, la solución a la situación que confronta dicha Unidad podrá resolverse invirtiendo la estructura actual, en el sentido de que las actividades que realiza la Gerencia de Seguimiento y Otras Actuaciones de Control las realice la Oficina de Asuntos de Control Fiscal; y lo vinculado con la determinación de responsabilidades se eleve a nivel de Gerencia con su respectivo cambio de nomenclatura, evitando de esta manera que el ente incurra en un nuevo gasto, ello, siempre que dichos cambios se realicen con anuencia y autorización de la máxima autoridad jerárquica a quien le corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno.

Memorando N° 04-00-398 del 09 de julio de 2009.

*CONTROL FISCAL: Autorización prevista en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; valor de los soportes documentales escaneados y almacenados en formato digital, y cumplimiento del requisito límite de edad previsto en el Reglamento sobre los Concursos Públicos dictado por la Contraloría.*

**El artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no contempla un procedimiento para que este Órgano Contralor otorgue autorización a los fines de darle carácter vinculante a las recomendaciones contenidas en los informes definitivos de auditoría o actividades de control efectuadas por las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes sujetos a control.**

Memorando N° 04-00-477 del 4 de agosto de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con los planteamientos siguientes:

1. *“El artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; prevé que las recomendaciones que contengan los informes de auditoría o de cualquier actividad de control, tiene carácter vinculante y por tanto son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando exista la previa autorización por parte del ciudadano 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, en ese sentido esta Vicepresidencia de Auditoría Interna estima se le informe cual es el procedimiento seguido por este Máximo Organismo Contralor para la emisión de la citada autorización.”*
2. *Las actuaciones de control que actualmente practica este órgano de control fiscal,...quedan contenidas en los papeles de trabajo que constituyen el soporte documental de cada una de las actuaciones de control... Actualmente ésta Vicepresidencia de Auditoría Interna cuenta con el Sistema Auto Audit, que permite registrar cada una de las actuaciones de control ejecutadas, previendo...que los soportes documentales... sean escaneados y almacenados en formato digital... Se precisa conocer la opinión de ese Organismo Contralor, acerca de si los papeles de trabajo escaneados, así como las actuaciones de control registradas en el referido Sistema Auto Audit, constituyen*

*o no elementos probatorios para un eventual ejercicio de acciones fiscales... y si tales papeles de trabajo escaneados pueden sustituir a las copias en físico de los mismos.*

- 3. Finalmente, en cuanto a la aplicabilidad de los requisitos para participar en los concursos para la designación de Contralores Distritales y Municipales, así como los titulares de las Unidades de Auditoría Interna, se observa que el numeral 2 del artículo 14 del Reglamento Sobre los Concursos Públicos para la Designación de 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... establece como requisito para participar en los citados concursos, el tener una edad comprendida entre veinticinco (25) y sesenta (60) años... En fecha 13 de febrero de 2007, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia en el expediente identificado bajo el N° 2006-1859, en la cual, entre otros particulares, se declaró procedente una solicitud cautelar de amparo constitucional, relacionada con la citada disposición... en cuanto a si es obligatorio o no el cumplimiento del mencionado requisito, así como se precise si su incumplimiento constituye o no causal de nulidad en los concursos que se celebren a tales efectos.*

Respecto al primer planteamiento, referido al contenido del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es preciso señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no contempla un procedimiento para que este Órgano Contralor, otorgue autorización a los fines de darle carácter vinculante a las recomendaciones contenidas en los informes definitivos de auditorías o actividades de control efectuadas por las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes sujetos a control por parte de la Contraloría General de la República.

Así las cosas, de la norma citada 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 los órganos de control, cada uno dentro del ámbito de sus competencias.** Los órganos de

control fiscal externo son, a diferencia de los que realizan el control fiscal interno, aquellos que no forman parte de la estructura organizativa del órgano o ente sujeto a control, ubicándose fuera de ella y sin que exista ninguna especie de subordinación o dependencia.

Por su parte, las Unidades de Auditoría Interna, si bien gozan de un mayor grado de independencia, consagrado en la Ley en referencia, se encuadran dentro de la estructura organizativa del ente y están adscritas a la máxima autoridad jerárquica bajo una relación de subordinación. En tal sentido, dada la propia naturaleza del órgano de control las recomendaciones que formula no tienen carácter o fuerza vinculante, sin menoscabo del ejercicio de las potestades de investigación y sanción previstas en la Ley.

Existe por tanto, a cargo de la Unidad de Auditoría Interna, el deber de comunicar a la máxima autoridad de la cual depende directamente, los resultados de cada auditoría o actuación de control que se lleve a cabo, a efecto de que se tomen las decisiones y las acciones correctivas 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 recomendaciones son el resultado de la labor de control, que contribuyen a 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, la situación derivada del carácter no vinculante de las recomendaciones de los órganos de control fiscal interno encuentra solución en el artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, el cual dispone lo siguiente:

***Recomendaciones de los órganos de control fiscal interno***

***“Artículo 45.*** *Las máximas autoridades jerárquicas de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, deberán manifestar por escrito a la respectiva unidad de auditoría interna, dentro de los*

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39240 del 12 de agosto 2009.



*quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de los informes de auditoría o de cualquier actividad de control que éstas realicen y que contengan recomendaciones, las razones que tuvieren para no acogerlas y proponer su sustitución.*

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.”

Como puede apreciarse de la norma transcrita se infiere que las máximas autoridades de las entidades a las que vayan dirigidas las mismas, después de la evaluación y examen de las recomendaciones 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, deberá 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 el escrito ratificando la recomendación inicial, o si está de acuerdo con la propuesta de sustitución, dará su conformidad a la misma.

En el supuesto, de que a pesar de su ratificación, no se acatasen las recomendaciones, el órgano de control fiscal interno puede disponer del ejercicio de las competencias que la Ley le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

Respecto al segundo planteamiento formulado por la Vicepresidencia de Auditoría Interna del Banco Central de Venezuela, en el cual se expone que las actuaciones de control que actualmente practica ese órgano de control fiscal, quedan contenidas en los papeles de trabajo que constituyen el soporte documental de cada una de las actuaciones, pero que cuentan además con el *Sistema Auto Audit*, que les permite registrar cada una de las actuaciones de control ejecutadas, y los soportes documentales son escaneados y almacenados en formato digital; se precisa conocer si los papeles de trabajo escaneados, así como las actuaciones de control registradas en el referido sistema, constituyen o

no elementos probatorios para un eventual ejercicio de acciones fiscales, y si pueden sustituir a las copias en físico.

Sobre el particular en cuestión, es preciso indicar que la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>2</sup>, en su artículo 151, dispone que “Los órganos y entes de la Administración Pública podrán incorporar tecnologías y emplear cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático para el cumplimiento de sus fines. Los documentos reproducidos por los citados medios gozarán 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.” (Subrayado nuestro)

En ese sentido, la utilización por parte del órgano consultante del *Sistema Auto Audit*, destinado a la automatización de la función de Auditoría, en el cual se soporta todo el proceso de auditoría y el manejo de documentos y papeles de trabajo, se hace en forma electrónica, y está orientado al cumplimiento de la normativa en cuestión, pues la intención del Legislador es que se incorpore gradualmente a los procedimientos administrativos, la automatización de los registros y el almacenamiento de los documentos.

Ciertamente, el documento electrónico, en caso de cumplir con los extremos previstos en la Ley, puede llegar a gozar de la misma eficacia y validez del documento original, no obstante, el documento en los términos en que es concebido en nuestra legislación, como la prueba escrita por excelencia regulada en los artículos 1.355 y siguientes del Código Civil y en los artículos 429 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ha de tener un soporte escrito y físico, vale decir que es necesario contar con el instrumento escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa (Diccionario Jurídico de Cabanellas<sup>3</sup>).

Lo anterior tiene especial importancia en el campo de la actividad administrativa, y en específico en materia de control fiscal, la cual se caracteriza por reflejarse en documentos escritos soportados en papel que constituyen el testimonio de la mencionada actividad, pues la legislación que lo regula está marcada por una fuerte tendencia a la prueba documental, así como el procedimiento está regido por el principio de la escrituriedad.

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

3 Diccionario Jurídico de Cabanellas (1979), 12ª edición, Editorial Heliasta SRL: Buenos Aires, Argentina.

Así, genéricamente, el documento es un escrito o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso, en el que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo. Estos documentos se constituyen en el soporte material escrito de las actuaciones administrativas, ejerciendo una función de dejar constancia de su realización y producen efectos frente a la propia administración y frente a terceros, y serán válidos cuando en su emisión se cumplan con una serie de requisitos formales exigidos por las normas que regulan la actividad administrativa.

Ahora bien, cuando se habla de documentos electrónicos es porque la superficie donde se representan las ideas o las palabras es electromagnética, o de cualquier otro tipo utilizado por la informática. Por tanto, un documento electrónico será aquel formado cuando la electrónica, la informática y/o telemática intervienen en la elaboración de cualquiera de sus elementos.

De manera que, para determinar su valor probatorio corresponde a la Ley, el establecimiento de los aspectos que han de incluirse para que tales documentos tengan validez jurídica y produzcan los efectos jurídicos para los que fueron creados, regulando los requisitos de forma y fondo que se establecerán en el ordenamiento jurídico para cada tipo documental.

En ese sentido, tenemos la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>4</sup>, cuyo artículo 4 respalda la validez de toda información inteligible en formato digital, dándole el mismo valor a los documentos electrónicos, equiparándolos así, al documento físico o de papel, cuando establece lo siguiente:

**“Artículo 4. Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio a lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.**

*La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida por la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.*

4 Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

**Artículo 6.** *Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, estas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto Ley.*

*Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, este requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Dato al tener asociado una firma electrónica.” (Subrayado nuestro)*

Conforme a las disposiciones anteriores se entiende que a efectos probatorios, el mencionado Decreto Ley contempla la equivalencia entre las comunicaciones impresas y electrónicas, y establece que los Mensajes de Datos, cualquiera sea la naturaleza del acto o negocio jurídico, requiere de la certificación, en cuyo caso, debe cumplirse con las formalidades establecidas en el Decreto para que tengan eficacia probatoria y su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, deberá hacerse como prueba libre. Esta Ley, consolida las firmas electrónicas como uno de los métodos de garantía del documento.

De allí que, si es posible almacenar la información en formato electrónico, al momento de hacerla valer en juicio, el valor probatorio debe estar en armonía con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, es decir, se deben cumplir las formalidades que establezca la ley.

En ese orden de ideas, el artículo 123 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>5</sup>, el cual se refiere a la desincorporación o destrucción de archivos después de diez (10) años de incorporados. Señala que “La Contraloría podrá copiar sus archivos por medios fotográficos o por cualesquiera otros procedimientos idóneos de reproducción. En este caso, el organismo contralor certificará la autenticidad de las reproducciones, las cuales surtirán los mismos efectos jurídicos que los originales.”

Sin embargo, independientemente de las bondades que representa el Sistema Auto Audit para registrar cada una de las actuaciones de control, ejecutadas por la Vicepresidencia de Auditoría Interna, su uso generalizado en la labor de control interno presenta algunas limitaciones, pues esta Dirección General insiste en que tanto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control

---

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

Fiscal y su Reglamento, están muy marcados por la escrituriedad, y por ende, obligan a la conservación de los soportes de las actuaciones que los órganos practiquen, y a la formación de los expedientes respectivos para garantizar el debido proceso a los interesados, por lo que si bien es cierto que estos documentos pueden ser reproducidos por medios electrónicos, informáticos, ópticos o telemáticos que garanticen la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información en ellos contenida, su valor probatorio dependerá del cumplimiento de los requisitos legales *ut supra* indicados que garanticen su eficacia.

En lo atinente al tercer y último punto consultados, relacionados con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 14 del Reglamento Sobre los Concursos Públicos para la Designación de 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<sup>6</sup>, esta Dirección General considera oportuno señalar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 926 del 18 de junio de 2009<sup>7</sup>, **declaró su nulidad parcial** en cuanto al límite máximo de sesenta (60) años de edad, para participar en los concursos públicos, para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos indicados 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 se establece de manera expresa que la nulidad declarada tendrá efectos únicamente hacia el futuro (*ex nunc*).

Memorando N° 04-00-477 del 4 de agosto de 2009.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 del 23 de febrero de 2006.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.211 del 1° de julio de 2009.

*CONTROL FISCAL: Formalización de la potestad de investigación.*

**La intención de cometer un ilícito administrativo o el ánimo de realizar un hecho irregular, no constituyen elementos suficientes para iniciar una potestad de investigación.**

Memorando N° 04-00-701 del 23 de noviembre de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la procedencia de abrir un procedimiento de potestad de investigación basado en la presunta mala intención de cometer un ilícito administrativo, interrogante que surge del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, el cual establece en su numeral 20 como supuesto generador de responsabilidad administrativa, el concierto de los interesados para que se produzca un determinado resultado. De igual forma, el consultante desea conocer si procede como causal de responsabilidad administrativa, el ejercicio simultáneo de dos cargos, uno a dedicación exclusiva en una fundación estatal, y otro como directivo en una fundación privada, pues conforme al criterio expresado en su comunicación, esto conllevaría a la aplicación de procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, respecto a la posibilidad de encuadrar ese supuesto en una causal para la determinación de responsabilidad administrativa.

Dado que la consulta versa sobre el contenido de las disposiciones comprendidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y con el propósito de coadyuvar la labor de control fiscal que le corresponde desempeñar a este Máximo Organismo de Control, en su carácter de órgano rector del control fiscal, y en atención a las competencias que le fueron asignadas legalmente, se estima procedente emitir opinión en los términos siguientes:

Respecto al primero de los aspectos consultados, se debe comenzar por señalar, que el procedimiento para el ejercicio de la potestad de investigación, se formalizará cuando de la valoración preliminar realizada al informe definitivo de la actuación de control, surjan indicios que hagan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, o que hubieren ocasionado daños al patrimonio público, así como la procedencia de acciones fiscales. En este sentido, el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 de 17 de diciembre de 2001.

de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señala que la potestad de investigación de los órganos de control fiscal será ejercida en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la mencionada Ley, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, y comprende las facultades para realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin de verificar los aspectos ya mencionados.

Es así, como para llevar a efecto un procedimiento de potestad de investigación, es necesario que existan méritos suficientes para ello, lo cual se traduce en que los hallazgos derivados de la actuación de control se encuentren debidamente soportados, con pruebas convincentes y pertinentes, que constituyan a su vez el fundamento de los presuntos hechos irregulares encontrados, que ameriten el ejercicio de tal potestad.

Lo antes expuesto indica, que la sola intención de cometer un ilícito administrativo o el ánimo de realizar un hecho irregular, a nuestro juicio, no constituyen elementos suficientes para iniciar una potestad de investigación, pues con el solo propósito no basta, y éste debe concretarse en una conducta irregular, de los supuestos de hecho contenidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Así pues, en el caso bajo análisis, los hallazgos encontrados en la actuación de control y debidamente soportados, deben constituir presunciones que por la conducta que se pretende sancionar, se encuadran en el supuesto generador de responsabilidad administrativa, aludido en la consulta, relativo al concierto con los interesados para que se produzca un determinado resultado, previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En relación con el segundo punto planteado, resulta necesario examinar el texto constitucional, dado el lugar de primacía que ocupa en la estructura jerárquica de las normas. Así pues, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada con la enmienda N° 1<sup>2</sup>, señala en su artículo 148, lo siguiente:

**“Artículo 148.** *Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes*

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

*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.*

*Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.”*

Asimismo la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>3</sup>, dispone en sus artículos 35 y 36 lo siguiente:

**“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.”*

Como puede observarse, en la norma constitucional se consagra la regla general de la incompatibilidad del ejercicio de más de un destino público remunerado, que pueda menoscabar el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo inicial, pues el eficiente desempeño del mismo, se perjudica con la realización de cualquier otra actividad. En tal sentido, con esta prohibición lo que se pretende lograr, es que el funcionario cumpla a cabalidad con los deberes propios de su cargo y pueda dedicarse al máximo al cumplimiento de la función asignada, la que pudiera verse afectada si ejerce a la vez más de un cargo o destino público, lo que en definitiva afectaría la buena marcha de la Administración Pública.

En este sentido, es oportuno traer a colación el criterio emanado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en referencia al artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002.



Venezuela, en Sentencia N° 698 de fecha 29 de abril de 2005, la cual expresó lo siguiente:

(...)

*“Ha podido observarse que el Constituyente dedicó dos normas a la regulación de las incompatibilidades en el ejercicio de la función pública, con lo que reveló suficientemente su interés sobre el particular, por completo comprensible si se repara en que el Estado cumple sus fines a través de sus funcionarios, con frecuencia llamados por ello servidores. El desorden en el ejercicio de la función pública sólo puede traer como consecuencia perjuicios, tanto para el Estado como para la colectividad. De allí la necesidad de celo por parte del Constituyente, riguroso en la determinación de la posibilidad de que una persona ocupe más de un cargo público, sabido como es que la dispersión de esfuerzos puede llevar a resultados indeseables, salvo contados casos explicados sólo por la excepcionalidad del sujeto concreto, capaz de atender lo que otros no podrían. Las reglas, sin embargo, se hacen para la generalidad: la dificultad que implica ocuparse de diferentes asuntos a la vez.”*

(...)

*No se trata de una originalidad de nuestro Derecho. Por el contrario, el rigor en la determinación de las compatibilidades para el ejercicio de diversos cargos públicos es la regla en muchos ordenamientos, llegándose a conocer casos en que se prohíbe cualquier forma de ejercicio simultáneo, incluso para actividades que, para nuestra tradición jurídica, lucen totalmente conciliables.*

(...)

*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 ve 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).*

(...).

*Ahora, la Constitución, a diferencia de otros Estados, admite en ciertos casos la aceptación de dos o más cargos públicos o su ejercicio simultáneo, si es que la actividad de ese segundo destino fuese alguna de las listadas: docentes, académicas o asistenciales, al igual que lo permite en el caso de que, aun siendo otra actividad, se realizare con carácter accidental o como suplencia (verdadera suplencia, pues la norma, sin temor a ser reiterativa, añade que la excepción no abarca el caso de un suplente que reemplace definitivamente al principal) (...).” (Subrayado nuestro)*

Pues bien, en el caso consultado, al parecer se trata de un funcionario que presta sus servicios a dedicación exclusiva en una fundación estatal, y simultáneamente ocupa un cargo directivo en una fundación privada; como se ve, el mismo no está ejerciendo simultáneamente dos cargos públicos, ya que un cargo es público y el otro es privado, pero se mantiene por lógica, el principio que dos cargos ejercidos simultáneamente traen como consecuencia el menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a uno de ellos, pues el eficiente desempeño de uno de los cargos se perjudica con la realización de cualquier otra actividad. Ahora bien, en aras de la excepción que abarca al artículo 148 Constitucional, relativa al ejercicio simultáneo de dos o más cargos de los exceptuados en el mencionado artículo, habría que evaluar si la actividad de tener un cargo directivo en una fundación privada, se podría llevar a efecto con carácter accidental, pues de ser así, encuadra con la idea que tuvo el Constituyente, que por tratarse de actividades que son compatibles entre sí, no se vería afectada la función pública, porque el bien tutelado por la norma, es decir, el propósito último del Constituyente es garantizar el correcto ejercicio de la función pública.

En razón de lo expuesto precedentemente, y respecto a la consulta planteada, se afirma, que si en principio se comprueba que el ejercer un cargo directivo en una fundación privada, no constituye el ejercicio de un cargo accidental, es decir, no se es uno de los cargos exceptuados

en el artículo 148 Constitucional, y además, el ejercicio del mismo disminuye el cumplimiento de los ejercicios inherentes al puesto que a cabalidad debe ejecutar el trabajador en la fundación estatal donde su desempeño es a dedicación exclusiva, tal situación podría dar lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario, en virtud del incumplimiento de las obligaciones del cargo inicial, siendo el régimen disciplinario a aplicar el del personal al servicio de la Administración Pública Descentralizada, en este caso, una fundación estatal, previsto en el ordenamiento laboral. A tal efecto, se cita lo dispuesto en el artículo 3° del Reglamento de Ley Orgánica del Trabajo<sup>4</sup>, que dispone lo siguiente:

**“Artículo 3°.- Funcionarios Públicos y Funcionarias Públicas:**

*Las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y funcionarias públicas o empleados y empleadas públicos nacionales, estatales o municipales, regularán lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, permisos o licencias, suspensión y demás sanciones disciplinarias, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional, rigiendo supletoriamente, en dichas materias, lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento.*

***En el ámbito de las materias e institutos jurídicos distintos a los enumerados, será aplicado el régimen previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento, en cuanto fuere compatible con la índole de los servicios prestados y las exigencias de la administración pública.”*** (Destacado nuestro)

Asimismo, conviene recordar, que el Código de Conducta de los Empleados Públicos<sup>5</sup> enuncia principios rectores de los deberes y conductas de los servidores, respecto a los valores éticos que han de regir la función pública, destacando: la equidad, el decoro, la lealtad, la vocación del servicio, la disciplina, la eficacia, la responsabilidad, la puntualidad, la transparencia, la pulcritud, y la honestidad, debiendo esta última ser practicada y apreciada según determinados criterios, con que: *“Ningún servidor público después de asumir sus negocios particulares, inversiones o empresas, si éstas menoscaban el estricto*

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

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.496 del 15 de julio de 1998.

*cumplimiento de sus deberes, en cuyo caso deberán delegar sus poderes de administración.”* (Artículo 3).

De igual forma, al quedar demostrado, con pruebas fehacientes, que los actos, hechos u omisiones han generado daño al patrimonio público, procederá la formulación de reparo, sin perjuicio que éstos también constituyan los supuestos generadores de responsabilidad administrativa previstos en el artículo 91, numerales 4, 5 y 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Adicionalmente, conviene aclarar, respecto al criterio expresado por la Unidad de Auditoría Interna de la Fundación de Estudios Avanzados (IDEA), relativo a la aplicación en el caso consultado de disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo, en caso de descartarse el supuesto generador de responsabilidad administrativa, que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, prevé en su artículo 9 numeral 11, lo siguiente:

**“Artículo 9. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República:**

(...).

*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 efectuados 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.”* (Destacado nuestro)

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

De las normas parcialmente transcritas, se desprende que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, además del universo extenso de los entes y organismos que taxativamente ella dispone, los empleados que presten servicio en los entes sometidos a la aplicación de la Ley, específicamente en este caso, los empleados de las fundaciones, quienes responden penal, civil y administrativamente; en consecuencia, de comprobarse que el ejercicio de un cargo directivo en una fundación privada no constituye el ejercicio de un cargo accidental, y que el desempeño del mismo menoscaba el cumplimiento de las obligaciones que tiene el trabajador en la fundación estatal, se podría dar inicio a un procedimiento de potestad de investigación, una vez cumplidos los extremos de Ley a los que se refiere el artículo 77 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Máximo Organismo Contralor, y habiendo verificado que existan verdaderos elementos de convicción o prueba, que permitan llevar a efecto el aludido procedimiento.

Ahora bien, es menester advertir, que la normativa legal que rige a los trabajadores de una fundación en materia laboral, en ausencia de normativa legal aplicable en el área del Derecho Público, es la Ley Orgánica del Trabajo, y toda situación de índole laboral, debe regirse por esta normativa y ser dirimida ante los Tribunales del Trabajo Ordinarios, pero cuando de una actuación fiscal, realizada por un organismo de control externo o interno, surgen indicios de supuestos generadores de responsabilidad administrativa, el procedimiento que deberá iniciarse es el de potestad de investigación, cuya base legal se encuentra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y de demostrarse el hecho irregular presuntamente cometido, debería ejercerse la potestad sancionatoria prevista en el numeral 1 del artículo 93 *eiusdem*, que contempla las facultades para declarar la responsabilidad administrativa a los empleados de las fundaciones, señaladas en el numeral 11 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Organismo Contralor.

De las disposiciones legales señaladas precedentemente, se colige, sin lugar a dudas, que se encuentran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los empleados de las fundaciones antes referidas, y sobre ellos, las Unidades de Auditoría Interna

podrán ejercer facultades sancionatorias a través del procedimiento de determinación de responsabilidad, si los actos, hechos u omisiones detectados, son susceptibles de generar una imposición de multa, la formulación de un reparo o la declaratoria de responsabilidad, una vez consumado el hecho irregular y soportado con pruebas suficientes, pertinentes y convincentes.

Memorando N° 04-00-701 del 23 de noviembre de 2009.

*CONTROL FISCAL: La Unidad de Auditoría Interna no es el órgano competente para realizar el control fiscal de los aportes entregados por la Universidad a sus sindicatos.*

**La Contraloría General de la República es el órgano de control externo competente para realizar el control fiscal sobre los aportes entregados por la Universidad a sus Sindicatos, y está facultada para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias efectuadas por las entidades públicas o privadas sometidas a su control, sean invertidos en las finalidades para los cuales fueron destinados. A tal efecto, podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control interno que estime convenientes.**

Memorando 04-00-055 del 12 de febrero de 2010

Se solicita opinión de esta Dirección General, referida a la competencia para la calificación declaratoria de fenecimiento de las cuentas presentadas por los sindicatos de una casa de estudios, en atención a los aportes que éste ha entregado para la dotación de vestuario, útiles escolares y juguetes, así como la competencia para el ejercicio de la potestad investigativa y la determinación de responsabilidades a que hubiere lugar, derivadas de la rendición de cuentas.

Según la comunicación recibida, tanto el personal administrativo como el personal obrero de la Casa de Estudios, se encuentran amparados por convenciones colectivas de trabajo, que contemplan entre sus beneficios, la dotación de uniformes, útiles escolares y juguetes, a través de un aporte económico suministrado a cada sindicato, para que estos directamente adquieran las dotaciones y las entreguen al personal. Es así como se previó que dichas adquisiciones, se hicieran a través de procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficacia, igualdad, competencia y publicidad, estando sujetos a los principios de responsabilidad y rendición de cuentas ante la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad.

Adicionalmente, señala que los sindicatos, al recibir aportes de la Universidad para el cumplimiento de dichos beneficios, quedan sujetos a la aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, a tenor de lo previsto en el artículo 9, numeral 12, el cual dispone que:

---

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

**“Artículo 9. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República:**

(Omissis)

**12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias, incentivos fiscales o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos.** (Destacado y subrayado de la consultante)

Por tanto, quedan obligados a rendir cuenta de dichos recursos de conformidad con el artículo 52 *eiusdem*, los siguientes ciudadanos:

**“Artículo 52. 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 indicada en el artículo anterior. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones previstas en esta Ley.” (Destacado y subrayado de la consultante)

Asimismo, señala que los Sindicatos, se encuentran bajo el ámbito de aplicación la Ley Contra la Corrupción<sup>2</sup>, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 3, numeral 3, el cual señala que: “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

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril de 2003.



*empleados públicos a: (...) 3. Cualquier otra persona en los casos previstos en esta Ley.*”, en concordancia con el contenido del artículo 4, éste último referido a lo que debe considerarse como patrimonio público; en virtud de lo cual los sindicatos, deben regirse por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la citada Ley.

No obstante, la Directora de Auditoría Interna (E), manifiesta duda respecto a su competencia para la calificación de la cuenta, declaratoria de fenecimiento, y para el ejercicio de la potestad, para investigar y hacer efectivas las responsabilidades a que hubiere lugar, habida cuenta del contenido de las “Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los órganos del Poder Público Nacional” dispuestas en la Resolución N° 01-00-000237 del 08 de agosto de 2006, que a su juicio, no incluyen el caso consultado, y de las previsiones contenidas en los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que disponen respectivamente, lo siguiente:

**“Artículo 55.** *El Contralor General de la República, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las instrucciones y establecerá las políticas, normas y criterios, así como los sistemas para el examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, y de los recursos administrados por entidades o personas del sector privado, provenientes de dichos entes y organismos, para cumplir finalidades de interés público.*

**Artículo 56.** *Corresponde a los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias, y de conformidad con la resolución a que se refiere el artículo anterior, el examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas.*

**Artículo 57.** *Las cuentas deberán ser examinadas por el órgano de control fiscal en un plazo no mayor de cinco (5) años contados a partir de la fecha de su rendición. Si*

*del resultado del examen la cuenta resultare conforme se otorgará el fenecimiento de la cuenta.*

*En aquellos casos en que se detecten irregularidades en las cuentas, el órgano de control fiscal ejercerá, dentro del ámbito de su competencia, las potestades para investigar y hacer efectivas las responsabilidades establecidas en la presente Ley.” (Destacado y subrayado de la consultante)*

Ahora bien, visto que la materia objeto de la consulta, se encuentra vinculada con las funciones asignadas a este Máximo Organismo Contralor, encaminadas a la realización de una amplia labor tendente a cuidar, cautelar y defender al patrimonio público, y dentro de éste, los intereses patrimoniales de la República, se estima procedente emitir la opinión requerida, en los términos siguientes:

El Contrato Colectivo de Trabajo del personal obrero de la Universidad, estipuló en las Cláusulas 16, 17 y 19, modificadas por el Consejo Directivo, mediante Resolución N° C.D-1306 de fecha 23 de junio de 2003, el régimen aplicable para la dotación de uniformes, útiles escolares y juguetes, en la forma siguiente:

**“Cláusula N° 16. Uniformes-** *La Universidad conviene en suministrar al personal obrero, a través del Sindicato y durante el primer trimestre de cada año, la dotación de uniformes que convengan ambas partes, mediante una Comisión Paritaria integrada por dos (2) representantes del Sindicato y dos (2) representantes designados por el Rector de la Universidad. A tal efecto, la Universidad suministrará al personal obrero, a través del Sindicato, el aporte económico necesario para lograr la dotación, cuyo monto no podrá ser inferior al que se hubiere convenido entre las partes o en su defecto, el que se hubiere otorgado el año inmediatamente anterior. Queda entendido que la Junta Directiva del Sindicato, escogerá a los proveedores de la dotación mediante procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, y **asimismo se regirán por los principios de responsabilidad y de rendición de cuentas ante la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad,** conforme al*

artículo 6 de la Ley Contra la Corrupción, a cuyas disposiciones quedan sujetos, según lo previsto en el artículo 3.3 de dicha Ley. Queda entendido igualmente, que el vestuario entregado a cada trabajador es de uso obligatorio durante la jornada de trabajo.

**Cláusula N° 17. Útiles Escolares.** La Universidad conviene en suministrar al personal obrero, a través del Sindicato y durante el segundo trimestre de cada año, una ayuda económica destinada a la adquisición de textos y útiles escolares, para los hijos de dicho personal, cuyo monto no podrá ser inferior al que se hubiere convenido entre las partes o en su defecto, el que se hubiere otorgado el año inmediatamente anterior. Para hacer efectiva esta ayuda, las partes convienen que la Universidad suministrará al personal obrero a través del Sindicato, la ayuda económica correspondiente. Queda entendido que la Junta Directiva del Sindicato, podrá adquirir directamente el material mediante procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, y posteriormente lo entregará a los hijos del personal; o establecer convenios con librerías o establecimientos similares que vendan directamente el material escolar al personal obrero de la Universidad, mediante un sistema de tickets o vales expedidos por el Sindicato, posteriormente serán pagados por éste a dichos establecimientos. **En cualquier caso, la Junta Directiva del Sindicato, se regirá por los principios de responsabilidad y de rendición de cuentas ante la unidad de auditoría Interna de la Universidad,** conforme al artículo 6 de la Ley Contra la Corrupción, a cuyas disposiciones quedan sujetos, según lo previsto en el artículo 3.3 de dicha Ley.

**Cláusula N° 19. Útiles Escolares.** La Universidad conviene en suministrar al personal obrero, a través del Sindicato y durante el tercer trimestre de cada año, una contribución económica destinada a la adquisición de juguetes para los hijos de dicho personal, cuyo monto y demás condiciones serán las establecidas en la Convención Colectiva resul-

*tante de la Reunión Normativa Laboral. Para hacer efectiva esta contribución, las partes convienen que la Universidad suministrará al personal obrero, a través del Sindicato, la contribución económica correspondiente. Queda entendido que la Junta Directiva del Sindicato podrá adquirir directamente los juguetes mediante procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, y posteriormente los entregará a los hijos del personal; o establecer convenios con jugueterías o establecimientos similares que vendan directamente los juguetes al personal obrero de la Universidad, mediante un sistema de tickets o vales expedidos por el Sindicato, posteriormente pagados por éste a dichos establecimientos. **En cualquier caso, la Junta Directiva del Sindicato, se registrará por los principios de responsabilidad, y de rendición de cuentas ante la unidad de auditoría interna de la Universidad,** conforme al artículo 6 de la Ley Contra la Corrupción, a cuyas disposiciones quedan sujetos, según lo previsto en el artículo 3.3 de dicha Ley.” (Destacado nuestro)*

De igual forma, respecto a los empleados administrativos de esa Universidad, la Convención Colectiva de Trabajo contempló en la Cláusula 6, modificada por el Consejo Directivo mediante Resolución N° C-D-1577 de fecha 28 de julio de 2003, el régimen aplicable para la dotación de uniformes, útiles escolares y juguetes, de la manera siguiente:

**“Parágrafo Primero:** *La dotación de ropa y útiles para el trabajo se hará según lo convenido entre ambas partes, mediante una Comisión Paritaria integrada por dos (2) representantes del Sindicato y dos (2) representantes designados por el Rector de la Universidad. A tal efecto, la Universidad suministrará al personal administrativo, a través del Sindicato y durante el primer trimestre de cada año, el aporte económico necesario para lograr la dotación, cuyo monto no podrá ser inferior al que se hubiere convenido entre las partes o en su defecto, el que se hubiere otorgado el año inmediatamente anterior. Queda entendido que la Junta Directiva del Sindicato escogerá a los proveedores*

de la dotación, mediante procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, **y asimismo se regirán por los principios de responsabilidad y de rendición de cuentas ante la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad**, conforme al artículo 6 de la Ley Contra Corrupción, a cuyas disposiciones quedan sujetos, según lo previsto en el artículo 3.3 de dicha Ley. Queda entendido igualmente, que el vestuario entregado a cada trabajador es de uso obligatorio durante la jornada de trabajo.

**Parágrafo Segundo:** La Universidad conviene en suministrar al personal administrativo, a través del Sindicato y durante el tercer trimestre de cada año, la contribución económica destinada a la adquisición de juguetes para los hijos de dicho personal, cuyo monto no podrá ser inferior al que se hubiere convenido entre las partes o en su defecto, el que se hubiere otorgado el año inmediatamente anterior. Para hacer efectiva esta contribución, las partes convienen que la Universidad, suministrará al personal administrativo a través del Sindicato, la contribución económica correspondiente. Queda entendido que la Junta Directiva del sindicato podrá adquirir directamente los juguetes mediante procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, y publicidad y posteriormente los entregará a los hijos del personal; o establecer convenios con jugueterías o establecimientos similares que vendan directamente los juguetes al personal obrero de la Universidad, mediante un sistema de tickets o vales expedidos por el Sindicato, posteriormente pagados por éste a dichos establecimientos. **En cualquier caso, la Junta Directiva del Sindicato, se regirá por los principios de responsabilidad y de rendición de cuentas ante la unidad de auditoría interna de la Universidad**, conforme al artículo 6 de la Ley Contra Corrupción, a cuyas disposiciones quedan sujetos, según lo previsto en el artículo 3.3 de dicha Ley.” (Destacado nuestro)

Del análisis efectuado a las cláusulas anteriormente transcritas, se observa que la Universidad previó en ambas Convenciones Colectivas de Trabajo, **medidas de control interno a ser aplicadas por los Sindicatos** en cuanto al uso del aporte económico suministrado por esa casa de estudios, para la referida dotación de uniformes, juguetes y útiles escolares. A tal fin, se estipuló la conformación de una Comisión integrada por dos representantes del Sindicato y dos representantes nombrados por la Universidad, encargada de la escogencia de los proveedores y la modalidad, estando los mismos sometidos al cumplimiento de principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, así como a los principios de responsabilidad **y de rendición de cuentas ante la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad.**

En este punto, es menester destacar que la citada rendición de cuentas por parte de los sindicatos, sobre los aportes otorgados por la Universidad Nacional Abierta, ante su Unidad de Auditoría Interna, debería ser modificada de las Cláusulas anteriormente transcritas, **en razón de que los sindicatos no se encuentran bajo el ámbito del control fiscal de la unidad de auditoría interna, puesto que sus atribuciones se circunscriben, al ente u organismo del cual forma parte, en virtud de lo cual, no le está permitido ejercer funciones de control fiscal sobre otros órganos y entidades,** y de hacerlo, se estaría extralimitando en el ejercicio de sus competencias, y por ende, realizando funciones propias de los órganos de control fiscal externo, incurriendo con este hecho, en la inobservancia del Principio de Legalidad Administrativa, consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En virtud de ello, se sugiere que en la citada modificación, se indique que el órgano tutelar al cual deben rendir cuentas los sindicatos, es a la propia Universidad, en primer lugar, porque es ella quien otorgó los recursos económicos, y en segundo lugar, porque su Unidad de Auditoría Interna, no es competente para realizar control fiscal, sobre entidades que no forman parte del organismo o ente al cual se encuentra adscrita.

Asimismo, se observa que las mencionadas medidas de control interno a ser aplicadas por los Sindicatos, en nuestro criterio, **no constituyen una rendición de cuentas en sentido formal**, toda vez que la misma ha sido concebida en el campo del control fiscal, como un derecho que tiene la contraparte de pedir cuentas, lo cual involucra

el ejercicio de autoridad y responsabilidad, ya que por un lado se encuentra la persona a quien se le deposita la confianza y los recursos, y por la otra, está aquel que delega y espera los resultados propios de la integridad pública.<sup>3</sup>

En cambio la rendición de cuentas en sentido formal, tiene como objetivo la comprobación del gasto de dicha ejecución, que debe presentarse al órgano de control fiscal competente para su examen, y consiste en la rendición de facturas, recibos y todos aquellos documentos con los cuales sea comprobable el gasto, tanto en forma cuantificable, como en los aspectos cualitativos de sinceridad, legalidad y razonabilidad, en virtud de que el cuentadante, debe demostrar formal y materialmente a través de libros, registros, comprobantes y demás documentos, la correcta administración, manejo o custodia de los recursos, así como la presentación de los resultados de la planificación, programación y ejecución vinculados con la cuenta.

Por ello, las medidas mencionadas en las cláusulas, de acuerdo al mecanismo y forma en que se establecieron, **comprenden parte de las normas de control interno que debe aplicar el ente respectivo, en este caso la Universidad**, con el objeto de salvaguardar sus recursos, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con los artículos 11 y 14 de su Reglamento<sup>4</sup>, así como con el artículo 3 de las Normas Generales de Control Interno.<sup>5</sup>

De manera tal, que los sindicatos de la Universidad encuadran en principio dentro del supuesto del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, según el 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, 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 cuentas de las operaciones y resultados de su gestión, **de acuerdo a la Resolución que será dictada por el Contralor General de la República**. Cabe

3 Revista de Control Fiscal N° 157 Págs.12 a la 15. Contraloría General de la República.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

destacar, que también el aludido artículo prevé claramente el supuesto referido a los administradores incursos en irregularidades en el manejo de estos fondos, los cuales serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones previstas en la *Ley in commento*.

De igual forma, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, las citadas personas mencionadas en el artículo 52, están obligadas a informar de manera pormenorizada a la máxima autoridad jerárquica del órgano o entidad que otorgó los recursos o a su delegatario, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su recepción, respecto a la utilización de los mismos, sin perjuicio de que la Contraloría General de la República solicite en cualquier momento la información o documentación que estime pertinente.

Ahora bien, esta obligación de establecer un sistema de control interno, y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, de acuerdo a la Resolución que será dictada por el Contralor General de la República, se materializó en las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional<sup>6</sup>, y respecto a ellas, es importante destacar que las mismas están dirigidas a los órganos de la Administración Central, dentro de los cuales no se encuentran los entes descentralizados de los órganos del Poder Público Nacional, es decir, no están sujetos los sindicatos.

En este sentido, y en virtud de que los sindicatos no están incluidos en el ámbito del control fiscal de las unidades de auditoría interna, y en razón de que las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, están dirigidas a los organismos de la Administración Central, dentro de las cuales no se encuentra ni las Universidades ni los sindicatos, la revisión por parte de la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad, a los soportes relacionados con la rendición de cuentas presentadas por los Sindicatos, tal como lo establece el Contrato Colectivo de Trabajo, **no debe ser considerada propiamente como un examen de la cuenta, en los términos a que se contrae el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

---

<sup>6</sup> Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.496 del Gaceta 09 de agosto de 2006.



Aunado a esto, se observa que todos los órganos de la Administración Pública, se encuentran sometidos a una serie de principios que rigen su actividad, entre ellos, el de rendición de cuentas, tal como lo consagra el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública; por ello, aunque no exista una instrumentación legal dictada formalmente que regule la rendición de cuentas para los entes que conforman la Administración Descentralizada funcionalmente, así como el examen de la cuenta por parte de sus Unidades de Auditoría Interna, todos los órganos que integran la Administración Pública, están en la obligación de rendir cuentas de su gestión; sin menoscabo de que en cualquier momento el Contralor General de la República, dicte las disposiciones reglamentarias que contemplen a los entes de la Administración Descentralizada en los aspectos aludidos.

En razón de ello, es un deber de los administradores de los Sindicatos de la Universidad, que ejecutan los recursos públicos en forma de aportes para el cumplimiento de finalidades de interés público, formar la respectiva cuenta, para la cual deberán mantener organizados, enumerados y clasificados, de acuerdo con las instrucciones contenidas en los sistemas de contabilidad vigentes, los libros, registros, comprobantes y demás documentos que demuestren las transacciones realizadas con dichos recursos, de manera que estén claramente dispuestos para su revisión. Asimismo, deberán remitir a la máxima autoridad, vale decir, al Consejo Universitario, toda la información correspondiente sobre la utilización de los recursos en cuestión, de acuerdo con la normativa indicada.

Ahora bien, respecto a quien tiene la obligación de implementar este Sistema de Control Interno, el artículo 36 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>7</sup>, disponen que: corresponde a las autoridades jerárquicas de cada ente, la responsabilidad de organizar, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización. Dicho sistema incluirá, los elementos de control previo y posterior incorporados en el plan de la organización y en las normas y manuales de procedimientos de cada ente u órgano, así como la auditoría interna.

<sup>7</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.556 del 19 de noviembre de 2010.

Por tanto, es obligación de las máximas autoridades de cada ente u organismo, encargarse de establecer las reglas que se van a implementar dentro del mismo, a los fines de un buen desempeño y ejercicio del control previo y posterior, en razón de lo cual corresponde a las Juntas Directivas de ambos Sindicatos, velar por el cabal cumplimiento de las estipulaciones y medidas de control establecidas, pues se trata de vigilar que los recursos sean aplicados de manera adecuada y con la finalidad para la cual fueron asignados.

Por consiguiente, al no tener la Unidad de Auditoría Interna la correspondiente competencia del control fiscal, **el órgano de control externo competente para realizar el control fiscal sobre los aportes entregados por la Universidad a sus Sindicatos, es la Contraloría General de la República**, quien de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la Ley que rige a este Máximo Organismo de Control, tiene la facultad para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias efectuadas por las entidades sometidas a su control, (como son las universidades), a otras entidades públicas o privadas, (como lo son los sindicatos), sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron destinados. A tal efecto, podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control interno que estime convenientes.

En conclusión, con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que de conformidad con la normativa que regula la materia, los mencionados sindicatos, por ser asociaciones civiles, no forman parte de la Universidad, y por ende, no se encuentran bajo el ámbito del control fiscal de la Unidad de Auditoría Interna, de lo cual se puede inferir, **que dicha Unidad, no es competente para realizar auditorías o inspecciones sobre los aportes que da la Universidad a sus Sindicatos**, para la dotación de vestuario, útiles escolares y juguetes, así como calificar y declarar el fenecimiento de las cuentas presentadas por los mismos, ni es competente para el ejercicio de la potestad de investigación y la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar, derivadas de la rendición de cuentas mencionadas.

No obstante, la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad, no se encuentra limitada en el ejercicio de sus funciones, toda vez que conforme a las competencias previstas en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en atención al artículo 9 del Reglamento

sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional<sup>8</sup>, el citado órgano de Control Fiscal, **puede verificar los controles internos establecidos por la Universidad, por ser éste último, el ente sujeto a su control,** a los fines de que se cumplan las cláusulas contenidas en las Convenciones Colectivas, así como la correcta utilización de los recursos públicos entregados por la Universidad a sus Sindicatos en forma de aportes, para el cumplimiento de los fines específicos para los cuales fueron suministrados, ya que se trata de operaciones que tienen implicaciones en el manejo de los recursos públicos, pues fueron asignados presupuestariamente por la Universidad.

Memorando 04-00-055 del 12 de febrero de 2010.

---

<sup>8</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.783 del 25 de septiembre de 2003.

*CONTROL FISCAL: Verificación de las actas de entrega de los servidores públicos de un organismo, por parte de la Unidad de Auditoría Interna.*

**Corresponde a la Unidad de Auditoría Interna, verificar la sinceridad, exactitud y observaciones que se formulen al acta de entrega, así como de los errores, deficiencias u omisiones advertidos en el levantamiento de la misma, sin perjuicio, del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización, así como de potestades investigativas y sancionatorias que pueda ejercer.**

Memorando N° 04-00-110 del 16 de marzo de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, referida a la interpretación que debe realizarse de algunas disposiciones de las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias<sup>1</sup>, particularmente, en torno a la verificación del contenido del acta de entrega por parte de la Unidad de Auditoría Interna. Se indica que la situación que motiva la presente consulta, surge respecto a la verificación del acta en los términos a que se refiere el artículo 23 de las Normas referidas, del cual surgen las interrogantes siguientes:

1. Si la verificación a cargo del órgano de control fiscal se circunscribe a la sinceridad, exactitud y observaciones que se hayan formulado en el acta de entrega, o si por el contrario, se debe efectuar la verificación de la totalidad de los aspectos que integran el acta de entrega.
2. Si se considera satisfecha la verificación a cargo de los órganos de control fiscal, con la práctica de pruebas selectivas o análisis efectuados sobre una muestra representativa de todos los documentos que conforman el acta de entrega.
3. En caso que no se hayan hecho observaciones relacionadas con errores, deficiencias u omisiones que consten en el acta, qué tipo de actuaciones de control debe realizar la unidad de auditoría interna, tomando en cuenta que el artículo 23 de las aludidas normas establecen la posibilidad “(...) *del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades investigativas y sancionatorias que puede ejercer (...).*”

Como punto previo, se debe informar que las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.229 del 28 de julio de 2009.

su Respectivas Oficinas o Dependencias, dictadas por esta Contraloría General de la República y Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, mediante Resolución N° 01-00-000162 de fecha 27 de julio de 2009, establecen lo siguiente:

**“Objeto de las Normas**

**Artículo 1.** *Las presentes Normas tienen por objeto regular la entrega de los órganos y entidades de la Administración Pública y de sus respectivas oficinas o dependencias, mediante acta que se elaborará, presentará, suscribirá y verificará, de acuerdo con lo dispuesto en este instrumento.”*

Así mismo, es necesario traer a colación el contenido del artículo 3 de las referidas Normas en los términos siguientes:

**“Deber de hacer entrega**

**Artículo 3.** *Todo servidor público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos, al cesar en su empleo, cargo o función deberá entregar formalmente el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual sea responsable.”*

En los artículos *supra* transcritos, se establecen las formalidades que todo servidor público debe cumplir, respecto al deber de hacer entrega mediante Acta de los órganos y entidades de la Administración Pública y de sus oficinas o dependencias; es así como este instrumento normativo dicta un conjunto de disposiciones orientadas a la elaboración, presentación, suscripción y su verificación, en el supuesto que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos, situación que se producirá en el momento de cesar en el empleo, cargo o función pública.

En efecto, es importante resaltar que de conformidad con lo previsto en los artículos 8 y 9 de las referidas Normas, existen dos sujetos que participan en la materialización de la entrega formal mediante Acta, a saber, por una parte el servidor público saliente responsable de su elaboración, presentación y suscripción, y por la otra el servidor público entrante, o la persona que haya sido designada por la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad para recibirla, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 *eiusdem*. Asimismo, el referido artículo 9 señala el procedimiento a seguir en el caso de la omisión por parte del servidor público saliente, cuando no cumpla con la obligación de hacer la entrega formal de los órganos y entidades de la Administración Pública y de sus oficinas o dependencias.

Una vez levantada el Acta detallada por el servidor público entrante, por omisión del saliente, se procederá con asistencia de dos testigos y el auditor interno del organismo y entidad, a dejar constancia del estado en que se encuentren los asuntos, bienes y los recursos asignados, y adicionalmente se deberán especificar los errores, deficiencias u omisiones, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar, en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien recibe.

Al estar suscrita el acta siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 9 de las Normas, el servidor público entrante remite copia certificada a la Unidad de Auditoría Interna del órgano o entidad, para que ejerza las acciones que correspondan, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>. En tal sentido, las referidas Normas no dejan lugar a dudas respecto al procedimiento a seguir en el caso que el servidor público saliente no cumpla con las disposiciones en ellas contenidas, en el entendido de que existe un presunto incumplimiento de las Normas dictadas por la Contraloría General de parte de quien debió elaborar y presentar el Acta y por ende sujeto a la función de control, así como a los procedimientos de investigación y sanción previstos en la referida Ley Orgánica.

A su vez, el artículo 20 de las referidas Normas en armonía con lo dispuesto en el mencionado artículo 9 *eiusdem*, establece que en el acta de entrega se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se adviertan en el levantamiento de la misma, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar, en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien recibe. Asimismo, el artículo 21 prevé que una de las copias certificadas del acta levantada debe entregarse a la Unidad de Auditoría Interna.

Por otra parte, en relación con las observaciones al acta de entrega y de su verificación por parte de la Unidad de Auditoría, cabe traer a colación las disposiciones contenidas en los artículos 22, 23 y 24 de las Normas en comento, los cuales son del tenor siguiente:

***“Observaciones al acta por el servidor público que recibe***

***Artículo 22.*** *El servidor público que recibe el órgano y entidad, oficina o dependencia, que con posterioridad a la suscripción del acta de entrega, tenga observaciones sobre*

---

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

*el contenido de la misma, que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, las informará por escrito al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción.*

*Las observaciones que formulen al acta de entrega de una unidad de auditoría interna se remitirán al órgano de control fiscal externo competente (...) (Subrayado nuestro)*

### **Verificación del acta**

**Artículo 23.** *Corresponderá a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad, exactitud y observaciones que se formulen al acta de entrega, sin perjuicio del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades investigativas y sancionatorias que puede ejercer, así como de las competencias de los órganos de control fiscal externo.*

*Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.*

### **Pérdida, deterioro o menoscabo del patrimonio público**

**Artículo 24.** *Si de la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega se determinan actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo del patrimonio de los órganos, entidades, oficinas o dependencias, según sea el caso, el titular del órgano de control fiscal competente informará de estas circunstancias a las autoridades administrativas correspondientes, a fin de que se ejerzan las acciones correctivas a que haya lugar.*

*En caso de existir méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, se ejercerá la potestad de investigación, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la*

*Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, de ser el caso, se dará inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el Capítulo IV de la citada Ley.”*

De las normas antes citadas se desprende por un parte, el deber que recae sobre el servidor público que recibe el órgano y entidad, oficina o dependencia, que con posterioridad a la suscripción del acta de entrega, tenga observaciones sobre el contenido de la misma, que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, de informar por escrito sobre las mismas al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción.

Ahora bien, corresponde a la Unidad de Auditoría Interna, verificar la sinceridad, exactitud y observaciones que se formulen al acta de entrega, así como de los errores, deficiencias u omisiones advertidos en el levantamiento de la misma, sin perjuicio del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades investigativas y sancionatorias que pueda ejercer, así como de las competencias de los órganos de control fiscal externo, tal como lo prevé el artículo 23 de las mencionadas Normas.

Asimismo, si el órgano de control fiscal competente, con ocasión de la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega, determina actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo el patrimonio del órgano, entidad, oficina o dependencia, según sea el caso, el titular de dicho órgano deberá informar de estas circunstancias a las autoridades administrativas correspondientes, a fin de que ejerzan las acciones correctivas a que haya lugar, y en caso de existir meritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, se ejercerá la potestad de investigación, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, si fuere necesario, se dará inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.



Como puede observarse, las Normas *ut supra* contemplan claramente el procedimiento a seguir tanto para el servidor público que recibe el órgano o entidad de la Administración Pública y de sus respectivas oficinas o dependencias, como para la Unidad de Auditoría Interna, a lo cual debe agregarse que los instrumentos normativos, no pueden analizarse de manera aislada, sino en armonía con el resto de las normas que rigen la materia objeto de estudio, tal como es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento, así como la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>3</sup>, las cuales le atribuyen amplias facultades a los órganos de control fiscal, para el ejercicio de las funciones de control.

En tal sentido, este Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal recomienda a la Unidad de Auditoría Interna, conforme a las disposiciones antes citadas y en atención a las competencias consagradas en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, realizar un análisis detallado del Acta de Entrega, así como de las observaciones formuladas por el servidor público que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia -en caso que se hayan formulado-, valorando técnicamente los hechos con la documentación pertinente, lo cual se hará constar en un informe, que será remitido al servidor público saliente y otro a quien recibió.

No obstante, es importante aclarar que el análisis por parte de la Unidad de Auditoría Interna del Organismo consultante, no necesariamente debe circunscribirse sólo a las observaciones formuladas sobre el contenido del acta o los errores, deficiencias u omisiones advertidos en el levantamiento de la misma, sino que en el ejercicio de sus competencias como órgano de control fiscal interno, podrá si así lo considera pertinente, verificar otros hechos no informados que deriven de la revisión de la mencionada acta o de la gestión misma del servidor público saliente, en torno al manejo adecuado y transparente del Patrimonio Público, y en caso de existir méritos suficientes para ello, podrá dar inicio al ejercicio de la potestad investigativa, y si fuere necesario, al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, de conformidad con el artículo 22 de las Normas en comento, sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo.

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.164 del 23 de abril de 2009.

Finalmente, respecto a la práctica de pruebas selectivas o exhaustivas de todos los documentos que conforman el acta de entrega, es de señalar que la pertinencia sobre la aplicación de dicha herramienta corresponde ser definida por la Unidad de Auditoría Interna, la cual a su vez, conforme a las competencias atribuidas en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, determinará igualmente la actuación fiscal a realizar, vale decir, auditoría, inspección, examen, análisis, estudio o investigación, cualquiera sea su naturaleza, a los fines de comprobar la veracidad y exactitud del contenido del acta.

En los términos que anteceden, queda planteado el parecer de esta Dirección, en relación con la materia sometida a la opinión.

Memorando N° 04-00-110 del 16 de marzo de 2010.

*CONTROL FISCAL: Interpretación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna.*

**Los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, constituyen un instrumento elaborado sobre la base de criterios técnicos y en las experiencias y conocimientos de la Contraloría General de la República como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuyo objeto es servir de guía para definir los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de los órganos de control fiscal interno, en lo que respecta al establecimiento de su estructura organizativa y la distribución de las competencias entre las dependencias que las conforman.**

Memorando 04-00-353 del 06 de agosto de 2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la interpretación y aplicación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna (Resolución N° 01-00-000068 del 15 de abril de 2010), específicamente en relación con quién sería el funcionario responsable o competente para suscribir el auto de proceder, el informe de resultados de la potestad de investigación, la comunicación de los resultados, conclusiones y recomendaciones, así como los actos motivados a que aluden los artículos 81 y 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y los artículos 85 y 88 de su Reglamento.

La competencia es un principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado que, doctrinariamente, se define como la medida de las potestades de actuación que le atribuye el ordenamiento jurídico a un órgano, y supone el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, es decir, la medida de las actividades que conforme al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo, su aptitud legal de obrar.<sup>1</sup>

La competencia representa la habilitación previa y necesaria para que el órgano pueda actuar válidamente, pues la Administración Pública (lato sensu) de conformidad con las normas que rigen su accionar, sólo está habilitada para realizar aquellos actos que se encuentren expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico, en ese sentido, debe sujetarse a una serie de principios y límites que le imponen la Constitución y las leyes, a saber: el principio de legalidad previsto en artículo

1 JERÉZ TAMAYO, D. *La organización administrativa de los órganos locales del Poder Popular en los municipios: visión desde la Constitución de la República*. Edición electrónica.

137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup>, que dispone: “**La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.**” (Destacado nuestro)

Principio que se reafirma en el artículo 141 *eiusdem* cuando señala que “**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.**” (Destacado nuestro)

Este principio de legalidad está vinculado directamente con la competencia en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>3</sup>, al establecer en el artículo 4 que: “**La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares.**” (Destacado nuestro)

En cuanto a los límites al ejercicio de esas competencias, el artículo 138 del Texto Constitucional es enfático al indicar que “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.*” Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en el artículo 26 precisa: “*Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes.*” (Subrayado nuestro)

De modo que una de las características de la competencia es que su ejercicio es obligatorio, porque se atribuye a los órganos, a fin de que la ejerzan activamente en los casos en que corresponda; es improrrogable e irrenunciable, pues la competencia legalmente asignada no

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 9.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

puede ser transferida por el órgano que la tiene atribuida a otro órgano diferente, salvo en aquellos casos en que tal posibilidad hubiera sido expresamente autorizada en la ley, por ende, el **órgano a quien se le atribuye está obligado a ejercerla**, salvo que ésta sea establecida en algunos casos de forma facultativa.

Bajo esos lineamientos, la distribución de competencias que el ordenamiento jurídico asigna a un órgano, entre los diferentes elementos que lo integran, corresponde a la máxima autoridad con sujeción, desde luego, a lo que las leyes dispongan, quien en ejercicio de la potestad organizativa dictará las normas internas de funcionamiento, a través de las cuales definirá la estructura y repartición de tareas, entre sus componentes, para lograr así una mayor eficiencia en la consecución de sus fines.

Para ello tendrá en cuenta, que cuando la competencia prevista en la Ley se atribuya en forma genérica a la entidad como tal, sin precisar un órgano específico, corresponde al jerarca distribuirla internamente, considerando la naturaleza de cada órgano; sin embargo, cuando la Ley atribuya en forma específica una competencia a un órgano determinado, esa competencia deberá ejercerla ese órgano y no otro, salvo que se trate de una competencia atribuida en forma alternativa, en cuyo caso podría darse la transferencia de competencias en las hipótesis previstas en el ordenamiento jurídico, que establece mecanismos excepcionales que funcionan armónicamente con el principio de improrrogabilidad de la competencia.<sup>4</sup>

En ese contexto es importante precisar además, que las competencias que de manera obligatoria deben ejercer los órganos de control

4 En ese orden de ideas, es criterio reiterado de esta Institución que las competencias que el ordenamiento jurídico **asigna en forma genérica a los órganos de control fiscal pueden ser ejercidas por las distintas dependencias que lo conforman**, de acuerdo con la distribución de funciones prevista en los instrumentos normativos que regulan la organización y reparto de competencias y atribuciones de los órganos de control fiscal, tales como reglamentos internos, resoluciones organizativas, etc.

**No obstante, aquellas atribuciones asignadas en forma específica a los titulares de los órganos de control fiscal por la Ley Orgánica de la Contraloría y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requieren de un acto de delegación para ser ejercidas por un funcionario distinto de estos, en los supuestos en que tal posibilidad de delegar esté legalmente prevista.**

En ese sentido, ha sido criterio reiterado de este Órgano de Control Superior, que las competencias de declarar la responsabilidad administrativa, formular el reparo, imponer la multa, absolver de dichas responsabilidades o pronunciar el sobreseimiento, y la de decidir el recurso de reconsideración, requieren de un acto de delegación emanado del titular del órgano de control fiscal, en virtud de que las referidas competencias han sido expresamente atribuidas al citado funcionario en los artículos 101, 103, 106 y 107 de la citada Ley.

Sin embargo, cuando se trate de competencias atribuidas en forma genérica a los órganos de control fiscal, tales como las vinculadas con el ejercicio de la potestad investigativa, y aquellas relacionadas con el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades diferentes a las *supra* señaladas, **no se requerirá de un acto de delegación y podrán ser asignadas a las dependencias que los integran, a través de los instrumentos normativos que regulan su organización y funcionamiento.**

fiscal interno, están definidas, en principio, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>5</sup> y su Reglamento<sup>6</sup> donde se le atribuye a las Unidades de Auditoría Interna, en su condición de órganos de control fiscal interno, la función específica y principal de control posterior en el ámbito interno de un organismo, encargadas del servicio de auditoría interna (examen *a posteriori*) para evaluar el Sistema de Control Interno, para lo cual están habilitadas para realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, y están dotadas de potestades de investigación y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia.

Específicamente, respecto a la competencia atribuida a las Unidades de Auditoría Interna, en su condición de órganos de control fiscal interno, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, prevé en los artículos 40, 41, 61, 64, 77, 85, 93, 94, 95 y 97, entre otros, el marco de actuación de los referidos órganos de control.

Asimismo, cabe hacer mención otras normas que prevén competencia a los órganos de control fiscal interno (unidades de auditoría interna), tales como el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>7</sup>, artículo 14 de las Normas Generales de Control Interno<sup>8</sup>, y el artículo 4 de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional.<sup>9</sup>

Sobre este particular, y dada la importancia que revisten los órganos de control fiscal, así como el carácter de las competencias que le han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico como integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, ha sido criterio reiterado de esta Institución que corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente, en el marco de la implantación y establecimiento del Sistema de Control Interno, organizar a la unidad de auditoría interna, distribuir su competencia entre las distintas dependencias que lo conforman, así como establecer sus funciones, responsabilidades y niveles de autoridad.

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

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.465 del 14 de julio de 2010.

8 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.496 del 9 agosto de 2006.

En efecto, 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.

En ese mismo sentido, el artículo 21 del Reglamento de la citada Ley dispuso lo siguiente:

**“Artículo 21. La organización y niveles de autoridad dentro de las unidades de auditoría interna, serán definidas por la máxima autoridad jerárquica del órgano o entidad, mediante instrumentos normativos que deberán atender lo previsto en el presente Reglamento y en las políticas, normas, manuales e instrucciones dictadas por la Contraloría General de la República.**

*Dichos instrumentos deben propender a la coherencia y racionalidad en la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna, tomando en cuenta las particularidades del respectivo órgano o entidad.”*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 12 de las Normas Generales de Control Interno, textualmente prescriben:

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

**Dentro del contexto normativo ut supra citado, resulta claro que la organización, los niveles de autoridad, las funciones y las responsabilidades dentro de las unidades de auditoría interna, deben ser definidas por la máxima autoridad del órgano o ente respectivo,**

**quien distribuirá las funciones que genéricamente la Ley asigna a las Unidades de Auditoría Interna, en las distintas dependencias o unidades que la conforman**, a través de instrumentos internos elaborados con sujeción a lo dispuesto en la Ley y en la normativa dictada por este Organismo como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Con ese propósito orientador, esta Institución Contralora, en criterio reiterado que se confirma en los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, ha señalado que la unidad de auditoría interna debe estar adscrita al máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa del órgano o ente, y su organización y funcionamiento debe ser acorde con la naturaleza, estructura y funciones del mismo, con la debida correspondencia entre los niveles jerárquicos allí establecidos, asignándosele un rango, mayor o igual al de las dependencias bajo su control.

Por su parte, en torno a la organización básica de la unidad de auditoría interna, ha indicado este Organismo Contralor, que para realizar sus funciones y cumplir con los deberes y responsabilidades otorgadas, es preciso dividir el trabajo en áreas especializadas y niveles jerárquicos, para ello la unidad de auditoría interna, deberá estar conformada, **en principio**, por una *estructura básica*, integrada como mínimo, por el Despacho del titular de la unidad de auditoría interna, una dependencia encargada de las actividades de control posterior, de acuerdo con su ámbito de control, y otra de la determinación de responsabilidades.

Bajo esta perspectiva, los Lineamientos en comentario delimitan las funciones inherentes a cada dependencia, ubicándose el ejercicio de la potestad de investigación como una actividad inmanente de control posterior, de allí que las actividades relativas a ésta deban ser ejercidas por la dependencia encargada del control posterior, quien podrá realizar las actuaciones necesarias a fin de verificar la ocurrencia de actos hechos y 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.

La asignación de esta competencia a la sección encargada del control posterior obedece a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, según el cual las actuaciones serán realizadas de conformidad con el



artículo 77 de esta Ley, es decir: en ejercicio de la potestad de investigación, de las que se formará expediente y se dejará constancia de los resultados en un informe, con base en el cual **el órgano de control fiscal, ordenará el archivo de las actuaciones realizadas, o el inicio del procedimiento** para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda.

Asimismo, se basa en el artículo 73 del Reglamento de la citada Ley, el cual al precisar el contenido del **auto de proceder** lo define como el acto dictado por la autoridad competente, a través del cual **se formaliza el ejercicio de la potestad de investigación**; y destaca de seguidas, que dicho auto “**será emitido y suscrito por el funcionario competente del respectivo órgano de control fiscal,**” que no es otro sino el encargado de la dependencia de control posterior; a quien le corresponde además elaborar el informe de resultados, según se infiere de lo previsto en el artículo 79 *eiusdem*, cuando establece que dicho informe será emitido por la dependencia competente del órgano de control fiscal, y se enviará junto con el expediente del caso al área encargada de la determinación de responsabilidades.

En efecto, si en el citado artículo se destaca que el informe en comentario debe ser elaborado por el departamento competente del órgano de control fiscal, cuyo responsable debe suscribirlo (artículo 77 numeral 7 *eiusdem*), para luego remitirlo **junto con el expediente del caso a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades**, no cabe duda que corresponde a la dependencia encargada del control posterior, conforme a lo dispuesto en el Reglamento citado, elaborar y suscribir los actos en comentario, atendiendo a la estructura básica de la unidad de auditoría interna a la cual se hizo referencia.

En ese sentido, los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna en el Capítulo X “**De las atribuciones específicas del responsable de la dependencia de control posterior**”, no hacen más que trasuntar los dispositivos legales y reglamentarios *ut supra* citados cuando precisan que al responsable le corresponde:

**“1. dictar el auto de proceder de la potestad investigativa,**

**2. suscribir el informe de resultados de la potestad investigativa y,**

*3. comunicar los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones practicadas a las dependencias evaluadas y demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar medidas correctivas.”*

Por su parte, en lo que atañe al área de Determinación de Responsabilidades Administrativas, se ha precisado que sus actividades deben estar diferenciadas de las que corresponden en el ámbito del control posterior, con la finalidad de garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia de criterio, tanto en la potestad investigativa como en el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, evitando que quien investiga decida.

En tal sentido, una vez que la dependencia de control posterior remite a Determinación de Responsabilidades el expediente formado de las actuaciones realizadas de conformidad con el artículo 77 de la Ley, conjuntamente con el informe de resultados, le corresponde a ésta su valoración jurídica, así como determinar si existen elementos de convicción y prueba que ameriten el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades; o si por el contrario procede el archivo de las actuaciones, por no ser suficientes los elementos de convicción y prueba, a cuyos efectos se dictará el auto motivado donde se acuerde lo conducente.

**De manera que corresponderá al responsable de la dependencia de Determinación de Responsabilidades, dictar el auto motivado previsto en el artículo 81, así como ordenar el inicio o apertura del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades conforme lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley.**

Así se desprende además, lo establecido en el artículo 88 del Reglamento de la citada Ley que señala: “**Cuando la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades ordene el inicio o apertura del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, dictará un auto motivado**” el cual deberá contener, entre otros señalamientos, la identificación del órgano de control fiscal, así como de la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, con indicación expresa de las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten su competencia.

A propósito de la afirmación anterior, se observa que los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, en el Capítulo XI “**De las atribuciones específicas del responsable de la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades**”, en armonía con la normativa en comentario, disponen, que corresponde al responsable de la Dependencia de determinación de responsabilidades lo siguiente:

- “**1. dictar el auto motivado a que se refiere el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el 85 de su Reglamento;**
- 2. dictar el auto motivado a que se refiere el artículo 96 del [sic] Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el 88 de su Reglamento y notificarlo a los presuntos responsables;**
3. *disponer lo conducente para que sean evacuadas las pruebas indicadas o promovidas por los presuntos responsables o por sus representantes legales;*
4. *fijar por auto expreso, la realización de la audiencia oral y pública;*
5. *dictar, por delegación del titular de la unidad de auditoría interna, la decisión a que alude el artículo 103 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal;*
6. *imponer, por delegación del titular de la unidad de auditoría interna, las multas previstas en el artículo 94 y*
7. *ordenar la acumulación de expedientes cuando sea procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”*

**De allí, cabe afirmar que la dependencia administrativa que realizó la auditoría o investigación, (encargada del control posterior) es quien formaliza el ejercicio de la potestad de investigación mediante el “auto de proceder”; elabora el informe de resultados, que incorporado al expediente, será remitido para su análisis, a determinación de responsabilidades, quien valorará los hallazgos de la**

**actuación fiscal, las pruebas recabadas, alegatos y pruebas aportadas por los interesados, para determinar si da inicio al procedimiento para la determinación de responsabilidades o procede el archivo de las actuaciones, dictando el auto motivado a que hubiere lugar.**

En otro orden de ideas, en cuanto al funcionario competente dentro de la Unidad de Auditoría Interna para la comunicación de los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones que se realicen, el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece lo siguiente:

*“Artículo 63. Los resultados y conclusiones de las actuaciones que practiquen los órganos de control fiscal serán comunicados a las entidades objeto de dichas actuaciones y a las demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar las medidas correctivas necesarias.”*

Por su parte, los artículos 18 numeral 4 y 45 del Reglamento, en desarrollo del dispositivo transcrito prevén lo siguiente:

*“Artículo 18. Los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, deben:*

*(...)*

*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 45. Las máximas autoridades jerárquicas de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, deberán manifestar por escrito a la respectiva unidad de auditoría interna, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de los informes de auditoría o de cualquier actividad de control que éstas realicen y que contengan recomendaciones, las razones que tuvieren para no acogerlas y proponer su sustitución.***

*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.”*  
(Subrayado nuestro)

Asimismo, los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, disponen lo siguiente:

**“CAPÍTULO VIII, DE LAS ATRIBUCIONES DEL AUDITOR INTERNO.**

*Corresponde al Auditor Interno*

(...)

*10. Comunicar los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones practicadas, a las dependencias evaluadas y demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar medidas correctivas.*

(...)

*20. Firmar la correspondencia y documentos emanados de la unidad de auditoría interna.*

**CAPÍTULO IX. DE LAS ATRIBUCIONES COMUNES DE LOS RESPONSABLES DE LAS DEPENDENCIAS DE LA UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA.** *Corresponde a los responsables de las dependencias que conforman la unidad de auditoría interna:*

(...)

*10. Firmar la correspondencia y documentos emanados de la respectiva dependencia, sin perjuicio de las atribuciones similares asignadas a funcionarios adscritos a ésta.*

**CAPÍTULO X. DE LAS ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DEL RESPONSABLE DE LA DEPENDENCIA DE CONTROL POSTERIOR.**

*Corresponde al responsable de la dependencia encargada de ejercer las funciones de control posterior:*

(...)

*3. Comunicar los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones practicadas, a las dependencias evaluadas y demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar medidas correctivas.”*  
(Subrayado nuestro)

Conforme a las normas citadas, existe a cargo de la unidad de auditoría interna, el deber de comunicar los resultados de cada auditoría o actuación de control que lleve a cabo, a la máxima autoridad de la cual depende directamente, a efecto de 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 éstas son el 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, así como en la gestión financiera y administrativa del órgano o ente a su cargo.

A ese respecto, es importante recalcar que la organización administrativa se estructura de manera jerárquica, lo que en términos del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, implica que sus órganos están jerárquicamente ordenados y relacionados, de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos, de modo que los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

Esta ordenación denominada jerarquía, supone la existencia de una pluralidad de órganos materialmente competentes ante una actuación, los cuales guardan diferente nivel en la estructura; donde los órganos superiores disponen del poder jerárquico para dirigir, ordenar e inspeccionar la conducta de los inferiores para dirigir, esto en aras de alcanzar la necesaria unidad administrativa, para obtener el fin deseado.

Ello implica, en el caso bajo examen, que los responsables de las dependencias que conforman la unidad de auditoría interna actúan con independencia de criterio, pero vinculados bajo una relación de subordinación jerárquica con el Auditor Interno, tal y como lo señala el Capítulo VIII de los Lineamientos en cuestión, pues a éste le corresponde planificar y supervisar las actividades desarrolladas por las áreas que la conforman. Aunado a esto, le corresponde elaborar y someter a la aprobación de la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente, el reglamento interno, la resolución organizativa, así como los manuales de organización, normas y procedimientos, con el fin de regular el funcionamiento de la Unidad.

Así las cosas, mediante la normativa interna aprobada por la máxima autoridad del órgano o ente de que se trate, se deben implantar mecanismos de control adecuados que le permitan monitorear, supervisar y autorizar el ejercicio de las competencias, y mantenerse informado de manera oportuna sobre las actividades que se realicen.

En ese sentido, se estima que a los fines de comunicar a la máxima autoridad del órgano o ente evaluado (a la cual está adscrita la unidad de auditoría interna) los resultados de cada auditoría o actuación de control que se lleve a cabo, a efecto de que se tomen las decisiones y las acciones correctivas del caso, deben respetarse los mecanismos y formalidades que en acatamiento a la jerarquía se hayan definido en la normativa que rige el ente u organismo, 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 evaluación e implantación de las recomendaciones; por ello, en los Lineamientos en comentario, se indica que los titulares de las dependencias firmarán los documentos emanados de la misma, sin perjuicio de las atribuciones similares asignadas a funcionarios adscritos a ésta.

Sobre la base de lo expuesto, se observa que la limitación planteada por la consultante en cuanto al ejercicio de sus competencias, carece de fundamento, pues en los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, se respetan las disposiciones legales y reglamentarias *ut supra* citadas, de tal manera que los Capítulos V, VI y VII delimitan, en principio, las **funciones del órgano** -unidad de auditoría interna- y de las dependencias que la conforman, para luego en los Capítulos VIII, IX, X y XI deslindar las **atribuciones del auditor interno** -persona física que exterioriza la voluntad del órgano- de las **atribuciones** comunes y específicas de los responsables de tales dependencias, las cuales en algunos casos coinciden por tratarse de competencias genéricas.

Es de subrayar, sin embargo, que los **Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna**, constituyen un instrumento elaborado sobre la base de criterios técnicos y en las experiencias y conocimientos de la Contraloría General de la República como Órgano Rector, cuyo objeto, tal y como lo expresa el artículo 1 de la Resolución, es **servir de guía para definir los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de las unidades**

**de auditoría interna, en lo que respecta al establecimiento de su estructura organizativa y la distribución de las competencias entre las dependencias que las conforman**, así como servir de insumo para la elaboración de la instrumentación normativa que las regulen, tales como los reglamentos internos, resoluciones organizativas, manuales de normas y procedimientos entre otros, **pero bajo ninguna circunstancia pretende despojar al titular del órgano de control fiscal interno de las competencias legalmente atribuidas.**

Por lo tanto, los preceptos contenidos en los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, deben ser interpretados dentro del contexto normativo del que forman parte, pues sus disposiciones están debidamente vinculadas por la afinidad que de ellas deriva, y se relacionan entre sí, formando parte de un sistema coherente y orgánico, de modo que su interpretación debe ser armónica; de lo contrario, cualquier intento estricto de interpretación resultaría infructuoso para determinar el sentido y alcance de las normas.

Siendo así, no cabe duda que en el análisis de los referidos Lineamientos debe valorarse su carácter de directrices y orientaciones emanadas de la Contraloría General de la República, en su condición de Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, que como se aprecia, se ajustan a las disposiciones legales y sublegales que rigen la materia, cuya finalidad es colaborar con los órganos y entes del sector público en la orientación y funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, así como en la elaboración de los instrumentos normativos que las rigen, pero en modo alguno pueden considerarse como restrictivos de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico al titular del órgano de control fiscal interno.

Memorando 04-00-353 del 06 de agosto 2010.



*CONTROL FISCAL: Alcance de las actuaciones de los Órganos de Control Fiscal Interno, en la verificación de la exactitud y sinceridad del acta de entrega.*

**Todo servidor público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos tiene la obligación de entregar formalmente el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual sea responsable al cesar en su empleo, cargo o función, mediante acta de entrega; el funcionario que recibe realizará la revisión física de los diferentes aspectos señalados en el acta y sus anexos, y tiene la obligación de informar por escrito a la unidad de auditoría interna las observaciones respecto a su contenido. Corresponde a esta última, como órgano fiscalizador, verificar la sinceridad y exactitud del acta de entrega así como de las observaciones que se formulen a la misma.**

Memorando N° 04-00-369 del 16 de agosto de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias, Capítulo III “De las Observaciones al Acta de Entrega y de su Verificación”, con el propósito de aclarar si la unidad de auditoría interna debe elaborar un informe para todas y cada una de las actas de entrega que reciba, o si la verificación del acta y la elaboración del informe a que se refieren las normas, está supeditada a que el servidor público entrante haya formulado observaciones.

En tal sentido manifiesta el consultante, que a diferencia de lo establecido en el artículo 18 de las Normas derogadas, el artículo 23 de las vigentes, no contiene una indicación expresa de que la unidad de auditoría interna deba proceder a la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega, y a producir un informe previo a la recepción de eventuales observaciones, tal como lo establecía el artículo 18 de las normas derogadas en el que existía una clara separación en cuanto al procesamiento del acta y de sus observaciones.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General tiene a bien indicar lo siguiente:

Interesa destacar inicialmente, que las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias<sup>1</sup>, -en lo sucesivo las Normas-

<sup>1</sup> Publicadas en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.229 del 28 de julio de 2009.

ponen a cargo de todo servidor público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos, la obligación de entregar formalmente el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual sea responsable, al cesar en su empleo, cargo o función, mediante acta en la cual se dejará constancia del estado en que se encuentren los asuntos, bienes y los recursos asignados; se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades del servidor público que recibe, como del que hace la entrega, quien en definitiva debe responder de la exactitud del acta tanto cualitativa como cuantitativamente, tal como lo prevé el artículo 18 de las citadas normas.<sup>2</sup>

El acta en comentario, refleja la materialización efectiva de la entrega de la oficina o dependencia que estaba bajo la responsabilidad de un servidor público determinado, a otro que lo sustituye en el cargo, quien tiene, en ese primer momento, la oportunidad para dejar constancia en el acta de los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren en el levantamiento de la misma, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien entrega y de quien recibe, tal y como se infiere de lo dispuesto en los artículos 9 y 20 de las Normas.<sup>3</sup>

No obstante, la posibilidad de que el servidor público entrante formule observaciones no se agota en este primer momento, toda vez que, si con posterioridad a la firma del acta, el servidor público que recibe tiene observaciones sobre su contenido que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del

2 “**Datos e información que deben incluirse en los anexos**

**Artículo 18.** Los anexos del acta de entrega deberán incluir datos e información, con fecha de corte al momento del cese en el ejercicio del empleo, cargo o función pública del servidor público que entrega. Es responsabilidad de quien entrega, la exactitud del acta y sus anexos tanto cualitativa como cuantitativamente. (Subrayado nuestro)

3 Los artículos en comentario establecen lo siguiente:

*“Omisión de la entrega formal mediante acta*

**Artículo 9.** Cuando el servidor público saliente no cumpla con la obligación de hacer la entrega formal del órgano, entidad, oficina o dependencia, mediante el acta a que se refiere el artículo 4, corresponderá al servidor público entrante, o la persona que haya sido designada por la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad para recibirla, levantar acta detallada, con asistencia de dos testigos, y del auditor interno del organismo o entidad, en la cual dejará constancia del estado en que se encuentren los asuntos, bienes y los recursos asignados, y se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien recibe.

*El servidor público entrante, o la persona que haya sido designada por la máxima autoridad jerárquica para recibirla, una vez suscrita el acta, remitirá copia certificada a la unidad de auditoría interna del órgano o entidad, para que ejerza las acciones que correspondan, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

**Errores, deficiencias u omisiones**

procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, las **informará** por escrito al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción, según lo dispuesto en el artículo 22 de las Normas.<sup>4</sup>

Ello es así, porque la actuación del funcionario que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, está dirigida a la revisión física de los diferentes aspectos señalados en el acta de entrega y sus anexos, indicados en los artículos 11 al 17, según corresponda; por ello, en resguardo de su eventual responsabilidad, -en el supuesto de que detecte irregularidades en los documentos, bienes y recursos recibidos- tiene la obligación de **informar por escrito** al órgano de control fiscal competente, las observaciones que tuviere respecto a su contenido y que, a su juicio, ameritan el ejercicio de una investigación.

Ahora bien, esta tarea del servidor público que recibe difiere de la función de control que corresponde a la unidad de auditoría interna como órgano fiscalizador, a quien le compete **verificar la sinceridad y exactitud del acta de entrega, así como de las observaciones que se formulen a dicha acta si las hubiere.**

En efecto, la labor de la Unidad de Auditoría Interna va más allá de la revisión de los elementos e informaciones contenidos en el acta, y se extiende a la comprobación de los contenidos recogidos en ésta sobre la base de los datos, informaciones y registros aportados, con el objeto de comprobar la veracidad de la información presentada, así como la fiabilidad de su contenido; incluso se extiende al análisis y verificación de las observaciones realizadas por el servidor público entrante, de ser el caso, para dejar constancia de sus resultados en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.

---

**Artículo 20.** *En el acta de entrega se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren en el levantamiento de la misma, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar en resguardo de la delimitación de responsabilidades de quien entrega y de quien recibe.*"(Subrayado nuestro)

<sup>4</sup> En efecto, el artículo 22 de las Normas establece lo siguiente:

**“Observaciones al acta por el servidor público que recibe**

**Artículo 22.** *El servidor público que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, **que con posterioridad a la suscripción del acta de entrega, tenga observaciones sobre el contenido de la misma, que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, las INFORMARÁ POR ESCRITO al órgano de control fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción** (...).*"(Mayúsculas, destacado y subrayado nuestro)

En ese sentido, el artículo 23 de la Normas en comentario establece lo siguiente:

***“Verificación del acta***

**Artículo 23.** *Corresponderá a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad, exactitud y observaciones que se formulen al acta de entrega, sin perjuicio del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades investigativas y sancionatorias que puede ejercer, así como de las competencias de los órganos de control fiscal externo.*

*Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.”*

Como puede apreciarse, el artículo transcrito de la reforma de la Normas efectuada en el año 2009, a diferencia del artículo 18 de las Normas aprobadas en el año 2005, eliminó el lapso de noventa días allí previsto para que la unidad de auditoría interna emitiera el informe contentivo de los resultados de la verificación, y aclaró el alcance de la labor de dicho órgano precisando, que la verificación de la sinceridad, exactitud y observaciones se hará sin perjuicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades de investigación y sancionatorias que puede ejercer. De manera que, el resultado de la verificación no libera al funcionario que entrega el órgano o entidad de las eventuales responsabilidades que pudieran derivar de hechos actos u omisiones vinculadas con el manejo, custodia o administración del patrimonio público, durante el ejercicio de sus funciones, y que pudiera detectar la unidad de auditoría interna en ejercicio de sus competencias.

Ciertamente, la actividad del órgano de control fiscal interno no se limita a la verificación de las actas de entrega, ya que, además de eso, conforme con lo dispuesto en 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 y las Normas Generales sobre Control Interno, la actividad de la unidad de auditoría interna, comprende competencias que puede ejercer en cualquier momento, respetando siempre los principios de celeridad, eficacia

y eficiencia antes indicados, y evitando la extinción por el transcurso del tiempo (prescripción) de las acciones ante la comisión de un ilícito administrativo en resguardo del patrimonio público.<sup>5</sup>

En tal medida, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la citadas Normas<sup>6</sup>, si de la verificación del acta de entrega y sus anexos se determinan actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo el patrimonio de los órganos, entidades, oficinas o dependencias, el órgano de control fiscal informará de tales circunstancias a las autoridades administrativas correspondientes, a fin de que se ejerzan las acciones correctivas a que hubiere lugar y en todo caso, de existir méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, ejercerá la potestad de investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, e iniciará el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades previsto en el Capítulo IV del Título III de la citada Ley, de ser procedente, todo ello sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo.

Señalado lo anterior, se observa que el consultante manifiesta en su comunicación, que a los fines de programar las actividades de control, debe preservar su relación costo-beneficio en virtud de que la mayoría de las actas de entrega de ese Ministerio, provienen de las

5 En efecto, de acuerdo con 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 y las Normas Generales sobre Control Interno, la actividad de la unidad de auditoría interna, comprende, entre otras cosas, 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 investigación y de determinación de responsabilidades en cuanto a su existencia y efectiva realización.

6 **“Pérdida, deterioro o menoscabo del patrimonio público**

**Artículo 24.** Si de la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega se determinaren actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo el patrimonio de los órganos, entidades, oficinas o dependencias, según sea el caso, el titular del órgano de control fiscal competente informará de estas circunstancias a las autoridades administrativas correspondientes, a fin de que se ejerzan las acciones correctivas a que haya lugar.

En caso de existir méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, se ejercerá la potestad de investigación, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, de ser el caso, se dará inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el Capítulo IV del Título III de la citada Ley.

unidades administrativas desconcentradas en el exterior, conformadas por Embajadas, Consulados, Institutos Venezolanos para la Cultura y Cooperación y Misiones de Representación Permanente, y solicita se aclare si la unidad de auditoría interna debe elaborar un informe para todas y cada una de las actas de entrega que recibe, o solamente debe verificar y elaborar el informe cuando el servidor público entrante haya efectuado observaciones al acta respectiva.

Al respecto, es preciso indicar que efectivamente, en su carácter de Auditor Interno, debe ejecutar las competencias que la Ley le atribuye, sobre la base de un plan operativo anual y atendiendo a los principios que rigen el ejercicio de las funciones de control; para ello, le corresponde determinar, ponderar y jerarquizar la importancia relativa de los riesgos que pretende minimizar, de manera que a través de sus actuaciones satisfaga los criterios de celeridad, eficiencia, eficacia, economía y materialidad, utilizando criterios técnicos para la planificación, organización, dirección, información y control de los recursos que maneja, y contribuir así para que los responsables, con vista al resultado de sus actuaciones, establezcan medidas y procedimientos correctivos a fin de no poner en riesgo el patrimonio público.

Esta labor debe realizarla, independientemente del elevado número de dependencias desconcentradas que posea y de sus operaciones; 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 se dejen de ejercer acciones en aras de salvaguardar los recursos del patrimonio público, toda vez que las acciones de control deben llevarse a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, para lo cual deben atenderse los principios que rigen el ejercicio del control a que se hizo referencia.

En ese sentido, es preciso reiterar que el artículo 23 de las Normas en comentario es claro cuando establece, que corresponde a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad, exactitud y observaciones que se formulen al acta de entrega, cuyos resultados se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente. Como puede apreciarse, la norma en cuestión no restringe el análisis y elaboración del informe, sino sólo a aquellas actas de entrega que hayan sido objeto de observaciones por parte del servidor público

que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual era responsable, de donde resulta aplicable al presente caso, la regla auxiliar de interpretación que nos permite utilizar el conocido aforismo jurídico, “donde la Ley no distingue, al intérprete le está vedado distinguir”, en consecuencia se colige que en todos los casos procede la verificación y la elaboración del informe respectivo, por ello su actividad está sujeta a la planificación que debe realizar utilizando criterios de selectividad, economía, objetividad, oportunidad y de relevancia material para definir el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior se corrobora aún más, por tratarse de una norma atributiva de competencia, particularidad del órgano público cuya característica es que su ejercicio es obligatorio, para que los órganos la ejerzan activamente en los casos en que corresponda. En ese orden de ideas la Ley Orgánica de la Administración Pública, en el artículo 26 precisa:

***“Artículo 26. Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos (...)”*** (Subrayado nuestro)

Conforme a lo dispuesto, no cabe sino concluir que **verificar la sinceridad y exactitud** del acta de entrega, constituye una responsabilidad ineludible que corresponde a la Unidad de Auditoría Interna, y no puede estar supeditada a las eventuales observaciones que sobre su contenido, errores, deficiencias, u omisiones advertidos en su levantamiento, formule el servidor público entrante, o de las que puedan realizarse dentro de los 120 días siguientes a tal momento; pues en el ejercicio de sus competencias como órgano de control fiscal interno, la unidad de auditoría interna  puede verificar hechos no informados por el servidor público entrante, que deriven de su revisión o de la gestión misma del servidor público saliente, en torno al manejo adecuado y transparente del patrimonio público, y en el supuesto de existir méritos suficientes para ello, dará inicio al ejercicio de la potestad en torno al manejo adecuado y transparente del patrimonio público.

Memorando N° 04-00-369 del 16 de agosto de 2010.

*CONTROL FISCAL: Competencias del Auditor Interno interino o encargado.*

**Independientemente de que carezca de la estabilidad en el ejercicio del cargo o función, el interino es la persona que representa y exterioriza la voluntad del órgano, por ende, tendrá las mismas atribuciones y deberes que el titular, a los efectos de garantizar la continuidad del servicio público.**

Memorando N° 04-00-422 del 24 de septiembre de 2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, acerca de la naturaleza jurídica de los Auditores Internos encargados, en cuanto a su competencia para practicar auditorías, adelantar investigaciones, llevar a cabo procedimientos de determinación de responsabilidades, así como manejar y disponer de su personal, entre otros, si el hecho de permanecer más de dos años como encargado, en virtud de que las máximas autoridades jerárquicas del Instituto para la fecha no llamaron a concurso, pudiera considerarse como un hecho irregular.

Analizada como ha sido la solicitud de opinión, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos emite su parecer en los términos siguientes:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, asigna a las Unidades de Auditoría Interna, en su condición de órganos de control fiscal interno, funciones específicas y principales de control posterior en el ámbito interno del organismo, específicamente los artículos 40, 41, 61, 64, 77, 85, 93, 94, 95 y 97; y el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>2</sup>, las cuales prevén que son las encargadas 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 una serie de funciones, tales como evaluar el sistema de control interno, el examen de los registros y estados financieros, la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía, calidad e impacto de su gestión en el marco de las operaciones realizadas, asignándoles competencias para realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el ente sujeto a su control, utilizar los métodos de control perceptivo que sean necesarios con el fin de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad

---

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.465 del 14 de julio de 2010.



y corrección de las operaciones y acciones administrativas, formular reparos, ejercer la potestad de investigación y sancionatoria a través del procedimiento para la determinación de responsabilidades<sup>3</sup>; así como su personal, funciones y actividades, que deben estar desvinculadas de las operaciones sujetas a su control, a los fines de garantizar la independencia, objetividad e imparcialidad de sus actuaciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento sobre la Organización de Control Interno de la Administración Pública Nacional.<sup>4</sup>

Ahora bien, la designación del titular del órgano de control fiscal responde a criterios objetivos, a fin de preservar la independencia de criterio, por eso el legislador, consciente de esa necesidad, previó que su nombramiento debía basarse en la idoneidad, y ésta se establece por medio de un concurso público. De manera que, conforme a lo dispuesto en los artículos 27, 28 y 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, con excepción del Contralor General de la República, todos los titulares de los órganos de control fiscal, serán designados mediante concurso público, durarán cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser removidos o destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República; y mediante Resolución serán reglamentados los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11 *eiusdem*.

El artículo 30 de la Ley *in commento* ratifica la manera de designar al Auditor Interno, cuando establece que los titulares de las unidades de auditoría interna de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, serán designados por la máxima autoridad jerárquica de la respectiva entidad, de conformidad con los resultados del concurso público al que se refiere el artículo 27 de esta Ley.

La citada Ley Orgánica, constituye el principal texto de rango legal regulatorio, como su nombre lo indica, del Sistema Nacional de Control Fiscal, por ello contiene los principios y normas fundamentales a ser aplicados en esta materia tan especial y compleja del control fiscal, tanto

3 Respecto al ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico asigna en forma genérica a los órganos de control fiscal, es criterio reiterado de esta Institución que pueden ser ejercidas por las distintas dependencias que lo conforman, de acuerdo con la distribución de funciones prevista en los instrumentos normativos que regulan la organización y reparto de competencias y atribuciones de los órganos de control fiscal, tales como reglamentos internos, resoluciones organizativas, etc.

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

externo como interno, llegando incluso a establecer el modo particular de hacer la designación de los titulares de los órganos encargados en ejercicio y el lapso de permanencia en los mismos.

De lo expuesto, hasta ahora se deduce, en principio, que las personas que ejercen el cargo de auditor interno, lo ocupan en calidad de titular cuando acceden a éste por el procedimiento normal, es decir aquél designado de conformidad con los resultados del concurso celebrado de acuerdo con 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<sup>5</sup>, dictado por el Contralor General de la República, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En igual sentido que las normas anteriores, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y 25 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno de la Administración Pública Nacional establecen:

***Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público***

***“Artículo 136.*** Los titulares de los órganos de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.

*Una vez concluido el período para el cual fueron seleccionados, los titulares podrán participar en la selección para un nuevo período.”*

***Reglamento sobre la Organización del Control Interno de la Administración Pública Nacional***

***“Artículo 25.*** Los titulares de los órganos de auditoría interna serán designados mediante concurso organizado y celebrado de conformidad con las bases dictadas al efecto por el Contralor General de la República, con participación

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero de 2010.

*de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el Jurado Calificador.*

*El período a que se refiere el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de ejercicio del cargo de titular del órgano de Auditoría Interna, es de cinco años. Concluido este período, conforme a lo establecido en esa disposición, los titulares podrán participar, por una sola vez, en un nuevo concurso, el nombramiento o designación corresponde a la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente.*

*Los titulares así designados no podrán ser destituidos o despedidos sin la autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto la máxima autoridad le remitirá el expediente respectivo.”*

El primer aparte del artículo 6 del mencionado Reglamento Sobre los Concursos Públicos, precisa:

*“(…)*

*El concurso público para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Estatal, Distrital o Municipal y sus entes descentralizados, será convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo mediante acto motivado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el auditor interno saliente; de producirse la vacante absoluta del cargo después de transcurridos seis (6) meses, contados a partir de su designación; o del inicio de las actividades, en caso de constitución de Unidades de Auditoría Interna.”*

De la normativa transcrita, se desprende clara e inequívocamente, la voluntad del legislador de regular expresamente que las personas que vayan a desempeñarse como titulares de un órgano de control fiscal, sean designadas mediante concurso regulado por la normativa que al efecto dicte el Contralor General de la República, de modo que se puede afirmar que el régimen jurídico de los Auditores Internos se caracteriza porque:

- a) su nombramiento es por concurso público,
- b) son designados para un lapso determinado de 5 años y,
- c) gozan de estabilidad relativa durante el lapso y se requiere la autorización del Contralor General de la República para ser removidos o destituidos.

Al respecto, el cargo de Auditor Interno encargado puede ser ocupado por un funcionario en condición de interino, ante la falta o ausencia del titular. Este interinazgo se refiere a relaciones de empleo de carácter temporal, y está previsto para la sustitución del titular o para ocupar temporalmente algún cargo vacante, por lo que *a priori* queda excluido el derecho a la estabilidad.

Por otra parte, la transitoriedad es una característica inherente a tales nombramientos, en consecuencia, la condición de interino o encargado no confiere a ese funcionario el derecho a la estabilidad que corresponde al titular designado mediante concurso<sup>6</sup>. Sin embargo, independientemente de que carezca de la estabilidad en el ejercicio del cargo o función, el interino es la persona que representa y exterioriza la voluntad del órgano, por ende tendrá las mismas atribuciones y deberes que el titular, a los efectos de garantizar la continuidad del servicio público. Ello es así pues la sustitución de la persona que ocupa el cargo no puede afectar al órgano como tal, ni menoscabar el ejercicio de las atribuciones asignadas por la Ley, dirigidas a la satisfacción de los intereses del Estado.

Esta Dirección General es del criterio de que la provisionalidad en el cargo no implica de pleno derecho la pérdida de competencia para el ejercicio de las atribuciones inherentes al cargo, porque no puede paralizarse el ejercicio de control fiscal interno por la ausencia del titular del cargo, tomando en cuenta que el Auditor Interno ejerce una función especial y principal en el ámbito del referido ente u organismo; se trata de un funcionario que ejerce funciones de interés público

---

<sup>6</sup> La designación de un funcionario como Auditor Interno con carácter de encargado o interino, no confiere al designado la estabilidad señalada en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda vez que la condición de interino es, por definición, transitoria, y la garantía en comento fue prevista para proteger el ejercicio de las funciones de los titulares de los órganos de control fiscal designados mediante el concurso público, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 27, en concordancia con los artículos 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, 25 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, quienes son designados por cinco años y no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República.

general, dentro de un marco regulatorio específico de control fiscal, que incluye la evaluación del sistema de control interno y que le otorga una connotación especial, pues las actividades de control fiscal deben prevalecer sin interrupción alguna.

En ese sentido, es criterio Institucional<sup>7</sup> que el funcionario que ostente el cargo de auditor interno en los organismos y entidades mencionados 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, o de Contralor Estatal, Distrital o Municipal, está facultado para ejercer todas las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye al respectivo órgano de control fiscal, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes; aun cuando no haya sido designado en el cargo mediante concurso público.

En apoyo a lo expuesto, es oportuno citar el criterio emanado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 27 de marzo de 1985, oportunidad en la que expresó lo siguiente:

*“...en efecto, de acuerdo a su duración, los cargos se clasifican en permanentes y temporales. Los permanentes confieren su titularidad a quien ha sido designado para ello por un lapso indeterminado de tiempo; en cuanto que los temporales solo acuerdan tal titularidad durante el período de tiempo para el cual han sido previstos. Generalmente, en el sistema venezolano, los cargos por elección son temporales por cuanto duran el período constitucional de los cinco años o por un lapso más breve cuando la ley así lo indica.*

*Ahora bien, respecto al ejercicio de los cargos temporales se aprecia que al vencimiento del término, quien lo ejerce no pierde por ello ‘ipso iure’ su investidura; pero si pierde la estabilidad para seguirlo desempeñando, por lo cual permanecerá en su ejercicio en un régimen interinario hasta tanto no sea sustituido legítimamente, esto es, por quien haya sido designado de conformidad con las normas que rigen la materia, para suplirlo...”*

---

7 Ver Memorando N° 01-00-008 de fecha 24 de octubre de 2006. OJO DE QUIÉN

Asimismo, es necesario recordar que las Unidades de Auditoría Interna forman parte de la estructura organizativa del organismo o entidad, y su organización y niveles de autoridad son definidas por la máxima autoridad jerárquica, mediante instrumentos normativos que deben atender lo previsto en la Ley y su Reglamento y en las políticas, normas, manuales e instrucciones dictadas por la Contraloría General de la República, a cuyos fines el Contralor General de la República dictó los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna<sup>8</sup>, con la finalidad de colaborar con los órganos y entes del sector público en la elaboración de los instrumentos normativos que las rigen.

En otro orden de ideas, respecto al planteamiento de si el hecho de permanecer dos años como encargado por no convocar las máximas autoridades el concurso pudiera considerarse como un hecho irregular, es preciso indicar que la comisión de servicios se configura como la situación administrativa en que se encuentra el funcionario a quien se ordena una misión en otra dependencia del mismo organismo, o en cualquier otra de la Administración Pública, por un tiempo determinado. De esta manera está previsto en los artículos 71 y 72 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>9</sup> cuando establecen:

**“Artículo 71.** *La comisión de servicio será la 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. Para ejercer dicha comisión de servicio, el funcionario o funcionaria público deberá reunir los requisitos exigidos para el cargo.*

*La comisión de servicio podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde presta servicio o en otro de la Administración Pública dentro de la misma localidad. Si el cargo que se ejerce en comisión de servicio tuviere mayor remuneración, el funcionario o funcionaria público tendrá derecho al cobro de la diferencia, así como a los viáticos y remuneraciones que fueren procedentes.*

---

8 Resolución N° 01-00-000068 del 15 de abril de 2010, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril de 2010.

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

**Artículo 72.** *Las comisiones de servicio serán de obligatoria aceptación y deberán ser ordenadas por el lapso estrictamente necesario, el cual no podrá exceder de un año a partir del acto de notificación de la misma.”*

En iguales términos, los artículos 73 y 74 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa<sup>10</sup> aún vigente, en tanto sus disposiciones no contradigan lo dispuesto en la citada Ley, establecen que las comisiones de servicio son ordenadas por la máxima autoridad del organismo donde presta servicio el funcionario y su duración no podrá exceder de doce meses, precisando que en caso de ausencia temporal, la comisión podrá ordenarse por el término de aquella y al comisionado se le pagará la diferencia entre la remuneración de su cargo y la del cargo que va a suplir, si la hubiere; además, cuando se trate de la vacancia definitiva la comisión no podrá exceder de tres meses.

En ese sentido, se debe precisar que, en el caso planteado, la comisión de servicio presuntamente habría excedido el límite de tiempo previsto en la normativa señalada, sin embargo, esta Dirección General considera que la Auditora Interna debe permanecer en el ejercicio de sus funciones con carácter provisional o interino hasta la provisión definitiva del cargo, de conformidad con 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, por quien resulte ganador en el concurso público que deberá ser convocado por la máxima autoridad del ente u organismo, por lo tanto, la Auditora Interna encargada por designación de la Máxima Autoridad y dada su condición, tiene atribuidas las competencias establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento, hasta la selección y designación del Auditor Interno por concurso público, de acuerdo con las disposiciones legales que rigen la materia.

Memorando N° 04-00-422 del 24 de septiembre de 2010.

---

10 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.630 del 27 de enero de 1999.

*CONTROL FISCAL: Interpretación del numeral 3 del artículo 17 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 Descentralizados.*

**Si las funciones y actividades del órgano de control fiscal están 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, no hay duda de que los encargados de ejercer dicha función, designados por las máximas autoridades como interinos, hasta tanto se realice el concurso para la designación del titular, no califican como funcionarios en ejercicio de cargos directivos o gerenciales a los fines de su inhabilitación para participar en los concursos públicos.**

Memorando 04-00-490 del 21 de octubre de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, respecto a si los auditores internos designados en calidad de interinos se encuentran inhabilitados para participar en los concursos públicos convocados para la designación de los titulares de las unidades de auditoría interna, a tenor de lo previsto en el numeral 3 del artículo 17 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 Descentralizados.<sup>1</sup>

Una vez examinado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General emite opinión en los términos siguientes:

El numeral 3 del artículo 17 del –en lo sucesivo el Reglamento sobre los concursos- establece lo siguiente:

***“Inhabilidades para participar en los concursos.***

***Artículo 17. No podrán participar como aspirantes en los concursos a que se refiere el presente Reglamento, quienes:***

*(...)*

***3) Hayan desempeñado en los últimos cinco (05) años, cargos directivos o gerenciales en el ente u organismo convocante; o en la Alcaldía o Consejo Metropolitano o Distrital***

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero de 2010.



*o Concejo Municipal, cuando se trate de los concursos para la designación de Contralores Distritales o Municipales.”*  
(Subrayado nuestro)

La prohibición prevista en la norma transcrita, está dirigida a preservar la vigencia de los principios de objetividad e imparcialidad en el ejercicio del control fiscal consagrados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que suponen que la función contralora debe cumplirse dejando de lado cualquier consideración que no sea el análisis técnico y objetivo de las operaciones que se están controlando, utilizando como parámetro de comparación el cumplimiento o no de las normas jurídicas y de los procedimientos establecidos.

En ese sentido, como es lógico suponer, difícilmente aquellas personas que hayan ejercido cargos directivos o gerenciales dentro del órgano que eventualmente estaría sujeto a su control, si resultaren designados como titulares del órgano de control fiscal, podrán examinar de manera objetiva e imparcial sus propias actuaciones u operaciones y hasta su gestión, pues sin lugar a dudas que el desempeño de dichos cargos durante los cinco años previos al concurso para la selección del Titular del órgano de control fiscal, compromete y afecta gravemente esa objetividad que debe privar en el ejercicio del control fiscal; de allí que esté vedado a las personas que hayan ejercido tales cargos en el ente u organismo convocante, participar en el concurso público para la designación del titular de su órgano de control fiscal interno; prohibición que se extiende a quienes hubieren ejercido cargos directivos o gerenciales en la Alcaldía o Consejo Metropolitano o Distrital o Concejo Municipal, cuando pretendan participar en los concursos para la designación de Contralores Distritales o Municipales.

Como puede apreciarse, el propósito de la norma es impedir que quienes hayan ejecutado las distintas operaciones, actividades y procesos, sean las mismas personas que los examinen, verifiquen o evalúen desde la perspectiva del control fiscal, pues indiscutiblemente el ejercicio de esas funciones podría ocasionar conflictos de intereses, que restarían la objetividad e imparcialidad de criterio del auditor o contralor.

Ahora bien, a juicio de esta Dirección General, no están comprendidos dentro de esta prohibición quienes se hayan desempeñado

como auditores internos interinos, hasta tanto se realice el concurso para la designación del titular en el órgano de control fiscal interno del organismo convocante o en la Alcaldía o Consejo Metropolitano o Distrital o Concejo Municipal, cuando se trate de los concursos para la designación de Contralores Distritales o Municipales. Esta afirmación tiene su fundamento en la naturaleza de las funciones que estos ejercen, pues independientemente del nombre asignado al cargo dentro de la organización -Gerente, Director-, etc., estos funcionarios no ejercen en propiedad actividades y funciones de administración o gestión, vale decir, de dirección y conducción, ni realizan actos de administración de bienes o recursos públicos en los organismos y entidades indicados 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.

Ciertamente, los cargos directivos o gerenciales se vinculan con aquellos que suponen la dirección o gestión de la institución, con el poder de resolver o de decidir respecto a la administración y gestión del organismo o entidad. En efecto, a la administración activa le corresponde la dinámica administrativa, es decir, realizar las actuaciones necesarias para la administración, custodia y manejo de los recursos públicos que le han sido confiados y, evidentemente, el control fiscal no es en sí mismo considerado una función propia de la administración activa, pues dichos órganos carecen del poder de resolver o de decidir respecto a la administración y gestión del organismo o entidad sujeto a control; por el contrario, al órgano contralor en el ámbito de sus competencias le corresponde fiscalizar, controlar las actuaciones que tengan que ver con el manejo del patrimonio público; en fin, el control posterior de tales actividades: verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones del órgano o ente sujeto a su control, así como evaluar el cumplimiento y los resultados de los planes y las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión.

En ese orden de ideas, si bien debe existir colaboración entre la administración activa y la contralora, es preciso indicar que la actuación del órgano de control fiscal no debe invadir el campo de acción de la actividad administrativa, más aún, le resulta prohibido participar en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar, tal y como lo indica el artículo 11 de la Normas Generales de Control Interno y el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General

de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues su función es precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, por ello no participan en las labores que estos cumplen para conducir los procesos que con posterioridad serán examinados desde la perspectiva del control. Ello es así, debido a que su función empieza, justamente, cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha tomado sus decisiones, pues de lo contrario, implicaría interferir e invadir la órbita de competencias propiamente administrativas, asumiendo una responsabilidad coadministradora.

De manera que, si las funciones y actividades del órgano de control fiscal están 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, no hay duda de que los encargados de ejercer dicha función, designados por las máximas autoridades, hasta tanto se realice el concurso para la designación del titular, no califican como funcionarios en ejercicio de cargos directivos o gerenciales a los fines de su inhabilitación para participar en los concursos públicos *ut supra* indicados.

Memorando 04-00-490 del 21 de octubre de 2010.

*CONTROL FISCAL: Verificación del acta de entrega y la elaboración del informe a que se refieren las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias.*

**Verificar la sinceridad y exactitud del acta de entrega, constituye una responsabilidad ineludible que corresponde a la Unidad de Auditoría Interna, por ende no puede estar supeditada a las eventuales observaciones que sobre su contenido o sobre los errores, deficiencias u omisiones advertidos en el levantamiento de la misma formule el servidor público entrante, o de las observaciones que eventualmente realizare dentro de los 120 días siguientes a aquel momento.**

Oficio N° 01-00-000871 del 27 de octubre de 2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en torno a si la verificación del acta de entrega y la elaboración del informe a que se refieren las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias<sup>1</sup>, está supeditada a que el servidor público entrante haya formulado observaciones al acta.

Al respecto, interesa destacar que las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias, -en lo sucesivo las Normas- ponen a cargo de todo servidor público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos la obligación de entregar formalmente el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual sea responsable, al cesar en su empleo, cargo o función, mediante un acta en la cual se dejará constancia del estado en que se encuentren los asuntos, bienes y los recursos asignados; y en resguardo de la delimitación de responsabilidades del servidor público que recibe, como del que hace la entrega, se especificarán los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren, así como cualquier otra situación que sea necesario señalar.

El acta en comentario, refleja la materialización efectiva de la entrega de la oficina o dependencia que estaba bajo la responsabilidad de un servidor público determinado, quien en definitiva debe responder de la exactitud del acta tanto cualitativa como cuantitativamente, tal como lo prevé el artículo 18 de las citadas normas, a otro que lo sustituye

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.229 del 28 de julio de 2009.

en el cargo, quien tiene, en ese primer momento, la oportunidad para dejar constancia en el acta de los errores, deficiencias u omisiones que se advirtieren en el levantamiento de la misma (Artículo 20).

Ahora bien, la posibilidad de formular observaciones, no se agota en este primer momento, pues la actuación del servidor público que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, está dirigida a la revisión física de los diferentes aspectos señalados en el acta de entrega (y sus anexos indicados en los artículos 11 al 17, según corresponda), por eso, en resguardo de su eventual responsabilidad, si con posterioridad a la firma del acta, tiene observaciones sobre su contenido que pudieran dar lugar al ejercicio de la potestad de investigación y, de ser el caso, al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, tiene la obligación de **informar por escrito** dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la referida suscripción, al órgano de control fiscal competente, las observaciones que tuviere respecto a su contenido, que a su juicio ameritan el ejercicio de una investigación, tal como lo dispone el artículo 22 de las citadas Normas.

No obstante, la tarea del servidor público que recibe difiere de la función de control que ejecuta la unidad de auditoría interna, pues como órgano fiscalizador, a ésta le corresponde **verificar la sinceridad y exactitud del acta de entrega, así como de las observaciones que se formulen a la misma, si las hubiere**; dicha labor va más allá de la revisión de los elementos e informaciones contenidos en el acta, ya que se extiende a la comprobación de los contenidos recogidos en ésta sobre la base de los datos, informaciones y registros aportados, con el objeto de comprobar la veracidad de la información presentada, así como la fiabilidad de su contenido, incluso se extiende al análisis y verificación de las observaciones realizadas por el servidor público entrante, de ser el caso, para dejar constancia de sus resultados en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.

En ese sentido, el artículo 23 de la Normas en comentario establece lo siguiente:

**“Verificación del acta.**

**Artículo 23.** *Corresponderá a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad, exactitud y obser-*

*vaciones que se formulen al acta de entrega, sin perjuicio del ejercicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades investigativas y sancionatorias que puede ejercer, así como de las competencias de los órganos de control fiscal externo.*

*Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control fiscal competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió.”*

Como puede apreciarse, el artículo transcrito determina el alcance de la labor de la unidad de auditoría interna, precisando que la verificación de la sinceridad, exactitud y observaciones se hará sin perjuicio de las demás funciones de control, vigilancia y fiscalización y de las potestades de investigación y sancionatorias que puede ejercer. De modo que, el resultado de la verificación del acta de entrega, no libera al funcionario saliente de las eventuales responsabilidades que pudieran derivar de los hechos, actos u omisiones vinculadas con el manejo, custodia o administración del patrimonio público, durante el ejercicio de sus funciones, que pudiera detectar la unidad de auditoría interna en ejercicio de sus competencias.

La norma en cuestión no restringe el análisis y elaboración del informe, sólo a aquellas actas de entrega que hayan sido objeto de observaciones por parte del servidor público que recibe el órgano, entidad, oficina o dependencia, por el contrario, la verificación y la elaboración del informe respectivo se extiende a todos los casos en que se produzca el supuesto previsto en la norma, a saber, la entrega de alguna de las dependencias que conforman la estructura del órgano o ente público; por ello, la actividad del órgano de control fiscal estará sujeta a una planificación que debe realizar utilizando los criterios de selectividad, economía, objetividad, oportunidad y de relevancia material, en la cual deberá incorporar dentro del ejercicio de sus funciones, la revisión de las actas que se puedan generar.

De manera que, **verificar la sinceridad y exactitud** del acta de entrega, constituye una responsabilidad ineludible que corresponde a la unidad de auditoría interna, por ende, no puede estar supeditada a las eventuales observaciones que sobre su contenido o sobre los errores,

deficiencias u omisiones advertidos en el levantamiento de la misma, formule el servidor público entrante, o de las observaciones que eventualmente realizare dentro de los 120 días siguientes a aquel momento; pues en el ejercicio de sus competencias como órgano de control fiscal interno, la unidad de auditoría interna puede verificar hechos no informados por el servidor público entrante, que deriven de la revisión de la mencionada acta o de la gestión misma del servidor público saliente, en torno al manejo adecuado y transparente del patrimonio público, y en el supuesto de existir méritos suficientes para ello, dará inicio al ejercicio de la potestad de investigación, y de ser el caso, al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo.

De tal manera, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la citadas Normas, si de la verificación del acta de entrega y sus anexos se determinan actos, hechos o situaciones que pongan en peligro de pérdida, deterioro o menoscabo el patrimonio de los órganos, entidades, oficinas o dependencias, el órgano de control fiscal informará de tales circunstancias a las autoridades administrativas correspondientes, a fin de que se ejerzan las acciones correctivas a que hubiere lugar y en todo caso, de existir méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, ejercerá la potestad de investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, e iniciará el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el Capítulo IV del Título III de la citada Ley, de ser procedente, todo ello sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo.

Oficio N° 01-00-000871 del 27 de octubre de 2010.

---

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

*CONTROL FISCAL: Interpretación y aplicación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna.*

**La dependencia administrativa que realiza la auditoría o investigación, formaliza el ejercicio de la potestad de investigación mediante el “auto de proceder”; elabora el informe de resultados que será incorporado al expediente y remitido para su análisis, a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, quien valorará los hallazgos de la actuación fiscal, las pruebas recabadas, alegatos y pruebas aportadas por los interesados, para determinar si da inicio al procedimiento para la determinación de responsabilidades o procede el archivo de las actuaciones, dictando el auto motivado a que hubiere lugar.**

Oficio N° 01-00-000872 del 27 de octubre de 2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la interpretación y aplicación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna -Resolución N° 01-00-000068 del 15 de abril de 2010-<sup>1</sup> específicamente, sobre cuál es el funcionario responsable o competente para suscribir los actos motivados y el informe a que aluden los artículos 81 y 96 de la Ley Orgánica<sup>2</sup> de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y los artículos 85 y 88 de su Reglamento<sup>3</sup>, así como para informar a las autoridades competentes los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones que realicen.

Sobre el particular se debe indicar, que la distribución de competencias que el ordenamiento jurídico asigna a un órgano, corresponde en principio a la máxima autoridad, quien en ejercicio de la potestad organizativa podrá distribuirlas entre los diferentes elementos que lo integran, con apego, desde luego, a lo que las leyes dispongan, a cuyos fines tales autoridades deben dictar las normas internas de funcionamiento, donde se definirá la estructura y repartición de tareas entre sus componentes, para lograr así una mayor eficiencia en la consecución de sus fines.

En el caso específico de las Unidades de Auditoría Interna, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal les asigna, en su condición de órganos de control fiscal interno, funciones específicas y principales de control posterior en el

---

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril de 2010.

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° 39.240 del 12 de agosto de 2009.



ámbito interno del organismo, específicamente los artículos 40, 41, 61, 64, 77, 85, 93, 94, 95 y 97 de la citada Ley, prevén una serie de funciones, tales como evaluar el sistema de control interno, el examen de los registros y estados financieros, la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas, asignándoles competencias para realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el ente sujeto a su control, utilizar los métodos de control perceptivo que sean necesarios con el fin de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones y acciones administrativas, formular reparos, ejercer la potestad de investigación y sancionatoria a través del procedimiento para la determinación de responsabilidades.

En ese sentido, dada la importancia que revisten dentro de la estructura organizativa, así como al 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, ha sido criterio reiterado de esta Institución Contralora, que corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente, en el marco de la implantación y establecimiento del Sistema de Control Interno, organizar el referido órgano de control fiscal, distribuir sus competencias entre las distintas dependencias que lo conforman, así como establecer las funciones, responsabilidades y niveles de autoridad en el mismo.

En ese sentido, 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.

En ese mismo orden, el artículo 21 del Reglamento de la citada Ley, dispuso lo siguiente:

**“Artículo 21. La organización y niveles de autoridad dentro de las unidades de auditoría interna, serán definidas por la máxima autoridad jerárquica del órgano o entidad, mediante instrumentos normativos que deberán atender lo previsto en el presente Reglamento y en las políticas, normas, manuales e**

**instrucciones dictadas por la Contraloría General de la República.**

*Dichos instrumentos deben propender a la coherencia y racionalidad en la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna, tomando en cuenta las particularidades del respectivo órgano o entidad.”*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 12 de las Normas Generales de Control Interno<sup>4</sup>, textualmente prescriben:

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

Dentro del contexto normativo *ut supra* citado, resulta claro que la organización, niveles de autoridad, funciones y responsabilidades dentro de las Unidades de Auditoría Interna, deben ser definidas por la máxima autoridad del órgano o ente respectivo, quien distribuirá las funciones que genéricamente la Ley asigna a las Unidades de Auditoría Interna, en las distintas dependencias o unidades que la conforman, a través de instrumentos internos elaborados con sujeción a lo dispuesto en la Ley y en la normativa dictada por este Organismo, como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Con ese propósito orientador, esta Institución Contralora dictó los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna<sup>5</sup>, instrumento elaborado sobre la base de criterios técnicos y en atención a las experiencias y conocimientos en el ámbito del control fiscal de la Contraloría General de la República como Órgano Rector del Sistema, cuyo objeto, tal y como lo expresa el artículo 1 de la citada Resolución, es servir de guía para definir los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna, en lo que respecta al establecimiento de su estructura organizativa y la

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril de 2010.

distribución de las competencias entre las dependencias que las conforman, así como servir de insumo para la elaboración de la instrumentación normativa que las regulen, tales como los reglamentos internos, resoluciones organizativas, manuales de normas y procedimientos, entre otros.

Estas directrices armonizan o se acoplan a las previsiones legales que definen las competencias que de manera obligatoria deben ejercer los órganos de control fiscal interno, conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento, así como en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>6</sup>, las Normas Generales de Control Interno<sup>7</sup>, y las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional<sup>8</sup>, entre otras.

Ahora bien, con un manifiesto interés orientador, los Lineamientos en comentario disponen que la Unidad de Auditoría Interna, debe estar adscrita al máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa del órgano o ente del cual forma parte, y su organización y funcionamiento debe ser acorde con la naturaleza, estructura y funciones del mismo, con la debida correspondencia entre los niveles jerárquicos allí establecidos, asignándosele un rango mayor o igual al de las dependencias bajo su control.

Igualmente, precisan que para realizar sus funciones y cumplir con los deberes y responsabilidades otorgadas, es necesario que divida el trabajo en áreas especializadas y niveles jerárquicos, indicando que dicha Unidad debe estar conformada, en principio, por una estructura básica, integrada como mínimo por el Despacho del titular de la Unidad de Auditoría Interna, una dependencia encargada de las actividades de control posterior, de acuerdo con su ámbito de control y una dependencia encargada de la determinación de responsabilidades.

Bajo esta perspectiva, los Lineamientos en comentario, delimitan las funciones inherentes a cada una de estas dependencias, y ubican el ejercicio de la potestad de investigación, como una actividad inmanente de control posterior, en la cual se desarrollan los elementos de hallazgo de auditoría con sus respectivas pruebas, las cuales constituyen los insumos o elementos fundamentales en el ejercicio de la potestad de investigación, y permiten a las unidades de auditoría interna realizar las actuaciones necesarias a fin de verificar la ocurrencia de actos hechos y

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.496 del 09 de agosto de 2006.

omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales, por ello los Lineamientos precisan que al responsable de la dependencia de control posterior le corresponde **dictar el auto de proceder de la potestad de investigación, así como suscribir el informe de resultados de la misma.**

La asignación de estas competencias a la dependencia encargada del control posterior, tiene su fundamento en lo dispuesto en los artículos 77 y 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, los cuales disponen lo siguiente:

*“**Artículo 77.** La potestad de investigación de los órganos de control fiscal será ejercida en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, y comprende las facultades para:*

*1. Realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales.*

*(...)*

***Artículo 81.** De las actuaciones realizadas de conformidad con el artículo 77 de esta Ley, se formará expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe, con base en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, ordenará el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto en el Capítulo IV de este Título, para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda.* (Subrayado nuestro)

En desarrollo de estas disposiciones, el Reglamento de la citada Ley en el artículo 73, indica lo siguiente:

**“Contenido del auto de proceder**

**Artículo 73.** *Cuando un órgano de control fiscal considere que existen méritos suficientes que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una*

*disposición legal o sublegal, que se ha causado daño al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales relativas a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la formulación de reparos, dictará un auto de proceder que encabezará el expediente que formará al efecto y deberá contener, al menos, lo siguiente:*

*1) La identificación del órgano de control fiscal, así como de la dependencia del mismo que efectuó o se encuentra efectuando la respectiva actuación de control, con indicación expresa del alcance de la misma y de las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten su competencia.*

*(...)*

*4) La indicación de todos los elementos probatorios recabados durante la respectiva actuación de control fiscal.*

*5) La orden de que se practiquen todas las diligencias necesarias a fin de verificar la ocurrencia de los actos, hechos u omisiones presumiblemente irregulares y se forme el correspondiente expediente, en el cual se insertarán en original o copia debidamente certificada, todos los documentos que se recaben con ocasión de la investigación.*

*(...)*

*El auto de proceder será emitido y suscrito por el funcionario competente del respectivo órgano de control fiscal.”*

*(Subrayado nuestro)*

Asimismo, en el artículo 2 del citado Reglamento se define como auto de proceder, el acto dictado por la autoridad competente a través del cual se formaliza el ejercicio de la potestad de investigación. Como puede apreciarse, la autoridad a que se refiere la norma es el encargado de la dependencia de control posterior, por ser, como se señaló anteriormente, la dependencia que dentro de la estructura organizativa de la unidad de auditoría interna ejerce la potestad de investigación.

De la misma forma, corresponde a dicha dependencia elaborar el informe en el cual se dejará constancia de los resultados de las actuaciones realizadas en ejercicio de la potestad de investigación, tal y como se infiere de lo previsto en los artículos 77 y 79 del Reglamento de la Ley, cuando establecen lo siguiente:

**“Contenido del informe de resultados**

**Artículo 77.** *El informe de resultados previsto en el artículo 81 de la Ley deberá contener:*

- 1) *Identificación del órgano de control fiscal, así como de la dependencia que realizó la investigación, con indicación expresa de su alcance.*
  - 2) *Identificación del órgano o entidad objeto de la investigación.*
  - 3) *Fecha de su elaboración y el número del expediente al que corresponde.*
  - 4) *Descripción de los actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, el daño al patrimonio público, si fuere el caso, con indicación expresa de los elementos probatorios de los mismos que consten en el expediente.*
  - 5) *Exposición de las razones de hecho y de derecho argumentadas por los interesados legítimos, con indicación expresa de los elementos probatorios aportados por ellos.*
  - 6) *Conclusiones.*
  - 7) *Firma del funcionario competente para elaborarlo.*
- (...)

**Lapso para la elaboración del informe de resultados.**

**Artículo 79.** *El informe de resultados mencionado en el artículo 81 de la Ley será elaborado por la dependencia competente del órgano de control fiscal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la conclusión del lapso probatorio previsto en el artículo 76 de este Reglamento y se enviará junto con el expediente del caso, a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades.*  
(Subrayado nuestro)

En efecto, conforme lo dispuesto en la normativa citada, el informe de resultados será elaborado por la dependencia competente del Órgano de Control Fiscal, cuyo responsable debe suscribirlo para luego remitirlo junto con el expediente del caso a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, por lo que no hay lugar a duda, que atendiendo a la estructura básica de la unidad de auditoría interna a la cual se hizo referencia anteriormente, corresponde a

la dependencia encargada del control posterior, elaborar y suscribir, tanto el auto de proceder, como el informe de resultados.

Ahora bien, una vez que la dependencia de control posterior elabora el informe de resultados y lo remite junto con el expediente a la dependencia de determinación de responsabilidades, corresponde a ésta, la responsabilidad de valorar jurídicamente el expediente formado de las actuaciones realizadas en ejercicio de la potestad de investigación, así como determinar si existen elementos de convicción y prueba que ameritan el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades; o si, por el contrario, procede el archivo de tales actuaciones, por no ser suficientes los elementos de convicción y prueba, se dictará, según dispone el artículo 81 de la Ley, el auto motivado donde se acuerde lo conducente.

El citado artículo establece que el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, ordenará el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda. Asimismo, el artículo 96, precisa que si como consecuencia del ejercicio de las funciones de control o de las potestades de investigación establecidas en la Ley, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, el órgano de control fiscal respectivo iniciará el procedimiento mediante auto motivado que se notificará a los interesados.

Por su parte, el artículo 88 del Reglamento de la citada Ley, señala expresamente:

***“Contenido del auto de inicio o apertura***

***Artículo 88. Cuando la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades ordene el inicio o apertura del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, dictará un auto motivado que deberá contener lo siguiente:***

- 1) *La identificación del órgano de control fiscal, así como de la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, con indicación expresa de las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten su competencia (...).*” (Destacado y subrayado nuestro)

De manera que, conforme a la normativa en comentario, corresponde al responsable de la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, dictar el auto motivado donde se ordena el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio o apertura del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previstos en los artículos 81 y 96 de la Ley.

En ese orden de ideas, se debe dejar claro que la dependencia administrativa que realizó la auditoría o investigación, (dependencia encargada del control posterior), formaliza el ejercicio de la potestad de investigación mediante el “auto de proceder”; elabora el informe de resultados que será incorporado al expediente y remitido para su análisis, a la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, quien valorará los hallazgos de la actuación fiscal, las pruebas recabadas, alegatos y pruebas aportadas por los interesados, para determinar si da inicio al procedimiento para la determinación de responsabilidades o procede el archivo de las actuaciones, dictando el auto motivado a que hubiere lugar.

Con esta separación de atribuciones entre ambas dependencias, se está garantizando la objetividad, imparcialidad e independencia de criterio tanto en la potestad de investigación como en el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, evitando así que quien investiga decida. Con ese propósito, los Lineamientos para la Organización y funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, disponen que corresponde al responsable de la dependencia de determinación de responsabilidades **dictar el auto motivado a que se refieren los artículos 81 y 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y los artículos 85 y 88 de su Reglamento.**

No obstante, es importante reiterar que las máximas autoridades jerárquicas de cada organismo o entidad, al momento de establecer el sistema de control interno y realizar la distribución de funciones en los instrumentos normativos que regulan la organización y reparto de competencias de los órganos de control fiscal, deben asegurarse de incorporar los controles y mecanismos necesarios, para regular el ejercicio de las aludidas competencias por parte de las dependencias de control posterior y de determinación de responsabilidades; en las cuales se incluyan normas que exhorten a poner en conocimiento del Auditor



Interno las actividades que realicen, por ser éste, como autoridad, quien dirige y manifiesta la voluntad del órgano de control fiscal.

Asimismo, debe tenerse presente que las atribuciones asignadas en forma específica a los titulares de los órganos de control fiscal por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requieren de un acto de delegación para ser ejercidas por un funcionario distinto de éstos. Como es el caso de las competencias para declarar la responsabilidad administrativa, formular el reparo, imponer la multa, absolver de dichas responsabilidades o pronunciar el sobreseimiento, y decidir el recurso de reconsideración que requieren, en virtud de la Ley, de un acto de delegación, emanado del titular del órgano de control fiscal, toda vez que las referidas competencias han sido expresamente atribuidas al citado funcionario, en los artículos 101, 103, 106 y 107 de la citada Ley o a su delegatario.

A todo evento, es oportuno añadir que aquellos órganos de control fiscal interno, que no cuenten con la normativa y la estructura básica indicada en los Lineamientos en comentario, no pueden paralizar o impedir el ejercicio del control fiscal interno, por tratarse de una función especial y principal en el ámbito del ente u organismo, que reviste interés público general. En este supuesto, las funciones previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, entre otras, asignadas genéricamente al órgano de control fiscal interno, deben ser ejercidas por el titular del órgano de control fiscal o su delegatario, de ser el caso, toda vez que con esta expresión la citada Ley alude a una entidad abstracta, a una porción técnica de la actividad del Estado, que tiene una esfera de competencias en materia de control, de modo que, independientemente de su estructura, el órgano de control fiscal es legalmente el competente para ejercer el control fiscal, así el funcionario que ostente el cargo de auditor interno en los organismos y entidades mencionados 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, estará facultado para ejercer las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye al respectivo órgano de control fiscal.

En otro orden de ideas, en cuanto al funcionario competente dentro de la unidad de auditoría interna para comunicar a la máxima autoridad del organismo o entidad, los resultados, conclusiones y recomendaciones

de las actuaciones que realicen, se tiene que los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, Capítulo VIII, señalan que corresponde al Auditor Interno, entre otras, comunicar los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones practicadas, a las dependencias evaluadas y demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar medidas correctivas; igual atribución tiene el responsable de la dependencia encargada de ejercer las funciones de control posterior según lo prevé el Capítulo X del citado instrumento.

Dentro de ese contexto, se estima que corresponde al Auditor Interno, comunicar a la máxima autoridad del órgano o ente evaluado (a la cual está adscrita la unidad de auditoría interna), los resultados de cada auditoría o actuación de control que se lleve a cabo, a efecto de que se tomen las decisiones y las acciones correctivas del caso. Ello, sin perjuicio de la información a los demás niveles gerenciales, directivos y jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, que previo conocimiento del auditor interno, pueda hacer el titular de la dependencia encargada del control posterior.

Lo anterior, obedece a que la organización administrativa se estructura de manera jerárquica, lo que implica que los responsables de las dependencias que conforman la unidad de auditoría interna, actúan con independencia de criterio pero vinculados bajo una relación de subordinación jerárquica, con el Auditor Interno, así las cosas, mediante la normativa interna debidamente aprobada por la máxima autoridad del órgano o ente, se deben implantar mecanismos de control adecuados, que permitan al Auditor Interno monitorear, supervisar y autorizar el ejercicio de las competencias de las dependencias y mantenerse informado de manera oportuna sobre las actividades que se realicen.

Oficio N° 01-00-000872 del 27 de octubre de 2010.

# DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO



*DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO: Procedencia de que el Banco del ALBA se inscriba en el “Sistema de Registro de Órganos y Entes del Sector Público.”*

**El Banco del Alba no se encuentra dentro de los Organismos obligados a realizar los trámites ante el “Sistema del Registro de Órganos y Entes del Sector Público.” Sin embargo, el personal directivo designado por la República Bolivariana de Venezuela en la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), sí está obligado a presentar declaración jurada de patrimonio en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción, y deberán ser incorporados al referido Sistema por el Ministerio para el Poder Popular de la Economía y Finanzas, quien procederá a la carga de datos de los mismos para que puedan cumplir con la presentación de la declaración jurada de patrimonio.**

Oficio N° 01-00-000473 del 08 de septiembre de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la procedencia o no de que el Banco del ALBA se inscriba en el “Sistema de Registro de Órganos y Entes del Sector Público” y en caso afirmativo, si el personal Directivo, Administrativo y Obrero de dicha entidad, debe presentar la declaración jurada de patrimonio en formato electrónico.

En ese sentido, la comunicación en referencia, indica textualmente lo siguiente:

*“El Banco del ALBA es un organismo de Derecho Internacional Público de carácter financiero, constituido por las Repúblicas de: Bolivia, Cuba, Nicaragua y la Bolivariana de Venezuela, el cual ‘tiene por objeto coadyuvar al desarrollo económico y social sostenible, reducir la pobreza y las asimetrías, fortalecer la integración, promover un intercambio económico justo, dinámico, armónico y equitativo entre los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)’, conforme a los términos establecidos en la Ley Aprobatoria del Convenio Constitutivo del Banco del ALBA (Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.073 de fecha 4 de diciembre de 2008) (...).*

*En tal sentido, es preciso tomar en cuenta que el Banco del ALBA constituye un Organismo Multinacional que tiene en*

*su nómina de personal tanto trabajadores nacionales como extranjeros.” (Subrayado nuestro)*

Sobre el particular, este Organismo Contralor, una vez analizados los planteamientos del caso, estima procedente indicar lo siguiente:

En primer lugar, se observa que en efecto al Banco del ALBA, conforme lo expresa el Convenio Constitutivo de dicho ente, se le otorgó la naturaleza de organismo de **Derecho Internacional Público de carácter financiero, regido por las disposiciones contenidas en el referido Convenio y por las demás que estos legalmente adopten.**

El Banco del ALBA tiene su sede **principal (Domicilio) en la Ciudad de Caracas, capital de la República Bolivariana de Venezuela,** y podrá establecer las subsedes, sucursales u oficinas de representación que fueren necesarias en los países miembros fundadores; este ente financiero, tiene la capacidad de celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles e iniciar procedimientos judiciales.

Al respecto, se detalla que el Banco del ALBA, es un órgano de Derecho Internacional Público, de carácter *sui generis*, que tiene por objeto “coadyuvar al desarrollo económico y social sostenible, reducir la pobreza y las asimetrías, fortalecer la integración, promover un intercambio económico justo, dinámico, armónico y equitativo entre los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), inspirado en los principios de solidaridad, complementariedad, cooperación y respeto a la soberanía de los pueblos.”

Su carácter especial deriva, precisamente, de ser distinto al sujeto tradicional o por antonomasia del Derecho Internacional Público, que es el Estado, quien despliega actos materiales y tiene capacidad internacional, vale decir, la facultad de obligar y de obligarse en sus relaciones internacionales y en consecuencia ser sujeto de responsabilidad internacional.

Sin embargo, al participar de manera especial de tal naturaleza (sujeto de Derecho Internacional Público), no sólo goza también de las prerrogativas e inmunidades que le otorga la Convención que lo creó, sino que también es al mismo tiempo, sujeto de responsabilidad internacional. Para la doctrina venezolana<sup>1</sup>, este concepto está “fundamen-

---

<sup>1</sup> GUERRA IÑIGUEZ, Daniel. Obra: “Derecho Internacional Público”, Séptima Edición, Caracas-Venezuela, 1998, Pág.176.

tado en ese principio universal de justicia que informa la legislación privada de todos los Estados: todo el que ocasiona un daño a otro está en la obligación de repararlo.” Criterio éste ratificado por jurisprudencia internacional del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Esta responsabilidad asume su carácter jurídico, cuando el daño ocasionado es producto de un acto realizado contra disposiciones contractuales o hechos que provienen de un acto no contractual.

Ahora bien, a los fines de precisar si este ente está obligado a inscribirse en el “Sistema de Registro de Órganos y Entes del Sector Público”, resulta necesario analizar las disposiciones que regulan la declaración jurada de patrimonio.

De esta forma, la Contraloría General de la República, mediante Resolución de fecha 9 de marzo de 2009, implantó el “Sistema de Registro de Órganos y Entes del Sector Público”<sup>2</sup>, disponible en el portal electrónico de este Organismo Contralor.

En ese sentido, el artículo 1 de la mencionada Resolución, estableció que debían registrarse en dicho sistema todos los órganos y entes 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. A su vez, este registro sirve de apoyo a todos los obligados a formular y presentar la declaración jurada de patrimonio, en formato electrónico.**

Por su parte, el artículo 5 de la referida Resolución estableció, a los fines de cumplir con el aludido registro, así como con el suministro de la información respetiva por parte de los órganos y entes, los lapsos por orden cronológico.

Al respecto, es de señalar, que conforme al ámbito subjetivo de aplicación de este instrumento normativo, el Banco del ALBA no está sujeto a la mencionada Resolución, y en consecuencia, no está obligado a registrarse en el Sistema allí previsto, toda vez que **no comprende un ente del Sector Público venezolano**, pues fue creado como un órgano de Derecho Internacional Público, de carácter financiero, tal como fue indicado anteriormente.

No obstante, desde el punto de vista de la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio, que recae sobre **las personas natura-**

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.138 del 13 de marzo de 2009.

**les de nacionalidad venezolana** que ejercen funciones públicas, en los términos a que se contrae la Ley Contra la Corrupción<sup>3</sup>, se hace necesario precisar que conforme a lo previsto en el artículo 3° y sin perjuicio de lo que disponga la Ley del Estatuto de la Función Pública (normativa venezolana), 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 cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público.**” (...).*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Al aplicar el anterior criterio jurídico al caso planteado en forma general, es posible observar que si los funcionarios que integran la estructura de gobierno y administración del Banco del ALBA, vale decir, el Consejo Ministerial, el Directorio Ejecutivo y el Gerente (cuando sea el caso), **que han sido designados por el gobierno venezolano**, tal como lo prevé el Convenio Constitutivo del Banco del ALBA, son a su vez funcionarios adscritos de manera originaria a un órgano o ente del Sector Público, como es el caso del Ministro del Poder Popular para la Economía y Finanzas, o el Presidente del Banco Central de Venezuela (Consejo Ministerial), entre otros, si están en la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio vía electrónica, conforme a su **estatus original de funcionarios públicos**, tal como se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la Ley Contra la Corrupción.

Respecto a la mencionada obligación de declaración patrimonial, prevista en los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 01-00-000122 de fecha 19 de junio de 2009, mediante la cual se implanta el Sistema para la presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio en Formato Electrónico<sup>4</sup>, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción, se establece:

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril de 2003.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.205 del 22 de junio de 2009.



**“Artículo 23.** Sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, las personas señaladas en el artículo 3 de esta Ley deberán presentar declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta (30) días siguientes a la toma de posesión de sus cargos y dentro de los treinta (30) días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas.

El lapso para presentar la declaración jurada de patrimonio de las personas señaladas en el numeral tercero, del artículo 3 de esta Ley, se establecerá mediante resolución motivada que dicte el Contralor General de la República, a fin de exigirles la presentación de la situación patrimonial.”

Ahora bien, en el supuesto que alguno de los integrantes del Directorio Ejecutivo o determinado Gerente General, designados por la República Bolivariana de Venezuela, que no pertenezcan, a su vez, a un órgano u ente del Sector Público, **no estarían obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio**. Pues esta obligación recae solo sobre aquellas personas naturales a que alude el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y las resoluciones antes mencionadas. No obstante, las personas así designadas, a tenor de lo previsto en el artículo 2 *eiusdem*, están sujetas a las demás disposiciones que en materia contra la corrupción prevé dicho instrumento legal.

Por otra parte, respecto a si el personal administrativo y obrero del Banco del ALBA, debe presentar la declaración jurada de patrimonio, debe precisarse que en tales personas no recae dicha obligación, toda vez que aun cuando algunos sean ciudadanos venezolanos, no son considerados funcionarios públicos en los términos a que se refiere el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción, vale decir, no se encuentran inmersos dentro del grupo de personas a que hace alusión el referido artículo, **tomando en consideración que el patrimonio del Banco del ALBA, está integrado por recursos aportados por cuatro Estados, a saber: Bolivia, Cuba, Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela**. En tal sentido, tales personas o trabajadores se rigen por el resto de la legislación vigente en el país, que les resulte aplicable, según el caso.

Por lo antes expuesto, debe finalmente precisarse, que el Banco del ALBA no se encuentra dentro de los Organismos obligados a llevar a cabo la tramitación ante el “Sistema del Registro de Órganos y Entes del Sector Público.” Sin embargo, **el personal directivo designado por la República Bolivariana de Venezuela en el ALBA, se encuentra obligado a presentar la declaración jurada de patrimonio en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción,** y deberán ser incorporados al referido Sistema por el Ministerio para el Poder Popular de la Economía y Finanzas, quien procederá a la carga de datos de los mismos para que puedan cumplir con dicha obligación.

En lo referente al personal directivo no designado por la República Bolivariana de Venezuela en el ALBA, es de señalar que no están obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio, en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción. Sin embargo, todos los miembros designados en la Directiva del Banco del ALBA, estarían sujetos a la Ley en el marco de sus competencias y en cuanto les sea aplicable.

En los términos que anteceden, queda expuesta la opinión de este Organismo Contralor, en torno a los asuntos consultados, reiterando la mayor disposición de esta Contraloría General en prestar su colaboración en el marco de las competencias asignadas constitucional y legalmente.

Oficio N° 01-00-000473 del 08 de septiembre de 2009.

# DERECHO TRIBUTARIO



*DERECHO TRIBUTARIO: Conceptos que deben tomarse en consideración para la declaración y pago del Impuesto Sobre la Renta.*

**El artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, puede ser interpretado conforme a los postulados constitucionales, estimando que el enriquecimiento neto sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental.**

Memorando N° 04-00-140 del 16 de marzo de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con los conceptos que deben tomarse en cuenta para la declaración y pago del impuesto sobre la renta, conforme a lo dispuesto en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que reformó el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, toda vez que a pesar de existir dicho pronunciamiento, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) mantiene una posición contraria sobre el contenido y alcance de la norma en referencia.

Una vez realizado el análisis correspondiente, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

El artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta<sup>1</sup>, consideraba como enriquecimiento neto: los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.

De conformidad con el dispositivo citado, los contribuyentes asalariados debían realizar el cálculo del impuesto sobre la renta con base en el **salario integral**, definido en el encabezamiento del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual comprende “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

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.529 del 25 de septiembre de 2006.

o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.” Es decir, todos los beneficios y remuneraciones recibidas por el trabajador en forma regular y permanente con ocasión a la prestación del servicio -“*salario normal*”-, con la inclusión de las alícuotas de bono vacacional, utilidades, y bonificación de fin de año o aguinaldo.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 27 de febrero de 2007, mediante sentencia N° 301, emitida con ocasión de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta, actuando como máximo intérprete de la Carta Magna, delimitó el sentido y alcance del referido dispositivo, ajustando su contenido al nuevo Texto Constitucional.

En efecto, esta decisión de trascendental importancia en el ámbito fiscal, contiene una nueva interpretación con carácter vinculante del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, precisando, que el enriquecimiento neto de los asalariados, a los fines de la declaración y pago del impuesto sobre la renta, estará conformado por las remuneraciones otorgadas en forma regular y permanente (salario normal), debiendo excluirse los beneficios remunerativos otorgados en forma accidental o eventual.

Para llegar a esta conclusión, la Sala parte del principio constitucional de la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente y de la prohibición de que los tributos tengan efecto confiscatorio (artículos 316 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), elementos fundamentales en un Estado Social de Derecho y de Justicia, en el que se le otorga una protección especial al trabajador y se busca evitar que la carga tributaria excesiva afecte el nivel de vida de la familia venezolana.

En el fallo en comentario, la Sala Constitucional señaló que “la base imponible reviste naturaleza trascendental para constatar la adecuación del tributo a los principios constitucionales”, en ese orden precisa que el artículo 31, al referirse a los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo, define como enriquecimiento neto “los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, subvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.”

A juicio de la mencionada Sala, la consideración de tales ingresos como enriquecimiento neto, impide entonces que sobre ese monto se sustraiga costo o deducción alguna, pues en el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva (artículo 31) tomó una amplísima base que se corresponde con lo que la doctrina del derecho laboral define como salario integral, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. **Se señala que la amplia base de cálculo salarial, que utiliza el legislador laboral para medir los beneficios laborales (salario integral), no podría ser aplicada al cálculo de los tributos que se determinan sobre la base del salario, porque ello significaría la absorción de dichos beneficios por la incidencia de los múltiples tributos sobre el producto económico del trabajo.**

Bajo la panorámica abordada, la Sala sostiene que la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en lugar de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos. Es categórica además, al señalar que el impuesto sobre la renta a los asalariados se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que dicha fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE) y además, el trabajador soporta el traslado del gravamen al consumo (IVA).

Ello, sostiene la Sala, pone en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados, pues no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156 numeral 13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida que produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora.

Sobre la base de tales razonamientos, **la Sala concluye que el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, puede ser interpretado conforme a los postulados constitucionales, estimando que el enriquecimiento neto sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo se-**

**gundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.** De esta manera, se ajustó la disposición legal antes referida a los postulados constitucionales, y a la letra y espíritu del párrafo cuarto del citado artículo, que dispone: “*cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó.*”

En definitiva, a partir de lo dispuesto en la sentencia N° 301<sup>2</sup>, **el enriquecimiento neto de los asalariados, a los fines del referido impuesto, estará conformado por las remuneraciones otorgadas en forma regular y permanente (salario normal), definido en el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, y no por la totalidad percibida (salario integral), debiendo excluirse los beneficios remunerativos otorgados en forma accidental o eventual; ajustándose así esta disposición a la letra y espíritu del párrafo cuarto del citado artículo.** En consecuencia el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, queda reformado en los términos siguientes:

**“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.**

**A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial.”**

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.635 del 01 de Marzo de 2007.



Ahora bien, dicho pronunciamiento, que reformó con efectos vinculantes y *erga omnes* el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, fue objeto de varias solicitudes de aclaratorias por parte los recurrentes originales en el recurso, así como representantes de la Procuraduría General de la República y del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), entre otros, particularmente en relación con tres aspectos: la vigencia de la medida, la definición de las remuneraciones accidentales y la explicación sobre qué es un salario normal.

En atención a estas solicitudes, la Sala Constitucional, en aclaratorias del 9 de marzo de 2007 (Sentencia N° 390) y del 17 de junio de 2008 (Sentencia N° 980), se pronunció sobre los efectos del fallo en el tiempo, indicando que la declaración del impuesto sobre la renta se efectuaría conforme lo estipula la sentencia N° 301, a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva debe efectuarse antes del 31 de marzo de 2009. Asimismo, se pronunció **respecto a las percepciones accidentales excluidas de la base imponible, haciendo énfasis en que la decisión es precisa, clara y positiva, pues efectivamente lo accidental se contrapone a lo regular y permanente, señalando que el *quid* para la inclusión o exclusión de una remuneración a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse.** Y ello es a su juicio perfectamente constatable de los comprobantes que se emiten a los trabajadores con indicación de las remuneraciones, sean éstas regulares y permanentes -prima de antigüedad, prima de profesionalización, dietas, por mencionar algunas- o accidentales, por ejemplo, bono por productividad.

Igualmente, estimó redundante explicar con otras palabras, o estableciendo denominaciones concretas, las remuneraciones incluidas o excluidas en dicho concepto, pues ello depende de la regularidad, o en su caso, de la eventualidad con que se perciba. En virtud de lo expuesto, la Sala consideró improcedente aclarar lo que debe entenderse por beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, así como lo referido a las remuneraciones que califican al salario normal, pues “estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.”

Resaltó la Sala, “1) Que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) **Que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal.**”

Es preciso señalar, que a pesar de las aclaratorias anteriores, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), según información publicada en su portal, así como a través de comunicaciones y avisos de prensa, informa a los contribuyentes que el cálculo del Impuesto sobre la Renta del ejercicio fiscal del año 2008, debe comprender la totalidad del enriquecimiento neto, incluyendo tanto los pagos producto de su sueldo o salario, que se perciben de manera semanal, quincenal y mensual, así como las cancelaciones trimestrales, semestrales o anuales que correspondan a montos que se repitan anualmente y que se consideren objeto o consecuencia del desempeño del trabajador durante el año; reiterando que en la declaración del ISLR deben incluirse las vacaciones, aguinaldos, utilidades, bonos fijos y primas, entre otros, pues son enriquecimientos que percibe el trabajador y que por ser pagados de manera regular y permanente, tienen carácter de salario normal.

No obstante, esta Dirección General considera que el criterio vinculante contenido en la sentencia *ut supra* citada, que se fundamenta en una serie de previsiones de rango Constitucional y legal, es tajante, al considerar que en el caso de los ingresos que perciben las personas naturales bajo relación de dependencia, **los conceptos que conforman el enriquecimiento neto a los fines del Impuesto Sobre la Renta sólo deben abarcar las remuneraciones que en forma regular éste perciba, es decir, lo que la Ley Orgánica del Trabajo estipula como salario normal, especificando que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidos en el salario normal.**

Este concepto encuentra regulación expresa en las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo, artículo 133, que regula lo relativo a la definición y comprensión de la expresión ‘salario’ en los términos siguientes:

**“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 SEGUNDO.**-A los fines de esta Ley **se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.** Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial.

Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre si mismo.

(Omissis)

**PARÁGRAFO CUARTO.**- **Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó.**” (Destacado y subrayado nuestro)

De la norma transcrita se infiere, que el salario normal está conformado únicamente por las remuneraciones que de forma regular y permanente devenga el trabajador por la prestación de sus servicios; concepto más restringido que el de salario integral enunciado por el encabezamiento del artículo 133 *ut supra* citado, lo cual permite sostener que constituyen el salario normal, y por ende la base de cálculo del impuesto in comento, las remuneraciones que el trabajador recibe de manera permanente y regular como retribución a la labor prestada.

Como puede apreciarse, esta definición deja fuera algunas percepciones que no se pagan en forma constante ni regular, sino una vez al año, como es el caso del bono vacacional, la bonificación de fin de año, y algunas otras bonificaciones o incentivos especiales otorgados al trabajador, y que sí están comprendidas dentro del concepto de salario

integral contemplado en el encabezamiento del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En el caso de los funcionarios adscritos a este Organismo Contralor, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (artículo 19) precisa que en el Estatuto de Personal se establecerán los derechos y obligaciones de los funcionarios, incluyendo, entre otros, lo relativo al sistema de remuneraciones que será aprobado por el Contralor General, a quien le corresponde dictar las normas para su administración e implantación.

En ejecución de lo anterior se ha dictado, entre otras normativas, el Tabulador de Sueldos que está estructurado por grados, que agrupa los cargos de acuerdo a las funciones, complejidad y responsabilidades asignadas. Así, en el sueldo previsto en el Tabulador se incluye tanto el sueldo asignado al grado, como las compensaciones a las cuales pueda hacerse acreedor el funcionario por su desempeño; y a cada grado se le asigna un rango de sueldo, de acuerdo a los elementos antes mencionados.

El Estatuto de Personal del Organismo prevé que el sistema de remuneraciones comprenderá: los sueldos incluidos en el Tabulador, más la prima para profesionales y técnicos superiores; prima de antigüedad y otras asignaciones de similar naturaleza, las cuales integrarán el **sueldo mensual** del funcionario. Asimismo, señala que formarán parte del sistema de remuneraciones, la prima por hijos y las otras asignaciones no permanentes que reciban los funcionarios por sus servicios.

Es oportuno aclarar que cuando se hace referencia al “sistema de remuneraciones”, no se alude en concreto a lo que percibe cada funcionario en particular, sino a todo el conjunto de elementos remunerativos destinados a cubrir las diversas modalidades en que los funcionarios prestan sus servicios. Mientras que el sueldo propiamente dicho está supeditado al grado, a la clase, y al escalafón del funcionario, es decir, lo que presupuestariamente para su cargo, y en forma específica, se ha establecido como contribución económica; el sueldo es la especie dentro del género remuneración.

En el Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República no se utiliza el término *salario normal*, sino *salario mensual*, que está integrado como indica el artículo 19 del citado instrumento normativo, por el sueldo incluido en el Tabulador más la prima para profesionales y

técnicos superiores, prima de antigüedad y otras asignaciones de similar naturaleza. El sueldo mensual (concepto que se corresponde con la noción de salario normal, definida en el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo) no incluye las alícuotas correspondientes del bono vacacional, prestaciones, bonificación de fin de año, entre otros.

Ello es así, porque tales conceptos conforman el salario integral, y su inclusión distorsionaría el alcance de la noción de **salario normal**, señalada por el legislador y el Máximo Tribunal de la República, como referencia para conformar la base de cálculo sobre la que se determina el impuesto sobre la renta; lo cual es contrario al interés perseguido y tutelado por el legislador laboralista con la consagración de esas disposiciones, que se inspiraron en los principios de justicia social y equidad que se encuentran vertidos en nuestro ordenamiento jurídico laboral, tributario y constitucional, pues, el Estado venezolano busca incentivar la protección del trabajo como hecho social.

Ciertamente, hay un interés protegido por el legislador al no incluir dentro del concepto de salario normal las percepciones de carácter accidental y eventual, no regulares ni permanentes, y es precisamente la intención de no provocar grandes cargas que ocasionen fuerte impacto en la vida económica de los trabajadores, por lo que no deben incluirse dentro del salario normal los pagos por concepto de bono vacacional, bono fiscal, bonificación de fin de año, entre otros, porque son devengados por el trabajador como una remuneración adicional o extraordinaria.

En efecto, en lo que se refiere a la bonificación de fin de año (aguinaldo), resulta menester señalar que se trata de una cantidad recibida por el funcionario anualmente, calculada sobre la base de su sueldo, susceptible de aumentar o disminuir de un año a otro; se trata de un beneficio cuya naturaleza no viene determinada por el factor ganancia o elemento lucrativo, sino como su nombre lo indica, con motivo del fin de año para asegurar los niveles de bienestar de los trabajadores, concepto distinto al de “utilidades” del sector privado.

Igualmente, el bono vacacional es considerado como una compensación otorgada a los funcionarios que hayan prestado sus servicios por un año ininterrumpido, y constituye una remuneración extraordinaria que corresponde al trabajador cuando disfruta del descanso obligatorio luego de un año de labor, con el fin de incrementar las ventajas del

disfrute personal y familiar que intenta compensar el desgaste psíquico y corporal producto de la labor diaria. El bono vacacional coadyuva al disfrute del período de descanso que le corresponde al trabajador, por lo cual es pagado anualmente al funcionario en la oportunidad en que efectivamente hace uso de dicho tiempo.

Por su parte, cualquier otro bono (fiscal, único, escolar o especial), constituye un concepto de carácter accidental, de existencia incierta, por derivar de un acto discrecional de la máxima autoridad de la Contraloría, quien los acuerda en la medida en que cuente con recursos económicos para ello y que percibirá el trabajador siempre y cuando cumpla con los requisitos o condiciones fijados por el Contralor General de la República para hacerse acreedor a estas bonificaciones; se trata de elementos que se incorporan al sueldo integral en el mes en que son devengados, algunos pagaderos en proporción a los meses de servicios prestados.

Los bonos señalados no tienen carácter permanente, su otorgamiento no está previsto con carácter obligatorio en norma jurídica alguna, y se conceden excepcionalmente, siempre que las asignaciones presupuestarias lo permitan, de existir disponibilidad financiera previa autorización del Contralor General de la República mediante punto de agenda, por tanto son aleatorios.

En todo caso, independientemente de la incidencia de los conceptos enunciados para el cálculo de beneficios laborales, que correspondan al trabajador conforme a la Ley Orgánica del Trabajo; no cabe duda que en materia fiscal, atendiendo a la definición legal (Artículo 31 LISLR) y al criterio jurisprudencial antes expuesto, los trabajadores asalariados sólo declararán el salario normal como enriquecimiento neto, para determinar su impuesto sobre la renta sin incluir los demás beneficios remunerativos percibidos de forma accidental.

Al hilo de lo expuesto, se estima pertinente citar varios pronunciamientos judiciales emitidos por el Máximo Tribunal, donde se han realizado interpretaciones del concepto de salario normal:

Sentencia N° 106 del 10 de mayo de 2000, de la Sala de Casación Social, caso Luis Rafael Scharbay Rodríguez, contra la sociedad mercantil Gaseosas Orientales, S.A., donde señaló lo siguiente:

“Ahora bien, a los efectos de establecer el ‘salario normal’ debe tomarse en consideración, como eje de referencia, la noción amplia de salario (conocida como integral en la práctica) consagrado en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente a partir de 1991, y que está conformado por todos los ingresos, provecho o ventaja que perciba el trabajador por ‘causa de su labor’, para luego filtrar, en cada caso concreto, todos sus componentes no habituales, y obtener de esa forma los elementos que integran el salario normal. Siendo la característica determinante de ello, la regularidad y permanencia con que se percibe un determinado beneficio y que éste se perciba por causa de la labor del trabajador.

*Es decir, que un salario normal, en un caso determinado, puede coincidir con el salario definido en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo siempre que se perciban todos los conceptos señalados en dicho artículo cumpliendo los requisitos de la regularidad y permanencia que le dan categoría de salario, a los efectos legales. Pero también ese salario normal puede consistir únicamente en el salario convenido como contraprestación del servicio, sin ningún otro elemento, cuando no se perciban otros beneficios diferentes en forma regular y permanente.*

Así, cabe señalar, que constituyen elementos integrantes del salario normal las horas extras y bono nocturno, cuando se devengan con regularidad y permanencia así como la remuneración de los días de descanso y feriados que de manera habitual recibe el trabajador por la prestación de sus servicios; los viáticos, –siempre que no esté establecida la obligación de rendición de cuenta–. No obstante, si tales retribuciones salariales son percibidas por éste solo eventualmente, deben considerarse excluidas de la referida noción. De allí que el salario normal puede coincidir con el salario definido por el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero puede que no coincida si no se reciben todas las percepciones allí establecidas en forma regular y permanente.”(Subrayado nuestro)

Sentencia N° 85, del 17 de Mayo 2001, Sala de Casación Social, caso Ramón Enrique Aguilar Mendoza contra la Sociedad Mercantil Boehringer Ingelheim, C.A., donde señaló lo siguiente:

*“(...) la Sala puede concluir que salario en su forma más básica son las percepciones o retribuciones recibidas por el trabajador a cuenta de su actividad.*

*Ahora bien, con la evolución de los tiempos y con el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos laborales, se ha ampliado esa concepción básica de lo que el término salario significa, llegando a incluirse dentro de ese concepto a cualquier tipo de remuneración que perciban los trabajadores producto de la labor realizada, pero siempre que esa retribución o percepción se produzca de forma habitual y permanente, es decir, que se genere consecutivamente.*

(Omissis)

*Tal y como se observa, del contenido de la jurisprudencia y de la norma transcrita, el concepto básico de ‘salario’, ya no es la simple retribución que percibe el trabajador producto del servicio prestado, sino que yendo mucho más allá, éste es también ‘cualquier otro tipo de ingreso, provecho o ventaja que perciba a causa de su labor’; pero que al mismo tiempo deben estar íntimamente vinculados con los requisitos de regularidad y permanencia, para poder ser estimados como salario. Por lo que al administrarse ese ingreso, provecho o ventaja que percibe el trabajador con los principios de regularidad y permanencia, ya mencionados, se constituye la figura del salario normal, como así ha quedado establecido.”*

Sentencia N° 1901, del 16 de noviembre de 2006, Sala de Casación Social, caso: Antonio Testa Dominicancela, contra la sociedad mercantil Coca-Cola FEMSA de Venezuela, se precisó lo siguiente:

*“(...) el artículo 133 de la ley sustantiva laboral -Parágrafo Segundo- explica que salario normal es la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.*



Tanto en la Ley de 1990 como en la reforma de 1997 -vigente-, el artículo 133 contempló el denominado salario integral, conformado por todos los beneficios y remuneraciones recibidos por el trabajador y no expresamente excluidos a sus efectos, comprendidas allí, por consiguiente, las percepciones correspondientes a las jornadas tanto ordinarias como extraordinarias; concepto ese diferente -por más amplio- al de salario normal, tal como estableció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 22 de junio de 1998.

Para la recurrida, que no distingue entre uno y otro, el concepto de salario aplicable a los fines de calcular la indemnización de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 y la compensación por transferencia, previstas en el artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, aunque lo califica de normal, es el concepto más amplio del artículo 133 citado, con base en el cual establece la procedencia de incluir como parte del salario normal a esos efectos, los conceptos a que se refiere la denuncia, esto es, el bono vacacional y la incidencia de utilidades.

Al respecto, la doctrina patria ha señalado que la definición de salario normal por parte del legislador de 1997 deja pendientes algunos problemas. Se trata de determinar si la regularidad y permanencia propias del salario normal pueden encontrarse en percepciones que no se pagan en forma constante sino una o dos veces al año, como es el caso de la participación en los beneficios y el bono vacacional, así como algunas bonificaciones especialmente establecidas por la convención colectiva; pero no es la naturaleza salarial de tales percepciones lo que presenta dudas, sino determinar si la intención del legislador al crear el 'salario normal' como una concepción más restringida que la de 'salario' apunta a incluir dentro de aquella sólo los conceptos que el trabajador recibe regular y permanentemente -aquéllos determinados en la nómina de pago cotidianamente- o por el contrario, los pagos que el trabajador recibe una vez al año, por todos los años.

*En ese orden de ideas, esta Sala de Casación Social establece, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado del 22 de julio 1998, que el bono vacacional no forma parte del salario normal por no ser devengado como retribución de la labor prestada durante la jornada ordinaria, sino como una remuneración adicional o extraordinaria dirigida a incrementar las posibilidades del mejor disfrute del descanso vacacional dispuesto en la Ley.*” (Subrayado nuestro)

Finalmente, es pacífica la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, desde la sentencia dictada en fecha 5 de abril de 1994 (Caso: Compañía Anónima Nacional de Cementos), hasta sus fallos N° 781 del 04 de junio de 2002 (Caso: Makro Comercializadora, S.A.), N° 1.624 del 22 de octubre de 2003 (Caso: Banco Caracas, Banco Universal, C.A.), N° 3 del 27 de enero de 2004 (Caso: Hilados Flexilón, S.A.), N° 05211 del 27 de julio de 2005 (Caso: Damler Chrysler de Venezuela, L.L.C.) y N° 05762 del 28 de septiembre de 2005 (Caso: Ford Motors de Venezuela, S.A.), decisiones en las que quedó sentado el criterio respecto a la no inclusión de la partida de utilidades, dentro de la base imponible de la contribución del dos por ciento (2%) prevista en el ordinal 1° del artículo 10 de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), toda vez que las utilidades no forman parte del salario normal, visto que se trata de una remuneración complementaria y aleatoria, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagadera en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo.

Precisamente en la Sentencia N° 1624 del 22 de octubre de 2003, caso: Banco Caracas, C.A. Banco Universal, la Sala Político Administrativa, luego de analizar la base imponible que establecía el artículo 10 de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), hoy , sostuvo lo siguiente:

*“(...) el concepto de ‘sueldo, salarios, jornales y remuneraciones de cualquier especie’ descrito en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el INCE, tiene su límite en las disposiciones de las leyes laborales.*

*Así, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, aplicable rationae temporis al caso bajo análisis preceptúa*

*que cuando el patrono o el trabajador se encuentren obligados al pago de un tributo, la base de cálculo del mismo está constituida por el **salario normal**.*”

Asimismo, en la sentencia N° 2529, del 14 de noviembre de 2006, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la gravabilidad o no del bono vacacional y bono nocturno con la tarifa del 2%, prevista en el artículo 10 numeral 1 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), precisó lo siguiente:

*“(...) Respecto del bono vacacional, la Sala observa que igualmente escapa del ámbito de aplicación de los aportes a que hace referencia el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), pues al estar enmarcado dentro de una remuneración adicional, dirigida a incrementar el disfrute del descanso vacacional y al adolecer del carácter de regularidad y permanencia no forman parte del salario normal, aun cuando puedan ser tomadas en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales (...).*

*Por otra parte, en relación con el bono nocturno se observa que tomando en cuenta que el mismo constituye una remuneración adicional, surgida por la prestación de servicios en jornadas nocturnas, pues al no demostrarse que formó parte de una remuneración regular y permanente, acaecida por la realización de trabajos en horario nocturno igualmente prestados en forma regular y permanente, esta Sala concluye que no entra en la disposición normativa contenida en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (...).*”

Como consecuencia de los razonamientos y criterios jurisprudenciales anteriormente indicados, se concluye que ante la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el contenido del artículo 31 de Ley de Impuesto Sobre la Renta, cuando los contribuyentes (trabajadores asalariados), tengan que efectuar la declaración de los ingresos que estiman percibir en el ejercicio fiscal, sólo deberán declarar el **salario normal**, excluidos los beneficios remunerativos otorgados en forma accidental, quedando por fuera los bonos y otras remuneraciones que no tienen carácter regular ni per-

manentes, lo que se ajusta a la letra y espíritu del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, salario que servirá de base para determinar su enriquecimiento neto a los efectos del pago del referido Impuesto.

En otro orden de ideas y **analizando la situación desde la perspectiva del Organismo Contralor**, se observa que conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Orgánico Tributario, 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. Respecto a las entidades de carácter público que revistan forma pública o privada la norma dispone que serán responsables de los tributos dejados de retener, percibir o enterar, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que recaiga sobre la persona natural encargada de efectuar la retención, percepción o enteramiento respectivo.

La figura del agente de retención, se encuentra expresamente contenida en el artículo 86 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta<sup>3</sup>, que dispone lo siguiente:

***“Artículo 86. Los deudores de los enriquecimientos netos o ingresos brutos a que se contraen los artículos 27 párrafo octavo, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 63, 64 y 76 de esta Ley, están obligados a hacer la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterar tales cantidades en una Oficina Receptora de Fondos Nacionales, dentro de los plazos y formas que establezcan las disposiciones de esta Ley y su Reglamento. Igual obligación de retener y enterar el impuesto en la forma señalada, tendrán los deudores de los enriquecimientos netos, ingresos brutos o renta bruta a que se refiere el párrafo cuarto de este artículo. Con tales propósitos, el Reglamento fijará normas que regulen lo relativo a esta materia (...).”***

De la normativa transcrita, se interpreta que el agente de retención, es el encargado de retener el anticipo de impuesto a los contribuyentes,

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.628 del 16 de febrero de 2007.

es aquél que por su función se encuentra en contacto directo con el importe dinerario propiedad del contribuyente o que éste debe recibir, y tiene la posibilidad de retener la parte que corresponde al Fisco por concepto del tributo. La retención debe efectuarse cada vez que se realice un pago o abono en cuenta a los beneficiarios, es decir los “agentes de retención” deben practicar la retención al momento de realizar el pago de cierta cantidad de dinero al beneficiario. En consecuencia, la primera fase del proceso de retención se ha de originar con el descuento por parte del agente de retención, de una porción del impuesto que grava la renta y una vez efectuada la retención, el agente pasa a ser un sustituto en la obligación de pagar el impuesto, y es el único responsable ante el sujeto activo por el importe retenido.

En este orden de ideas, el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en Materia de Retenciones<sup>4</sup>, en el artículo 1, establece lo que se transcribe a continuación:

**“Artículo 1°:** *Están obligados a practicar la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterarlo en una oficina receptora de fondos nacionales dentro de los plazos, condiciones y formas reglamentarias aquí establecidas, los deudores o pagadores de los siguientes enriquecimientos o ingresos brutos a los que se refieren los artículos 27, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 51, 53, 65, 66 y 68 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.”*

El artículo *ut supra* transcrito ratifica la obligación de practicar la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterarlo en una oficina receptora de fondos nacionales dentro de los plazos, condiciones y formas reglamentarias aquí establecidas, a los deudores o pagadores de los enriquecimientos o ingresos brutos dentro de los cuales se encuentran los indicados en el artículo 31 de la Ley; retención que procederá si el beneficiario de las remuneraciones obtiene o estima obtener, de uno o más deudores o pagadores, un total anual que exceda de mil unidades tributarias (1.000 UT).

Por su parte, el artículo 4 *eiusdem* establece lo siguiente:

**“Artículo 4°:** *Los beneficiarios de las remuneraciones a que se contrae el artículo 2° y el párrafo único del artículo 3° de este Reglamento, deberán suministrar a cada deudor o*

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.203 del 12 de mayo de 1997.

*pagador la siguiente información, en el formulario que edite o autorice, a tal efecto, el Ministerio de Hacienda:*

*1) La totalidad de las remuneraciones fijas, variables o eventuales a percibir o que estimen percibir de cada uno de sus deudores o pagadores;*

*2) Las cantidades que estimen desembolsar dentro del año gravable por concepto de desgravámenes, de no optar por el desgravamen único; o*

*3) El desgravamen único equivalente a setecientas cincuenta unidades tributarias (750 U.T.), de optar por esta modalidad;*

*4) El número de personas que por constituir carga familiar les den derecho a rebajas de impuestos;*

*5) Las cantidades retenidas demás en años anteriores por concepto de impuesto sobre sueldos y demás remuneraciones similares, no reintegradas, ni compensadas o cedidas, correspondientes a derechos no prescritos;*

*6) El porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe.*

*(Omissis)*

**Parágrafo Tercero:** *La información contenida en el formulario podrá ser revisada por el agente de retención correspondiente, quien en caso de observar errores, deberá notificarlo al beneficiario.” (Subrayado nuestro)*

Como puede observarse, el artículo transcrito prevé dentro de los deberes de información de cada beneficiario hacia su deudor o pagador, el de indicarle, entre otros, la totalidad de las remuneraciones **fijas, variables o eventuales** que estimen percibir y el porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe. Todas estas indicaciones se refieren al contenido de la declaración estimada (AR-I) que debe ser presentada por todo beneficiario de remuneraciones (en el caso que nos ocupa el trabajador).

De manera, en el caso que ocupa, corresponde al trabajador como contribuyente, calcular la totalidad de los ingresos que estima percibir

durante el ejercicio y sólo excepcionalmente, el agente de retención deberá calcular la remuneración sujeta a retención, bien sea porque el trabajador no cumple su obligación de hacerlo, o porque estima una remuneración menor a la real y no participa tal circunstancia al agente de retención. Así, el patrono como agente de retención no está legalmente autorizado para retener sobre todos los pagos efectuados al trabajador en el año fiscal, (salario “integral”) en el caso de que el trabajador haya elaborado su AR-I exclusivamente sobre la base de su salario “normal” como lo establece el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. Aunado a esto, corresponde al agente de retención (artículo 24), entregar a los beneficiarios de los pagos sujetos a retención, una relación del total pagado o abonado en cuenta y de los impuestos retenidos en el ejercicio (AR-C), instrumento que se anexará a la declaración definitiva de rentas, el cual se elaborará ajustado a lo dispuesto en la norma indicada.

Ahora bien, el SENIAT ha informado a este Organismo Contralor que para el cálculo del impuesto sobre la renta debe incluirse la totalidad del enriquecimiento percibido con ocasión a la prestación de servicios bajo relación de dependencia durante el último año, por lo tanto, en los AR-C deberán reflejarse las cantidades pagadas trimestral, semestral o anualmente, siempre que las mismas correspondan a pagos regulares o permanentes, tales como vacaciones, utilidades, bonos fijos, primas y otras remuneraciones similares. Igualmente se indica que el Código Orgánico Tributario establece una serie de sanciones de multa por no presentar la declaración, por presentarla o pagar el impuesto extemporáneamente (Artículos 103 y 110), e inclusive pena restrictiva de libertad por defraudación (Artículo 115).

Al respecto, es preciso indicar que el artículo 4 literal a) del Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en Materia de Retenciones, cuando hace referencia al deber del contribuyente de indicar la totalidad de las remuneraciones incluyendo las **variables o eventuales**, como base para aplicar la retención del impuesto, dicha exigencia debe ser interpretada conforme al criterio plasmado en la tantas veces citada sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, de la Sala Constitucional y sus respectivas aclaratorias, pues se trata, en todo caso, de una normativa de rango sublegal previa a la reforma efectuada al contenido del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, que debe ajustarse a la modificación derivada del fallo en cuestión.

En consecuencia, se considera que los responsables de practicar las retenciones, en el momento del pago o abono en cuenta de sueldos y salarios a los trabajadores bajo relación de dependencia, deberán adecuarse al nuevo contenido del citado artículo 31, pues de aplicar retenciones sobre conceptos distintos a los que integran el “salario normal”, estarían reteniendo sobre componentes no gravables por el referido impuesto.

Así, en el supuesto de que la Administración Tributaria obviase el criterio establecido por la Sala Constitucional, y decidiera imponer las sanciones de multa indicadas, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 85 del referido Código Orgánico Tributario, que consagra las circunstancias que eximen al sujeto pasivo, actuando como contribuyente o como responsable. De la responsabilidad por ilícitos tributarios, y dentro de las eximentes se contempla el error de derecho excusable y la obediencia legítima y debida.

En efecto, si los criterios manejados por el contribuyente y por la Administración Tributaria son divergentes en razón de la interpretación que ésta hace de la norma tributaria, al margen de lo indicado por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, la duda sobre su aplicación, no puede ser perjudicial al contribuyente, pues, el error de derecho configura una situación de inculpabilidad ante la eventual aplicación de sanciones por infracción a la legalidad tributaria.

Aunado a lo anterior, en el presente caso, coexiste al mismo tiempo un supuesto de obediencia legítima y debida dado el carácter vinculante de la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 1 de marzo de 2007 (Sentencia N° 301), eximente que tendría su fundamento, además en la Providencia dictada por el SENIAT, N° SNAT 2008 0249<sup>5</sup>, donde la propia Administración Tributaria reconoce que la interpretación constitucional efectuada en la citada sentencia, es aplicable para el ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración definitiva se efectuará hasta el 31 de marzo de 2009.

Esta situación produce graves alteraciones de la seguridad jurídica, dado que no acatar la sentencia emanada de la Sala Constitucional, implica un desconocimiento de su competencia para efectuar interpretaciones con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, a

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.984 del 31 de julio de 2008.



la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual estas interpretaciones que realiza la Sala tienen por objeto garantizar la supremacía de la Constitución y la efectividad de las normas y principios constitucionales; facultad interpretativa que se extiende al contenido y alcance de normas legales para ajustarlas al Texto Constitucional.

Dentro de ese contexto, el criterio vinculante emitido por la Sala Constitucional tiene los mismos efectos de una ley, pues de allí en adelante la norma debe ser interpretada en el sentido indicado por ella, por eso, como lo expresa la dispositiva de la sentencia N° 301, la Sala, en atención a la naturaleza del pronunciamiento, ordena la publicación íntegra del fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: “Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que interpreta constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.” (Subrayado nuestro)

Es decir, que la regla que el Tribunal Supremo de Justicia exteriorizó como precedente a partir de un caso concreto, tiene efectos *erga omnes*, de manera que será vinculante no sólo para los jueces, sino para todos los poderes públicos, y su inobservancia estará sujeta a sanciones, en unos casos para los jueces por desacatarlas y en otros para la Administración renuente a respetarlos, pues este precedente, servirá de fundamento para solicitar y eventualmente anular los actos o normas contrarios a él.

### **CONCLUSIONES:**

1. Esta Dirección General de los Servicios Jurídicos, confirma su respeto al criterio vinculante del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, referente al contenido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, criterio que se corresponde con la intención del legislador laboral, al disponerlo expresamente en el Parágrafo Cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.
2. El impuesto sobre la renta de los asalariados, se determinará tomando en consideración el **salario normal** devengado por el trabajador, excluyendo de la base imponible para el cálculo de este impuesto, los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, es decir, los percibidos de una manera no regular, tales como por

ejemplo el bono vacacional, la bonificación de fin de año y el bono fiscal, entre otros.

3. Los responsables de efectuar las retenciones a los pagos por concepto de sueldos y salarios, deben adecuarse al nuevo contenido del citado artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, aplicable para el ejercicio fiscal del año 2008, tal y como se ratificó en la Providencia dictada por el SENIAT, N° SNAT 2008 0249<sup>6</sup>, en la cual se señaló “Que en fecha 17 de julio de 2008, se publicó en el portal informático del Tribunal Supremo de Justicia la sentencia N° 980, dictada por la Sala Constitucional del referido Tribunal, la cual aclaró que: “la interpretación constitucional efectuada en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, se aplica a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración definitiva se efectuará hasta el 31 de marzo de 2009.”

Memorando N° 04-00-140 del 16 de marzo de 2009.

---

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.984 del 31 de julio de 2008.

*DERECHO TRIBUTARIO: El Servicio de Administración Tributaria del Gobierno del Distrito Capital conmina a la Contraloría General de la República a ejecutar la retención, enteramiento y presentación del reporte del impuesto del 1 x 1000 a favor del Gobierno del Distrito Capital.*

**La potestad o poder tributario se materializa en la ley creadora del tributo, que inexorablemente tiene que adecuarse a los principios y normas constitucionales y se erige como una garantía de naturaleza constitucional y un condicionamiento del actuar administrativo, como mecanismo de defensa del sujeto pasivo frente a las actuaciones discrecionales de la Administración Tributaria. El Decreto con Fuerza, Valor y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal dispone en su artículo 28 que el impuesto se debe cancelar en una Oficina receptora de fondos nacionales, mediante la planilla elaborada o autorizada por la Administración Tributaria Nacional, mientras, que según lo exigido por el Distrito Capital la retención y enteramiento de dicho impuesto debe hacerse a través de una cuenta bancaria con el nombre de: “Gobierno del Distrito Capital ingresos 1 x 1000 órdenes de pago.” Por ello en el supuesto de aplicar la Ley Nacional, sería el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y no la Administración Tributaria del Distrito Capital el competente para exigir el cumplimiento del impuesto establecido en el mencionado artículo 28 *eiusdem*.**

Memorando N° 04-00-603 del 13 de octubre de 2009.

El Superintendente del Servicio de Administración Tributaria de la Alcaldía del Distrito Capital, expone lo siguiente en Oficio dirigido a esta Institución Contralora:

*“...con motivo de la creación del Servicio de Administración Tributaria del Distrito Capital (SATDC), publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Capital, N° 006 en fecha 12 de junio de 2009 la presente administración pasa a ejercer su potestad tributaria en materia de recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios del papel sellado, timbres y estampillas, así como el régimen y el aprovechamiento de los minerales no metálicos que le sean asignados por el Ejecutivo Nacional; actuando en concordancia con las atribuciones conferidas mediante la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, publicada mediante Gaceta Oficial N° 39.156 del*

*13 de abril de 2009, que señala en su artículo 17 la facultad que posee esta entidad político-territorial para recaudar e invertir los ingresos de naturaleza tributaria, los tributos establecidos en el artículo 167 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la Ley.*

*(Omissis)*

*(...) dicho impuesto tiene su fundamento legal en la transferencia anteriormente mencionada en la que se resalta el carácter de estado que ejerce el Distrito Capital, que tiene la potestad de gravar las órdenes de pago emitidas a favor de contratistas del sector público con ocasión de obras, la presentación de servicio y adquisición de bienes y suministros, siempre y cuando el monto de los pagos sea igual o superior a cincuenta unidades (50 U.T.). Se impone entonces un impuesto que grava la actividad que se genera cuando un ente público emite órdenes de pago a favor de contratistas, en la jurisdicción del Distrito Capital (Municipio Libertador), indistintamente donde se prestare el servicio, adquiera y suministre el bien o se ejecute la obra.*

*En aras de lo anterior, considero oportuno hacer de su conocimiento, que la aplicación del tributo en comentario tiene su origen en lo dispuesto por el artículo 164 numeral 7 constitucional, en concordancia con la disposición transitoria décimo tercera eiusdem, normativa en la cual se asignó como competencia exclusiva de los Estados de la República: ‘...7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.’ (Omissis) ‘Decimotercera: Hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 de esta Constitución, se mantendrá el régimen vigente.’*

*(...).*

*Ahora bien, en razón de que el Distrito Capital, como entidad política, y con personalidad propia, cumple con una serie de funciones de vital importancia para toda la ciudad y necesita de esos fondos para cumplir con ese fin y que al*

*no cumplirse con dicho deber se estaría incurriendo en una ilicitud contravencional al obstruirse la función financiera del Distrito Capital so pena del reparo o sanción.*

***De igual forma se resalta con carácter de importancia que el cumplimiento de la obligación tributaria en materia de Impuesto 1 x 1000 ‘Ordenes de Pago’, anteriormente expuesta, nace y pasa a ser exigida por el servicio de Administración Tributaria del Distrito Capital SAT-DC, a partir de la creación del Distrito Capital mediante Gaceta Oficial N° 39.156 del 13 de abril de 2009.”***

Adicionalmente, mediante PROVIDENCIA SATDC-SSIF-2009-036 del 17 de julio de 2009, que se anexa a la consulta se indica lo siguiente:

(Omissis)

*“En este propósito corresponde a esta unidad político-territorial la recaudación de los tributos en materia de renta de timbre fiscal contenidos en el Decreto Nro 363 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal (en lo sucesivo “Ley de Timbre Fiscal Nacional”, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.416 Extraordinario del 22.12.1999); que se origina con motivo de la prestación de servicios por la emisión de documentos, siempre y cuando tales actividades sean ejecutadas por oficinas o autoridades del Poder Nacional, ubicadas en la jurisdicción del Distrito Capital en atención a lo señalado en los artículos 164 numeral 7, 167 numeral 4 y en la disposición Decimotercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 17 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, publicada mediante Gaceta Oficial N° 39.156 del 13 de abril de 2009.*

(...).

*En razón de lo expuesto, se evidencia que todos los entes gubernamentales ubicados dentro de la jurisdicción del Distrito Capital, son responsables en calidad de Agentes, de Percepción de los tributos, cuya recaudación compete a*

*este Distrito, y como tales actúan como órganos auxiliares de la Administración Tributaria Distrital, siendo sustitutos de los contribuyentes y únicos responsables ante el Fisco Distrital tanto por las cantidades percibidas en pago de los servicios gravados en la “Ley de Timbre Fiscal Nacional”, como por las dejadas de percibir; por lo que aun cuando no realizan los hechos imposables, surge para ellas la obligación de pagar el tributo en los casos de no haber percibido a favor del Fisco Distrital los pagos correspondientes, sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que pudieren recaer sobre las personas naturales encargadas de realizar dichas percepciones, la sanción administrativa contenida en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17/12/2001); pudiendo este servicio de Administración Tributaria del Distrito Capital implementar los procedimientos de verificación y fiscalización que sean conducentes, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario.”*

Una vez analizado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General observa que el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispuso los límites a la competencia tributaria del Poder Nacional, en el sentido de que son de su competencia los demás tributos, “no atribuidos a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la Ley.”

En ese sentido, la Constitución atribuye expresamente a los Estados (artículo 164 numerales 4 y 7), como competencia exclusiva, la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales; así como la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas. Sin embargo, esta atribución expresa de la competencia en materia de timbre fiscal a los Estados, no supuso una transferencia automática de la competencia del Poder Nacional al Estatal, toda vez, que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Decimotercera de la Constitución, hasta tanto los Estados asuman, mediante ley estatal, las competencias referidas, se mantiene el

régimen vigente, es decir, el previsto en el Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal.<sup>1</sup>

Ahora bien, en la Providencia SATDC-SSIF-2009-036 del 17 de julio de 2009, que se anexa a la consulta, se indica que corresponde al Distrito Capital la recaudación de los tributos en materia de renta de timbre fiscal, contenidos en el Decreto Nro 363 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal<sup>2</sup>, que se originan con motivo de la prestación de servicios por la emisión de documentos, siempre y cuando tales actividades sean ejecutadas por oficinas o autoridades del Poder Nacional, ubicadas en la jurisdicción del Distrito Capital, en atención a lo señalado en los artículos 164 numeral 7, 167 numeral 4 y en la disposición Decimotercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 17 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital.<sup>3</sup>

En ese orden de ideas, las contribuciones de timbre fiscal son reguladas a nivel nacional por el Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal<sup>4</sup>, cuyo artículo 28 establece el impuesto el 1 x 1000 que se debe cancelar en una Oficina receptora de fondos nacionales, mediante la planilla elaborada o autorizada por la Administración Tributaria Nacional.

En ese sentido, el artículo 28 de la citada Ley dispone lo siguiente:

**“Artículo 28.** *Se gravará con un impuesto del uno por mil (1x1000) todo pagaré bancario al suscribirse el respectivo documento. Igualmente se gravará con esta tarifa del uno por mil (1x1000), las letras de cambio libradas por bancos y otras instituciones financieras domiciliadas en Venezuela*

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.146 Extraordinario del 22 de diciembre de 1999.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.156 del 13 de abril de 2009.

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

*o descontadas por ellas, salvo que en este último caso, las letras sean emitidas o libradas para la cancelación de obligaciones derivadas de la adquisición de artículos para el hogar, de vehículos automotores, de viviendas y de maquinarias y de equipos agrícolas.*

*Los Institutos de crédito a que se refiere la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o cualesquiera otras reguladas por leyes especiales que emitan o acepten los pagarés o letras de cambio a que se refiere esta Ley, abonarán en una cuenta especial a nombre de la República de Venezuela, el importe de la contribución que corresponda a la operación efectuada. Los bancos y demás instituciones financieras a que se refiere esta disposición, serán solidariamente responsables de aplicar y recaudar el monto que corresponda.*

***Asimismo, pagarán en el momento de su emisión, el uno por mil (1x 1000) y a partir de un monto de Ciento Cincuenta Unidades Tributarias (150 UT), las órdenes de pago emitidas a favor de contratistas por ejecución de obras y servicios prestados al sector público.***

*Quedarán también afectados al pago del gravamen aquí previsto, los efectos de comercio librados en el exterior y pagaderos en Venezuela.*

***Las contribuciones a que se refiere este artículo, deberán cancelarse en una oficina receptora de fondos nacionales, mediante planilla que para tal efecto elabore o autorice la Administración Tributaria.”***

*(Destacado nuestro)*

Sin embargo, en la comunicación donde se exhorta a este Organismo Contralor para la retención y enteramiento del referido impuesto a favor del Distrito Capital, se indica que éste tiene la potestad de gravar las órdenes de pago emitidas a favor de contratistas del sector público con ocasión de obras, la prestación de servicio y adquisición de bienes y suministros, siempre y cuando el monto de los pagos sea igual o superior a cincuenta unidades (50 U.T).

Al respecto, se observa que desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, existe una diferencia sustancial entre la solicitud y lo



dispuesto en la Ley Nacional, en tanto esta última cuando describe el supuesto de hecho generador del tributo no alude a la emisión de órdenes de pago a favor de contratistas por parte de órganos o entes del sector público derivadas de contratos de adquisición de bienes y suministros, mientras que la solicitud formulada por el Distrito Capital invocando la aplicación de la referida Ley, sí lo contempla.

Por su parte, respecto al *quantum* en unidades tributarias, a los fines de hacer exigible el señalado tributo la Ley Nacional establece una alícuota impositiva del uno por mil (1 x 1000), aplicable a las órdenes de pago cuyo monto sea igual o superior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), mientras que el Distrito Capital al exhortar la aplicación de dicha Ley lo exige para las órdenes de pago cuyo monto sea igual o superior a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.), obligación de pago del tributo que está a cargo del contratista como sujeto pasivo.

Así, se observa que existen discrepancias entre lo exigido por el Servicio de Administración Tributaria de la Alcaldía del Distrito Capital, con el supuesto previsto en el Decreto-Ley en que fundamenta su solicitud, no sólo en cuanto al aspecto cualitativo y al monto a partir del cual se aplicará el impuesto, sino, además, respecto del sujeto a favor del cual debe satisfacerse la obligación, si es a la Administración Tributaria Nacional o a la Distrital, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto-Ley *ut supra* citado, el impuesto se debe cancelar en una Oficina receptora de fondos nacionales, mediante la planilla elaborada o autorizada por la Administración Tributaria Nacional, mientras, que según lo exigido por el Distrito Capital, la retención y enteramiento de dicho impuesto debe hacerse a través de las cuentas recaudadoras de Fondo del Distrito Capital Cuenta Corriente N° 0102-0552-22-0000023029, Banco de Venezuela con el nombre de: Gobierno del Distrito Capital ingresos 1 x 1000 Órdenes de Pago. Por ello, en el supuesto de aplicar la Ley Nacional, sería el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y no la Administración Tributaria del Distrito Capital el competente para exigir el cumplimiento del impuesto establecido en el artículo 28 del referido Decreto-Ley.

En ese orden de ideas, en la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, se incluyó, específicamente, la atribución de competencias en materia impositiva a esta entidad territorial, de la manera siguiente:

**“Artículo 17. Recaudación e Inversión de Ingresos**

*El Distrito Capital podrá recaudar e invertir ingresos de naturaleza tributaria conforme a la ley, y en particular:*

*1.- Los tributos establecidos en el artículo 167 de la Constitución de la República.*

*2.- Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la ley.” (Subrayado nuestro)*

En ese sentido, es importante puntualizar que el Distrito Capital, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Ley, es una **entidad territorial**, que junto a los estados y municipios conforman la organización político-territorial de la República, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto a la República, y como nota característica tiene su propio sistema de gobierno constituido por un órgano ejecutivo ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno, pero a pesar de tener personalidad jurídica propia, la función legislativa en el referido Distrito la ejerce directamente la República a través de la Asamblea Nacional (no un órgano legislativo propio de la entidad).

Asimismo, debe notarse que la referida ley rediseña el esquema de distribución de competencias entre el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano de Caracas, pues con anterioridad, la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas (derogada por la recién promulgada Ley Especial del Régimen Municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas, Gaceta Oficial N° 39.276 del 1 de octubre de 2009), atribuía al Distrito Metropolitano (a través del Cabildo Metropolitano), la potestad de crear y recaudar los tributos asignados a los Estados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, potestad que ya no detenta en materia de timbre fiscal en virtud de la creación y transferencia de competencias al Distrito Capital. Esta potestad será ejercida a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley Especial, conforme a lo contenido en la **disposición transitoria sexta**, en la cual se dispone expresamente que a partir de la mencionada entrada en vigencia, cesaría la potestad tributaria que venía ejerciendo transitoriamente el Distrito Metropolitano de Caracas, en el ramo de timbre fiscal, pasando esta potestad al Distrito Capital.

De hecho, si el Distrito Capital asume, conforme a lo dispuesto en su Ley de Creación y al dispositivo *ut supra* citado, la recaudación e

inversión de los ingresos establecidos en el artículo 167 Constitucional, a esta entidad le corresponde el producto de lo recaudado por concepto de especies fiscales, como lo expresa el numeral 3 de dicha norma que dispone lo siguiente:

**“Artículo 167.** *Son ingresos de los Estados:*

*(Omissis)*

*3. El producto de lo recaudado por concepto de especies fiscales.”*

*(Omissis)*

En consecuencia, conforme a la normativa en comentario, el Distrito Capital tendría en su ámbito espacial, entre otras atribuciones, la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas y a percibir como ingresos el producto de lo recaudado por tal concepto, al igual que los demás estados que componen la Federación, con fundamento en lo previsto en el numeral 7 del artículo 164 Constitucional que dispone lo siguiente:

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

*(Omissis)*

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

*(Omissis)*

***7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.”*** (Destacado y subrayado nuestro)

Ahora bien, para la correcta interpretación y aplicación de estas normas, resulta de obligada consideración lo establecido en la disposición transitoria Decimotercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se previó que “Hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 de esta Constitución, se mantendrá el régimen vigente.”

De modo pues, que atendiendo a lo previsto en la disposición transitoria decimotercera del Texto Constitucional, el ejercicio de la aludida

potestad tributaria por parte del Distrito Capital, está sujeto a que **la Asamblea Nacional**, como su órgano legislativo, según lo dispone el artículo 3 de la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 167 de la Constitución de la República, **sancione la normativa de Timbre Fiscal del Distrito Capital**, en la cual regule la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos del referido tributo.

Ello es así, porque es prerrogativa del Poder Legislativo, la facultad de crear e imponer unilateralmente obligaciones y derechos de naturaleza tributaria, potestad que es expresada en actos de carácter general con valor formal y material de ley, con sujeción a la normativa constitucional, tal como está establecido en el artículo 137 de la Constitución que señala lo siguiente:

***“No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.”***

(Principio de Legalidad Tributaria y de la no Confiscatoriedad) (Destacado nuestro).

De modo que esta potestad o poder tributario se materializa en la ley creadora del tributo, que, inexorablemente, tiene que adecuarse a los principios y normas constitucionales, y se erige como una garantía de naturaleza constitucional y un condicionamiento al actuar administrativo, como mecanismo de defensa del sujeto pasivo frente a las actuaciones discrecionales de la Administración Tributaria.

Este principio de legalidad tributaria es desarrollado por el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, el cual establece que sólo la ley puede crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo, indicar el sujeto pasivo, otorgar exenciones y rebajas de impuestos, autorizar al Ejecutivo para conceder exoneraciones y demás beneficios o incentivos fiscales. Por ello, esta Dirección General insiste en que la legalidad tributaria implica la existencia de ley previa creadora del tributo en la cual se debe expresar de manera precisa, todos los elementos configurativos del hecho imponible y la forma como se ha de cumplir y extinguir la obligación.

**CONCLUSIÓN:**

Por todas las razones aludidas, se considera que hasta tanto el Distrito Capital, a través de la Asamblea Nacional, ejerza la potestad tributaria y concretamente asuma la competencia en materia de timbre fiscal, mediante una Ley formal dictada por este órgano legislativo, en la cual se defina el hecho imponible, se fije la alícuota del tributo, la base de su cálculo, el sujeto pasivo, se otorguen exenciones y rebajas de impuestos, se autorice al Ejecutivo para conceder exoneraciones y demás beneficios o incentivos fiscales; resulta aplicable lo dispuesto en la Legislación Nacional en materia de Timbre Fiscal y corresponderá entonces al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal, exigir el cumplimiento del impuesto al 1 x 1000, hasta que sea sancionada la normativa del Distrito Capital destinada a regular dicho tributo.

Memorando N° 04-00-603 del 13 de octubre de 2009.

*DERECHO TRIBUTARIO: Cumplimiento de los deberes de información y enteramiento en materia de Retenciones del Impuesto Sobre la Renta.*

**Los deudores de ciertos enriquecimientos están en la obligación de efectuar la retención del Impuesto Sobre la Renta, en el momento del pago o abono en cuenta y enterarlas en una oficina receptora de fondos nacionales.**

Memorando N° 04-00-743 del 21 de diciembre de 2009.

Opinión relacionada con el artículo 2 de la “Providencia Administrativa que regula el cumplimiento de los deberes de Información y enteramiento en materia de Retenciones del Impuesto Sobre la Renta” N° SNAT/2009-0095 del 22 de septiembre de 2009, dictada por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, en fecha 22 de septiembre de 2009 dictó la “*Providencia Administrativa que regula el cumplimiento de los deberes de Información y enteramiento en materia de Retenciones del Impuesto Sobre la Renta*”<sup>1</sup> (en lo sucesivo la Providencia), en la que se establece un sistema de declaración mensual por parte de los agentes de retención antes de proceder a enterar las cantidades retenidas, distinto a las relaciones informativas de retenciones anuales que disponían las providencias de años anteriores.

Bajo este contexto los artículos 1° y 2° de la citada Providencia, expresan lo siguiente:

**“Artículo 1°. Los agentes de retención del impuesto sobre la renta, antes de proceder al enteramiento de las cantidades retenidas, deberán presentar en medios electrónicos una declaración que cumpla las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal.**

**Artículo 2°. La declaración deberá contener la totalidad de los pagos o abonos en cuenta realizados, aún cuando éstos no generen retención, siempre que se correspondan a las operaciones señaladas en el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta en Materia de Retenciones y deberá presentarse aunque no se hubieren efectuado operaciones en el periodo mensual correspondiente.**

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.269 del 22 de septiembre de 2009.

*La obligación establecida en el presente Artículo no se aplicará en los casos de las actividades efectuadas por concepto de ganancias fortuitas, enajenación de acciones y pago de dividendos.” (Destacado y subrayado nuestros)*

Ahora bien, en virtud de que el asunto planteado versa sobre los deberes de los agentes de retención del Impuesto Sobre la Renta, es necesario en primer lugar citar lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley que regula este impuesto<sup>2</sup>, el cual expresa lo siguiente:

**“Artículo 86.** *Los deudores de los enriquecimientos netos o ingresos brutos a que se contraen los artículos 27, parágrafo octavo, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 63, 64 y 76 de esta Ley, están obligados a hacer la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterar tales cantidades en una oficina receptora de fondos nacionales, dentro de los plazos y formas que establezcan las disposiciones de esta Ley y su Reglamento. Igual obligación de retener y enterar el impuesto en la forma señalada, tendrán los deudores de los enriquecimientos netos, ingresos brutos o renta bruta a que se refiere el parágrafo cuarto de este artículo. Con tales propósitos, el Reglamento fijará normas que regulen lo relativo a esta materia.* (Destacado y subrayado nuestro)

*A los efectos de la retención parcial o total prevista en esta Ley y en sus disposiciones reglamentarias, el Ejecutivo Nacional podrá fijar tarifas o porcentajes de retención en concordancia con las establecidas en el Título III.” (Omissis)*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Del artículo transcrito, se desprenden dos premisas fundamentales en materia de retenciones, en principio que los deudores de ciertos enriquecimientos están en la obligación de efectuar la retención del impuesto sobre la renta, en el momento del pago o abono en cuenta, así como de enterar tales retenciones en una oficina receptora de fondos nacionales, y por otra parte que el Ejecutivo Nacional tiene la potestad de reglamentar la modalidad en la que se efectuarán las retenciones fijando los plazos y formas para enterarlas.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.628 del 16 de febrero de 2007.

En ese sentido, tenemos que el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta en Materia de Retenciones<sup>3</sup>, en sus artículos 23, 24 y 25 dispuso lo siguiente:

**“Artículo 23. Los agentes de retención, en lo que respecta a los enriquecimientos a que se refieren los Capítulos II y III de este Reglamento, están obligados a presentar ante la Oficina de la Administración Tributaria de su domicilio, dentro de los dos (2) primeros meses del ejercicio fiscal siguiente o de los dos (2) meses siguientes a la fecha de cesación de los negocios y demás actividades, una relación donde consten la identificación de las personas o comunidades objeto de retención, las cantidades pagadas o abonadas en cuenta y los impuestos retenidos y enterados durante el año o período anterior (...).**

**Artículo 24.** Los agentes de retención están obligados a entregar a los contribuyentes, un comprobante por cada retención de impuesto que les practiquen (...).

**Parágrafo Único:** Los agentes de retención estarán obligados a suministrar a la Administración Tributaria, la información relativa a los contribuyentes a quienes estén obligados a retener el impuesto, conforme a lo establecido en este Decreto (...).

**Artículo 25.** Las informaciones y relaciones a que se refieren los artículos anteriores, deberán ser elaborados en los formularios que emita o autorice al efecto la Administración Tributaria o en las formas que se establezcan (...).

La Administración Tributaria podrá establecer lineamientos generales o específicos, esquemas de programas y sistemas computarizados especiales a ser aplicados a los agentes de retención, los cuales serán publicados en la Gaceta Oficial.” (Omissis) (Destacado y subrayado nuestro)

Bajo el sustento de los artículos citados parcialmente, que facultan a la Administración Tributaria para fijar la forma, plazos y condiciones para el cumplimiento del suministro de la información requerida a

---

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.203 del 12 de mayo de 1997.



los agentes de retención, el SENIAT cada año dicta una providencia a tal efecto, como la que nos ocupa en este caso, con la particularidad de que este año exige del agente de retención, hacer una declaración sobre la totalidad de los pagos o abonos en cuenta que realice, independientemente de que dichos pagos generen o no retención.

En ese sentido, se considera que esta exigencia debe ser analizada, previo conocimiento del alcance y significado de los efectos y esencia de la figura de la retención y el rol que cumplen los agentes de retención, en este orden se debe indicar las finalidades que cumplen en el ordenamiento jurídico-tributario las retenciones, a saber:

- Facilitan a la Administración la disposición de los medios económicos, mediante la anticipación de la recaudación del futuro impuesto, evitándose así que la recaudación fiscal se acumule en un solo período del año.
- Proporcionan a la Administración Tributaria valiosas informaciones sobre los sujetos que obtienen ingresos que puedan ser gravados por el Impuesto, y la cuantía de estos ingresos, facilitando la actividad y control de la gestión fiscal.<sup>4</sup>
- Pretenden hacer más tolerable la carga fiscal para el contribuyente directo, y
- Son un medio para el manejo de la política económica, puesto que el sistema tributario permite la materialización de las políticas públicas.

Ahora bien, en cuanto al agente de retención, es el encargado de retener el anticipo de impuesto a los contribuyentes, quien por su función se encuentra en contacto directo con el importe dinerario, propiedad del contribuyente, o que éste debe recibir, y tiene la posibilidad de deducir la parte que corresponde al Fisco por concepto del tributo, la cual debe efectuarse cada vez que se realice un pago o abono en cuenta a los beneficiarios, por los que el agente de retención pasa a ser un sustituto en la obligación de pagar el impuesto y es el único responsable ante el sujeto activo por el importe retenido.

El Código Orgánico Tributario engloba esta figura dentro de la categoría de responsables, y los define -al igual que a los agentes de percepción- como *“las personas designadas por la ley o por la Administración, previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por*

---

<sup>4</sup> Collado Miguel, La retención a cuenta en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, Madrid 1992.

*razón de sus actividades privadas, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente” (Artículo 27).*

Los agentes de retención al desplegar la actividad que le ha sido designada, deben respetar el principio de legalidad, para lo cual se sirven de las fuentes legales aplicables como lo son la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento parcial en materia de retenciones, y deben respetar las formas y plazos que determine la administración tributaria.

En este orden de ideas, el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta en Materia de Retenciones, en el artículo 1, ratifica la obligación de practicar la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta, y a enterarlo en una oficina receptora de fondos nacionales dentro de los plazos, condiciones y formas reglamentarias allí establecidas, a los deudores o pagadores de los enriquecimientos o ingresos brutos dentro de los cuales se encuentran los indicados en el artículo 31 de la Ley, que alude al enriquecimiento neto de los asalariados; retención que procederá en estos casos si el beneficiario de las remuneraciones obtiene o estima obtener, de uno o más deudores o pagadores, un total anual que exceda de mil unidades tributarias (1.000 UT).

Por su parte, el artículo 4° *eiusdem* establece lo siguiente:

*“Los beneficiarios de las remuneraciones a que se contrae el artículo 2° y el parágrafo único del Artículo 3° de este Reglamento, deberán suministrar a cada deudor o pagador la siguiente información, en el formulario que edite o autorice, a tal efecto, el Ministerio de Hacienda:*

- 1) La totalidad de las remuneraciones fijas, variables o eventuales a percibir o que estimen percibir de cada uno de sus deudores o pagadores;*
- 2) Las cantidades que estimen desembolsar dentro del año gravable por concepto de desgravámenes, de no optar por el desgravamen único; o*
- 3) El desgravamen único equivalente a setecientas cincuenta unidades tributarias (750 U.T.), de optar por esta modalidad;*

- 4) *El número de personas que por constituir carga familiar les den derecho a rebajas de impuestos;*
- 5) *Las cantidades retenidas demás en años anteriores por concepto de impuesto sobre sueldos y demás remuneraciones similares, no reintegradas, ni compensadas o cedidas, correspondientes a derechos no prescritos;*
- 6) *El porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe.”*

(...).

**Parágrafo Tercero:** *La información contenida en el formulario podrá ser revisada por el agente de retención correspondiente, quien en caso de observar errores, deberá notificarlo al beneficiario.”* (Subrayado nuestro)

Como puede observarse, el artículo transcrito prevé dentro de los deberes de información de cada beneficiario hacia su deudor o pagador, el de indicarle entre otros, la totalidad de las remuneraciones **fijas, variables o eventuales** que estimen percibir y el porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe. Todas estas indicaciones se refieren al contenido de la declaración estimada (AR-I) que debe ser presentada por todo beneficiario de remuneraciones.

De manera que en el caso de las remuneraciones a los trabajadores, corresponde en principio al trabajador como contribuyente, calcular la totalidad de los ingresos que estima percibir durante el ejercicio anual y excepcionalmente, el agente de retención deberá calcular la remuneración sujeta a retención, bien sea porque el trabajador no cumple su obligación de hacerlo, o porque estima una remuneración menor a la real y no participa tal circunstancia al agente de retención. Así, el patrono como agente de retención, está legalmente autorizado para retener sobre los pagos efectuados al trabajador en el año fiscal, los conceptos gravables por el referido impuesto. Específicamente en el caso del pago o abono en cuenta de sueldos y salarios a los trabajadores bajo relación de dependencia, estas retenciones deben adecuarse al contenido de la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que contiene una

nueva interpretación con carácter vinculante del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, precisando que el enriquecimiento neto de los asalariados a los fines de la declaración y pago del impuesto sobre la renta estará conformado por las remuneraciones otorgadas en forma regular y permanente (salario normal) debiendo excluirse los beneficios remunerativos otorgados en forma accidental o eventual.

Así, en el caso de que el trabajador haya elaborado su AR-I exclusivamente, sobre la base de su salario “normal” como lo establece el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, el patrono como agente de retención no está legalmente autorizado para retener ningún concepto sobre todos los pagos efectuados al trabajador en el año fiscal, (salario “integral”).

Señalado lo anterior, no cabe duda que la Administración Tributaria al dictar normas sobre las formas y plazos de presentación de las aludidas retenciones por los responsables, debe respetar los límites *ut supra* citados y ceñir su actuación a la legalidad tributaria, sin vulnerar los elementos esenciales del hecho generador del tributo.

En este sentido, cuando la Providencia exige una declaración mensual de la totalidad de los pagos o abonos en cuenta realizados por quienes fungen como agentes de retención, aún cuando estos pagos no generen retención, excede los límites de su competencia, pues si bien es cierto que la Administración Tributaria puede ejercer el control, inspección y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en ejercicio de las funciones que le han sido conferidas en su Ley de creación<sup>5</sup> (Artículo 4 numeral 8), como una forma de organizar y controlar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos -sea en calidad de contribuyentes o responsables-, no es menos cierto que dicho control, específicamente la declaración mensual, debe circunscribirse a los pagos que generen retención, y no a aquellos que en medida alguna dan origen a la materialización del impuesto, y en consecuencia no suponen la verificación del hecho imponible que genera tal tributo, toda vez que pueden existir pagos o abonos en cuenta que se alejen del supuesto generador del hecho imponible del impuesto sobre la renta.

---

<sup>5</sup> Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.320 del 08 de noviembre de 2001.

En este punto, se cita el criterio de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT, el cual expresa lo siguiente:

*“Por tal virtud, el sistema venezolano en lo atinente al impuesto sobre la renta, establece retenciones sobre la base de los pagos o abonos en cuenta, realizados por los deudores o pagadores de enriquecimientos, netos o ingresos brutos, a personas naturales o jurídicas, domiciliadas o no, que realicen en el país ciertos tipos de actividades.*

*En tal sentido, el Decreto 1.808, contentivo del Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Retenciones, prevé que los deudores o pagadores de los enriquecimientos netos derivados de sueldos, salarios y otras remuneraciones percibidas en razón de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, deben practicar retención del mencionado tributo.”<sup>6</sup>*

De esta manera, los agentes de retención deben adecuarse y retener con base en los enriquecimientos allí descritos, y la Administración Tributaria, por su parte, sólo podrá exigir a los agentes de retención, a efectos de esta categoría de contribuyentes, la información de aquellos pagos o abonos en cuenta derivados de los enriquecimientos netos, entendiendo como tales, los salarios devengados en forma regular y permanente.

En ese orden de ideas, conviene precisar que la competencia existe, como medida de la potestad atribuida a cada órgano, si hay previamente el señalamiento, por la norma legal expresa, de la atribución que se le reconoce y de los límites que la condicionan, de manera que la validez del acto administrativo supone que este emane de una autoridad administrativa competente, es decir, que tenga potestad para dictarlo en razón de que se encuentren facultades para ello por una declaración normativa, de modo que el ejercicio de sus atribuciones, en defecto de esta declaración, implica la presencia de irregularidades que manifiestan el vicio de incompetencia, a saber: la llamada usurpación de autoridad (el acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública), la usurpación de funciones (el órgano administrativo con investidura pública ejerce funciones atribuidas a otro Poder del Estado), **la extra-limitación de funciones** (la autoridad administrativa ejerce poderes

<sup>6</sup> [http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR CONTENIDO\\_SENIAT/02NORMATIVA\\_LEGAL/2.6DOCTRINA/CRITERIOS\\_ISLR\\_01\\_Agente\\_de\\_Retencion.pdf](http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR CONTENIDO_SENIAT/02NORMATIVA_LEGAL/2.6DOCTRINA/CRITERIOS_ISLR_01_Agente_de_Retencion.pdf)

que no le han sido atribuidos por una norma expresa o que **no pueden deducirse de la atribución legal de un poder discrecional**).

De acuerdo a las ideas precedentemente expuestas, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos considera que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), se extralimita en sus funciones en cuanto al alcance de la declaración mensual que deben hacer los agentes de retención en atención a la providencia N° SNAT/2009/0095, puesto que al exigir una información sobre la totalidad de los pagos o abonos en cuenta que realiza el agente de retención a sus trabajadores, se aparta de lo dispuesto en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su respectivo Reglamento en materia de retenciones, instrumentos que circunscriben las retenciones de dicho impuesto a determinados ingresos, y por ende a cierta clase de pagos o abonos en cuenta, a saber aquellos que generen retención, por lo que estimamos que la información que debe solicitar la Administración tributaria debe estar **estrictamente vinculada con el cumplimiento de la retención del impuesto sobre la renta**.

Memorando N° 04-00-743 del 21 de diciembre de 2009.

# DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES





*DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES: Independientemente de que se produzca el resarcimiento voluntario por parte del interesado, corresponde al órgano de control fiscal continuar el procedimiento para determinar las demás responsabilidades a que haya lugar.*

**Cuando un funcionario manifiesta a motu proprio su voluntad de reparar el daño causado, mediante depósito en una oficina receptora de fondos, o reponiendo el bien perdido mediante la sustitución por otro de idénticas o superiores características, corresponderá al órgano o entidad, proceder con arreglo a la normativa aplicable a realizar el registro contable -incorporación y desincorporación-, así como la codificación que permita agregarlo al inventario de bienes nacionales, en cuyo caso el órgano de control fiscal deberá continuar con el procedimiento para determinar las demás responsabilidades a que hubiere lugar de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

Memorando N° 04-00-132 del 12 de marzo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, acerca del procedimiento a seguir cuando un funcionario manifiesta su voluntad de indemnizar el daño causado a bienes nacionales.

En la referida comunicación el consultante expresa que la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) y la Policía Metropolitana, les han enviado una serie de copias certificadas de **expedientes de carácter disciplinario**, instruidos a funcionarios adscritos a esas instituciones, con la finalidad de que se inicien las respectivas averiguaciones administrativas de conformidad con lo establecido en el Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En ese sentido, manifiesta, que han iniciado las respectivas investigaciones, sin embargo, han observado que hay expedientes instruidos por pérdida o deterioro de Bienes Nacionales en relación con los cuales algunos funcionarios investigados, han manifestado su voluntad de indemnizar el daño causado, independientemente de la prosecución del Procedimiento Administrativo para la Determinación de Responsabilidades. En ese sentido, se solicita opinión acerca del procedimiento a seguir para la indemnización voluntaria.

Una vez analizado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos emite su parecer en los términos que a continuación se expresan:

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos se regula tanto por preceptos generales de derecho civil, como por normas especiales de derecho público.

Así, el artículo 1185 del Código Civil, prevé la obligación de reparar el daño causado, en los términos siguientes:

**“Artículo 1185.-** *El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.*

*Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.”*

En el ámbito público también está presente esta figura, como forma de indemnizar los daños y perjuicios que los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones puedan causar al patrimonio público, así está prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuyas disposiciones señalan lo siguiente:

**“Artículo 58. Como consecuencia de los resultados del examen de cuentas, los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias, formularán reparos a quienes hayan causado daños al patrimonio de la República o de los entes u organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos que le correspondía administrar, así como por la contravención del plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos que comprenden el control interno.**

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

**Artículo 85. 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.***

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

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

De la normativa transcrita se desprende que en el marco de las atribuciones de control asignadas a los órganos de control fiscal por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, estos tienen la potestad de establecer en sede administrativa, mediante la formulación de un acto administrativo conocido como “reparo”, la responsabilidad civil de un funcionario público, que en el ejercicio de funciones de administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, incurre en una irregularidad que causa un perjuicio pecuniario al patrimonio público.

En ese orden de ideas, es importante indicar que para que se configure la aludida responsabilidad civil y la consiguiente obligación de reparar, se requiere la presencia de ciertos elementos esenciales, que deben aparecer plenamente probados, a saber: 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, que deben propender a salvaguardar el patrimonio público y procurar la eficacia y legalidad de los procesos y operaciones institucionales; así como por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos. En fin, una acción u omisión dolosa o culposa de un funcionario público, empleado u obrero o particular, que interviene en la administración o manejo del patrimonio público, contraria a un deber predeterminado (irregularidad).

Otro elemento primordial para la configuración de esta responsabilidad civil y el nacimiento de la obligación resarcitoria, es el “perjuicio pecuniario”, es decir un daño al patrimonio público, representado por su disminución, menoscabo o pérdida, causada por cualquier acción u omisión contraria a un deber predeterminado del funcionario público que lo tiene a su cargo, y finalmente un nexo de causalidad entre los dos elementos antes enumerados (acción u omisión y daño), es decir, que la irregularidad sea la causa del daño.

En ese sentido, cuando el órgano de control fiscal interno, en el curso de las investigaciones que realiza con el fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, detecta indicios de que se ha causado daño al patrimonio del ente u organismo, debe realizar las actuaciones necesarias para determinar entre otras cosas el monto de los daños causados, así como la procedencia de acciones fiscales (Artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal). Si en el curso de la investigación determina el monto del daño y la relación causa-efecto entre el incumplimiento culposo o doloso de quien debe responder y el daño que este incumplimiento generó, debe informar a la persona de manera específica y clara de los hechos que se le imputan, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 *eiusdem*.

En estos casos, el imputado tendrá inmediatamente acceso al expediente y podrá promover todos los medios probatorios necesarios para su defensa, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico. Finalmente, dejará constancia de los resultados de las actuaciones realizadas en un informe, con base en el cual, mediante auto motivado, ordenará el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto en el Capítulo IV de este Título, para la formulación

de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda.

En efecto, para la formulación del reparo, así como para la declaratoria de la responsabilidad administrativa y la imposición de multas, el órgano de control fiscal deberá seguir el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades previsto en el Capítulo IV de la Ley, y en el supuesto de existir indicios de responsabilidad civil que no den lugar a la formulación de reparo así como de responsabilidad penal, remitirá copia certificada del expediente al Ministerio Público.

Sin perjuicio de lo expuesto, se considera que ante la manifiesta voluntad del interesado de realizar el pago indemnizatorio por la pérdida de los bienes, lo cual implicaría un reconocimiento de los hechos objeto de investigación, contenidos en el informe de resultados, éste podría eventualmente proceder a la reparación del daño causado, bien sea a través del pago del monto determinado por el órgano de control fiscal en el informe, o mediante la reposición del bien perdido, en cuyo caso resultaría inoficiosa la formulación del reparo, pues el daño se habría resarcido.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, instrumento regulador de la institución del reparo, no establece disposición alguna destinada a regular los trámites para la indemnización voluntaria por parte de los presuntos responsables del daño causado. Sin embargo, si partimos de la premisa de que el objeto del resarcimiento, en esencia, es conseguir una reposición económica en el patrimonio afectado, consideramos que esto podría lograrse a través de la sustitución o reposición del bien perdido por otro de idénticas características, o bien mediante el pago de una cantidad equivalente, con base en el precio del bien.

Así, tratándose la consulta que ocupa en este caso, de investigaciones llevadas a cabo por la pérdida de bienes nacionales, donde el funcionario manifiesta *motu proprio* su voluntad de reparar el daño causado, corresponde al órgano de control fiscal levantar acta en la cual se deje constancia de haber notificado los resultados de la investigación y de la manifestación de voluntad del funcionario responsable de resarcir el daño, quien procederá a depositar en una oficina receptora de fondos nacionales el monto determinado por el órgano de control

fiscal y a consignar ante la dependencia competente del organismo o entidad a la cual estaba adscrito el bien, los comprobantes respectivos. Podría, igualmente, el funcionario reponer el bien perdido mediante la sustitución por otro de idénticas o superiores características, en cuyo caso corresponderá al órgano al cual estaba adscrito el bien en referencia, proceder con arreglo a la normativa aplicable a la incorporación y desincorporación de bienes al patrimonio público, realizando el registro contable y codificación para agregarlo al inventario de bienes nacionales, con vista en la documentación que avale la adquisición del bien, así como la comprobada existencia del bien adquirido.

A todo evento, es importante reiterar que independientemente de que se produzca el resarcimiento voluntario por parte del interesado, corresponde al órgano de control fiscal continuar el procedimiento para determinar las demás responsabilidades a que hubiere lugar, en el entendido de que las responsabilidades civil, penal y administrativa son independientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la citada Ley.

Memorando N° 04-00-132 del 12 de marzo de 2009.

# ESTADOS Y MUNICIPIOS





*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Derecho que tienen los funcionarios, empleados y trabajadores del Ejecutivo del Estado Táchira a gozar de manera efectiva el derecho a obtener las pensiones correspondientes, según la contingencia ocurrida, previo cumplimiento de los requisitos legales que exige la vigente Ley del Seguro Social y su Reglamento General.*

**Los funcionarios, empleados y trabajadores del Ejecutivo del Estado Táchira tienen derecho a obtener las pensiones correspondientes, según la contingencia ocurrida, previo cumplimiento de los requisitos legales y la disponibilidad presupuestaria.**

Oficio N° 04-00-005 del 03 de febrero de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, con fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos 51 y 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 14, numeral 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en torno a la situación planteada a continuación:

En el Ejecutivo del Estado Táchira, se encuentran en nómina de activos, funcionarios públicos que poseen presuntamente los requisitos necesarios para gozar de las características del Régimen de Pensión; establecido en la Convención Colectiva suscrita entre el Ejecutivo Regional del Estado Táchira y el Sindicato Único de Empleados Públicos del Ejecutivo del Estado Táchira, específicamente en su artículo 31; el cual remite a la Ley especial de la materia, pero a pesar de la existencia de esta situación, no se cuenta con la disponibilidad presupuestaria a los fines de proceder a iniciar los trámites administrativos pertinentes para el otorgamiento de su pensión.

Es criterio de esta Contraloría General, que estos funcionarios públicos, a pesar de poseer características que presuntamente conlleven al reconocimiento de su beneficio de pensión, no pueden ser trasladados a la nómina de incapacitados del Ejecutivo Regional, debido a que no se ha realizado el documento principal que permita entender que ha finalizado la relación funcional, como es el Decreto en donde el Gobernador del Estado proceda a dar por finiquitada la relación; a su vez es necesaria la existencia de la disponibilidad presupuestaria en cumplimiento de los parámetros legales de la Ley Orgánica de la Administración Pública y de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Una vez realizado el análisis correspondiente, esta Dirección General emite su parecer a título de colaboración y sin carácter vinculante en los términos siguientes:

Como marco fundamental, el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> establece, que toda persona tiene **derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo que garantice la protección a las contingencias de enfermedad, invalidez**, entre otras circunstancias de previsión social aseguradas por el Estado venezolano.

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>2</sup> dispone en su artículo 27, que los **funcionarios públicos** nacionales, **estadales** y municipales, **tendrán derecho a su protección integral, a través del sistema de seguridad social en los términos y condiciones que establezca la ley y los reglamentos que regulan el Sistema de Seguridad Social.**

Específicamente, los funcionarios públicos del Ejecutivo Regional del Estado Táchira, según se expone en la comunicación de solicitud de opinión, se encuentran amparados por la Convención Colectiva suscrita entre la Gobernación del Estado y el Sindicato Único de Empleados (SUEPET) de 1998, cuyo artículo 31, referido al régimen de pensiones remite a la ley especial sobre la materia.

Sobre el particular, se considera que es innegable el derecho que tienen los funcionarios, empleados y trabajadores del Ejecutivo Regional del Estado Táchira a gozar de manera efectiva el derecho a obtener las pensiones correspondientes, según la contingencia ocurrida, previo cumplimiento de los requisitos legales que exige la vigente Ley del Seguro Social<sup>3</sup> y su Reglamento General.<sup>4</sup>

Así, una vez que éstos requisitos hayan sido cumplidos y certificadas las incapacidades respectivas, el organismo, vale decir, la Gobernación del Estado Táchira, debe proceder a tramitar lo conducente para obtener la **disponibilidad presupuestaria** por una parte, para efectuar el pago de las prestaciones laborales correspondientes, a los fines de proceder al retiro del personal y **satisfacer sus derechos laborales** y por la otra, a **garantizar el pago de las pensiones correspondientes.**

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° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.322 Extraordinario del 3 de octubre de 1991.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.570 Extraordinario del 30 de abril de 1993.

En este orden de ideas, es importante señalar que la etapa de la formulación del presupuesto de gastos del Ejecutivo Regional de esa Entidad Federal, era el momento idóneo para prever la disponibilidad presupuestaria requerida, a los fines de realizar los pagos antes mencionados. Sin embargo, también con la aprobación de créditos adicionales solicitados por ese órgano, mediante acto motivado, se podría incrementar la disponibilidad presupuestaria de las partidas correspondientes con el objeto de solventar la situación planteada, conforme a la normativa que regula la materia en ese Estado.

Cumplidos estos trámites administrativos y presupuestarios, la Gobernación podrá incorporar al personal con derecho al pago de la pensión respectiva a la nómina de personal pasivo. Lo contrario sería, no sólo desmejorar las condiciones de ese personal, sino además vulnerar sus derechos humanos, en cuanto a que el trabajador se encontraría en un estado de indefensión o desprotegido respecto a la imposibilidad de percibir los medios mínimos para su sustento y el de su grupo familiar.

Oficio N° 04-00-005 del 03 de febrero de 2009.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Pertinencia de extender o no la aplicación del Régimen de Jubilaciones y Pensiones que corresponde a los funcionarios y funcionarias de esa Contraloría General, a los funcionarios y funcionarias adscritos a los demás órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal.*

**Los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, tienen su propia estructura organizativa y autonomía orgánica, funcional y administrativa. De allí que no es jurídicamente viable, que este Organismo Contralor extienda la aplicación del Reglamento de Pensiones y Jubilaciones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República a personas naturales distintas a sus funcionarios.**

Oficio N° 04-00-036 del 18 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la pertinencia de extender la aplicación del mismo Régimen de Jubilaciones y Pensiones que corresponde a los funcionarios y funcionarias de esa Contraloría General, a los funcionarios y funcionarias adscritos a los demás órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Analizada la normativa que regula el asunto consultado, en concordancia con la jurisprudencia y doctrina aplicable, esta Dirección General emite su parecer, en los términos siguientes:

Es importante precisar que las Contralorías Municipales son órganos de control fiscal externo integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, tal como lo prevén los artículos 24 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que gozan de autonomía orgánica, funcional y administrativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 *eiusdem* en concordancia con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.<sup>1</sup>

En ese sentido, dado el carácter *sui géneris* (autonomía) de las Contralorías Municipales no es posible conforme a la distribución horizontal del Poder Público Municipal, según lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en Poder Ejecutivo y Legislativo), ubicar a éstos órganos de control fiscal externo dentro de los referidos poderes. Sin embargo, los mismos **son órganos integrados a la estructura general del Municipio correspondiente** y en el caso en concreto, del Municipio Los Salias del Estado Miranda,

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 del 8 de junio de 2005.

toda vez que tienen asignada una competencia otorgada por normas de Derecho Público y en tal sentido, cumplen funciones públicas.

Señalado lo anterior, y en relación con el régimen de jubilaciones de los funcionarios públicos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup>, dispone en el tercer aparte del artículo 147 que: “La **Ley nacional** establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y **municipales**.” (Cursivas y destacado nuestro)

Por su parte, el artículo 156 de la Carta Fundamental, otorga competencia al Poder Público Nacional sobre las materias siguientes:

(...)

*“22. El régimen y organización del sistema de seguridad social*

(...).

*32. La legislación en materia de (...) previsión y seguridad sociales.”*

Así pues, en cumplimiento de este mandato constitucional, la Asamblea Nacional decretó 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<sup>3</sup>, en lo sucesivo Ley del Estatuto, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se encuentra previsto en el artículo 2º, dentro del cual se encuentran sometidos **los municipios** y sus entes descentralizados, entre otros órganos y entes del sector público, regulados igualmente por el vigente Reglamento de la referida Ley<sup>4</sup>, normativa ésta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social permanecerá vigente hasta tanto se promulgue la Ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas.

Señalado lo anterior, es imperioso indicar, por una parte, que la materia de jubilaciones y pensiones, tiene el **carácter de reserva legal nacional**, en virtud de la importancia que reviste para el Estado venezolano, así como satisfacer los derechos sociales de los funcionarios públicos, por lo que otro órgano distinto al Poder Legislativo Nacional

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.501 del 16 de agosto de 2006

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 del 11 de enero de 1999.

**por órgano de la Asamblea Nacional**, no puede dictar normas sobre esta materia, salvo las excepciones que la propia Ley del Estatuto prevé y que señalaremos más adelante. Por otra parte, al ser esta normativa, la Ley general en cuanto al derecho de jubilación se refiere, su aplicación es de carácter obligatorio para los órganos y entes señalados en el artículo 2° (ámbito subjetivo de aplicación) de la misma, dentro del cual se inscriben las Contralorías Municipales al pertenecer a la estructura general del Municipio, tal como se indicó anteriormente.

Igualmente, el artículo 4° de la Ley del Estatuto, prevé que están exceptuados de la aplicación de dicha 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 (...).”** (Destacado y subrayado nuestro)

En ese orden de ideas, y específicamente en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, la Ley del Estatuto dispone lo siguiente:

**“Artículo 2.** *Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:*

*Los ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República.*

*La Procuraduría General de la República.*

*Los estados y sus organismos descentralizados.*

*Los municipios y sus organismos descentralizados.*

*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.*

*Las fundaciones del Estado.*

*Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.*

*Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional y de los estados y de los municipios.”*

Como puede interpretarse, por imperativo de la norma transcrita, queda claro que dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la citada

ley, **no se encuentran incluidos los Órganos que conforman el Poder Ciudadano** a quienes la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela les atribuye autonomía funcional, financiera y administrativa, como es el caso de la Contraloría General de la República.

Esta exclusión es consecuencia lógica y jurídica de la autonomía de la cual están dotados tales órganos por mandato del Texto Constitucional, de hecho, una de las innovaciones de la Constitución de 1999<sup>5</sup>, fue la creación de una nueva rama del Poder Público Nacional –el Poder Ciudadano- conformado exclusivamente por **la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República**, de allí que no hay lugar a duda que el Constituyente concibió con claridad la misión del Máximo Órgano Fiscalizador y para ello le reconoció esa autonomía (Artículos 273 y 287), que ya detentaba en la Constitución de 1961, como órgano de rango constitucional y autónomo respecto de todos los otros poderes nacionales, y que se manifiesta en la potestad para organizarse y ejercer sus funciones con independencia técnica y libre de influencias; además, comprende la libertad de dirección, de estructura, de organización o asignación de atribuciones, de designación, de remoción, de calificación del funcionario de confianza o alto nivel, así como la libertad de ejecución del presupuesto, siempre ajustada al más estricto margen de observación de las normas legales.

La mencionada autonomía y la posibilidad de dictar normas en materia de seguridad social de sus funcionarios, ya le había sido reconocida a la Contraloría General de la República, por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 22 de mayo de 1990<sup>6</sup>, **quien excluyó a sus funcionarios del régimen previsto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de**

5 Enmienda N° 1, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

6 La referida sentencia dejó sentado lo siguiente: “En virtud de lo expuesto, estima esta Corte que si bien la Contraloría General de la República forma parte de la Administración Pública Nacional (de la República), no puede considerarse que sea parte de la Administración Central ni de la Descentralizada de la República, únicas Administraciones (a la par de la Administración Central y Descentralizada de los Estados y Municipios), cuyos funcionarios o empleados públicos podrían ser destinatarios de las regulaciones legales autorizadas por la Enmienda Constitucional N° 2, artículo 2°, en materia del beneficio de jubilación o pensión y, desde luego, como quedó asentado en la Ley dictada en julio de 1986. En razón de lo expuesto concluye esta Corte, que la ‘Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional’, al incluir en el numeral 5 de su artículo 2° a la Contraloría General de la República, contrarió lo establecido en el artículo 2° de la Enmienda N° 2 promulgada el 26 de marzo de 1983, pues si bien la Contraloría General de la República es un organismo de la Administración Pública Nacional (de la República), no forma parte por ello de la Administración Central o Descentralizada de ésta, de modo que mal pueden (sic) dicho organismo y sus funcionarios, ser destinatarios de la Ley de julio de 1986. Así se declara.”

**los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios**, y anuló el numeral 5 de su artículo 2, basándose en que los órganos con autonomía funcional no podían ser incluidos en los entes a que hacía alusión el artículo 2° de la Enmienda N° 2 del Texto Constitucional de 1961, que sirvió de fundamento al Poder Legislativo para sancionar la referida Ley. Criterio que fue ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 797 del 11 de abril de 2002, donde se reconoce que existe una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, **a órganos como la Contraloría General de la República, dotados de autonomía funcional**, que los autoriza para dictar sus propios reglamentos en materia de régimen de personal, incluidas previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal, reconociendo así la validez del Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República.

En atención a lo antes expuesto, cabe indicar que en efecto, la Contraloría General de la República cuenta con su propio Régimen de Jubilaciones y Pensiones<sup>7</sup>, el cual fue dictado mediante Reglamento por el Contralor General de la República, en atención a la atribución conferida en el artículo 16 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>8</sup>, facultad que se mantiene en el numeral 3 del artículo 14 de la Ley *in commento*, con fundamento en la autonomía constitucional y legalmente conferida a este Órgano Contralor, tal como fue indicado anteriormente.

El ámbito subjetivo de aplicación del mencionado Estatuto está claramente delimitado en su artículo 1 en los términos siguientes: “*El presente Reglamento regula los derechos a la jubilación y a la pensión de invalidez **de los funcionarios de la Contraloría General de la República**, así como el derecho de sus familiares a la pensión de sobreviviente.*” (Destacado y subrayado nuestro)

De tal manera que, bajo el escenario normativo actual, **no es jurídicamente viable, que este Organismo Contralor pueda extender la aplicación del régimen de jubilaciones y pensiones previsto en el mencionado Estatuto a personas naturales distintas a los funcionarios de la Contraloría General de la República**, caso contrario se incurriría en una extralimitación de la competencia asignada a este Organismo Contralor.

---

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

8 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995.



En ese orden de ideas, es importante advertir que las actuaciones de la Contraloría General de la República, deben adecuarse al **Principio de la Legalidad**, previsto en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual las actividades que realicen los órganos que ejercen el Poder Público deben sujetarse a las disposiciones contenidas en la Carta Magna y en la Ley.

Así las cosas, el hecho cierto de que exista una rectoría por parte de esta Institución Contralora respecto de los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, como es el caso de las Contralorías Municipales (órganos de control fiscal externo), lo cual sin duda genera una relación de coordinación de carácter técnico, como es natural en un Sistema que propende lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control, no implica que sea jurídicamente posible la aplicación del régimen de jubilaciones y pensiones de este Organismo al personal que presta servicios en los órganos de control fiscal externos, que son distintos e independientes de la Contraloría General de la República y que tienen, tal como se ha señalado, **su propia estructura organizativa y autonomía orgánica, funcional y administrativa**, como es el caso que propone la Contraloría del Municipio Los Salias del Estado Miranda. En consecuencia, se ratifica que la aplicación de la normativa *in commento* se encuentra restringida a los funcionarios de la Contraloría General de la República, de conformidad con lo previsto en su artículo 1°.

Asimismo y con el propósito de orientar, importa destacar que si un órgano de control fiscal externo emite un acto administrativo, **mediante el cual confiere un beneficio de jubilación conforme a una normativa distinta a la legalmente aplicable**, este acto estaría viciado de falso supuesto de derecho, el cual se materializa según la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República, cuando: *“(...) los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo para fundamentar su decisión, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado, se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad.”*<sup>9</sup> (Cursivas nuestras)

Señalado lo anterior, a mayor abundamiento, es oportuno indicar que recientemente la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo

9 Sentencia N° 01117 de Sala Político Administrativa, Expediente N° 16312 del 19 de septiembre de 2002.

de Justicia, mediante sentencia N° 00476 del 22 de abril de 2009, aclaró, entre otros particulares, lo siguiente:

*“1.- En relación con lo señalado por los representantes del mencionado órgano contralor, en el sentido de que el cargo de Contralor Municipal no debe ser considerado como una manifestación del Poder Ciudadano a nivel territorial, como según dicen, se señaló en la sentencia objeto de la presente aclaratoria, se observa que la Sala, a los fines de ubicar las Contralorías Municipales dentro del régimen constitucional del Estado venezolano y de la división del Poder Público, señaló en dicho fallo lo siguiente:*

*‘(...) el artículo 136 de la Constitución, consagra el principio de división y distribución de Poder Público, al establecer que éste se divide en cinco ramas de acuerdo con la especialidad de sus funciones (legislativa, judicial, ejecutiva, electoral y ciudadana) y se distribuye en tres niveles político-territoriales autónomos (nacional, estatal y el municipal).*

*De estas ramas en que se divide el Poder Público, los poderes ejecutivo y legislativo se encuentran atribuidos, a la República, a los Estados y a los Municipios, mientras que los poderes judicial y electoral sólo están atribuidos al Poder Nacional, ejercidos mediante los órganos especializados en dichas funciones.*

*Cabe señalar que conforme a lo previsto en los artículos 280 y 284 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la rama ciudadana conformada por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, se encuentra parcialmente centralizada, en el caso de los dos primeros órganos antes mencionados, ya que no tienen equivalente a nivel estatal o municipal; mientras que no sucede así, respecto de la función contralora, toda vez que la Constitución, en sus artículos 163 y 176, contempla en cada Estado y en cada Municipio, la existencia de una Contraloría Estatal y una Municipal, que son autónomos funcionalmente, es decir, no dependientes de los otros poderes, lo que constituye una manifestación de Poder Ciudadano a nivel político-territorial’.*

Al respecto, la Sala observa que en el fallo objeto de aclaratoria, no se señaló que el cargo de Contralor Municipal formase parte del Poder Ciudadano. En dicha sentencia, cuando se hace el análisis de los artículos 280 y 284 de la Constitución, se parte de la base de que el Poder Ciudadano se encuentra ‘conformado por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República...’ (Página 37 del fallo). **De allí se desprende que en modo alguno este órgano jurisdiccional haya incluido a la Contraloría Municipal dentro del mencionado poder.**

Ahora bien, a los fines de establecer la naturaleza de dicho órgano con autonomía constitucional en el ámbito local, esta Sala, con vista a que la Contraloría General de la República forma parte del Poder Ciudadano, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 273 de la Constitución, y que, a su vez, la Contraloría Municipal ejerce similares funciones de control pero en el ámbito municipal, **se estableció –desde el punto de vista orgánico- que ésta última sería una expresión de la primera, sin que ello sea extensible a las características propias e intrínsecas que el Poder Ciudadano posee en cuanto a sus funciones.**

En efecto, **debe aclararse que lo anterior, no implica que desde el punto de vista material o funcional, se esté afirmando que la actividad de las Contralorías Municipales se asimile a las del Poder Ciudadano, por cuanto la actividad de este Poder sólo se manifiesta cuando los tres órganos que la integran actúan de manera conjunta y conforman el Consejo Moral Republicano, conforme a lo establecido en el artículo 273 de la Constitución.**

En consecuencia, aclara la Sala, que cuando se estableció que el cargo de Contralor Municipal era una manifestación del Poder Ciudadano, lo hizo desde una perspectiva orgánica parcial, esto es, como una expresión de la función atribuida por separado a uno de los

*órganos que pertenece al Poder Ciudadano, como lo es la Contraloría General de la República.*

*En consecuencia, la Sala considera aclarado el fallo N° 588 dictado por esta Sala el 14 de mayo de 2008, en cuanto a la ubicación de las Contralorías Municipales dentro del régimen constitucional del Estado. Así se decide.”*  
(Destacado y subrayado nuestro)

Como puede observarse, quedó claramente establecido mediante esta sentencia de la Sala Político-Administrativa, que las Contralorías Municipales **no son órganos del Poder Ciudadano, aún cuando ejercen similares funciones de control a las de la Contraloría General de la República, pero en el ámbito municipal**, situación que ocurre igualmente con las Contralorías Estadales.

Lo anterior se fundamenta en las previsiones contenidas en la Carta Magna, la cual por una parte define, sin lugar a dudas, cuáles son los órganos que integran el Poder Ciudadano, vale decir, **el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República**, lo que deriva de la división horizontal del Poder Público a nivel nacional, tal y como fue previsto en el artículo 136 constitucional. En consecuencia, **a nivel estatal y municipal, la división del Poder Público en Poder Ciudadano no existe**, así como tampoco los Poderes Judicial y Electoral.

Por otra parte, esta decisión tiene su asidero en los artículos 163 y 176 de la Carta Fundamental, que contempla en cada estado y en cada municipio, la existencia de una Contraloría Estatal y una Municipal, **que son autónomas funcionalmente, es decir, no dependientes de ningún órgano del Poder Público**, sin desconocer que el artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce la existencia de un Sistema Nacional de Control Fiscal con carácter nacional, razón por la cual los órganos de control fiscal externo que lo conforman, están sujetos a la rectoría que ejerce la Contraloría General de la República y por ende, podría ésta establecer directrices dirigidas a los integrantes del mencionado Sistema, que permitirían eventualmente optimizar su organización y funcionamiento. Pero aún así, estos no podrían aplicar el régimen de jubilaciones y pensiones de la Contraloría General de la República, en el entendido de que las Contralorías

Estadales y Municipales, **aún cuando gozan de autonomía funcional, se encuentran sometidas al régimen estatutario existente sobre la materia, por ser éste de reserva legal**, vale decir, a 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, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2, numerales 3 y 4 del mencionado Estatuto.

Oficio N° 04-00-036 del 18 de mayo de 2009.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Procedencia de la retroactividad en el pago de la pensión de sobreviviente a la supérstite de quien en vida fuera personal jubilado de la Contraloría del Estado Cojedes.*

**Ocurrida la muerte de un funcionario jubilado o activo con derecho a jubilación, nace el derecho a la pensión de sobreviviente para aquellos familiares taxativamente señalados por la Ley como beneficiarios.**

Oficio N° 04-00-037 del 20 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la procedencia de la retroactividad en el pago de la pensión de sobreviviente a la supérstite de quien en vida fuera personal jubilado de ese Organismo.

Vista y analizada la solicitud antes referida, esta Dirección emite su parecer en los términos siguientes:

Como punto previo cabe señalar la competencia constitucional y legalmente atribuida a este Máximo Órgano Contralor. En tal sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 287 lo siguiente:

**“Artículo 287.** *La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.”*

A su vez, el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, dispone:

*“La Contraloría General de la República, en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de esta Ley, es un órgano del Poder Ciudadano, al que corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control.”* (Omissis)

---

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

De las normas parcialmente transcritas, se evidencia que la Contraloría General de la República es competente para ejercer el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes, tanto públicos como nacionales, así como de las operaciones que se derivan de los mismos, a fin de velar por el correcto manejo del patrimonio público por parte de la administración activa, orientándose a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier otra revisión fiscal en los órganos y entes sujetos a su control. Como consecuencia de ello se constata, que no corresponde a este Órgano de Control emitir opinión sobre aspectos que se vinculen con la toma de decisiones y manejo de la administración activa de los Entes u Órganos sujetos a su control.

No obstante, a título de colaboración y sin carácter vinculante, esta Dirección General, en el entendido que de la solicitud de opinión puede inferirse que se encuentran involucrados intereses patrimoniales públicos con ocasión del gasto que genera el pago de la pensión en referencia, estima procedente realizar las consideraciones siguientes:

Conforme a lo indicado tanto en la consulta, como en la opinión de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Contraloría del Estado Cojedes, la ciudadana en cuestión, es la supérstite de un funcionario jubilado de dicho Organismo, respecto de quien se pretende revisar y verificar si procede la retroactividad del pago de la pensión de sobreviviente en virtud de la aplicación del artículo 25 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 los Municipios, el cual expresa lo siguiente:

*“La pensión de sobrevivientes se causará desde el día inmediato siguiente al fallecimiento del beneficiario de una jubilación o de un funcionario o empleado que, a la fecha de su muerte, llenare los requisitos para tener derecho a la jubilación.”*

Como se interpreta, el artículo transcrito regula de manera clara el momento en el cual se causa la pensión de sobreviviente, a saber, desde el día inmediato siguiente al fallecimiento del beneficiario de la jubilación. De manera que ocurrida la muerte del funcionario jubilado o activo con derecho a jubilación, nace el derecho a la pensión de sobreviviente para aquellos familiares taxativamente señalados por la Ley como beneficiarios.

Así pues, independientemente que como consecuencia de los trámites administrativos transcurra un determinado tiempo para el otorgamiento de la pensión, el sobreviviente solicitante tendrá derecho a percibirla a partir del día siguiente del fallecimiento del jubilado o de quien tuviese los derechos para jubilarse al momento de su muerte, conforme a lo dispuesto en la normativa *ut supra* citada.

Ahora bien, en cuanto al monto de la pensión de sobreviviente, el artículo 17 *eiusdem* dispone lo siguiente:

*“El monto de la pensión de sobreviviente será igual al setenta y cinco por ciento (75%) de la jubilación correspondiente y se distribuirá por partes iguales entre los beneficiarios.”*  
(Subrayado nuestro)

En tal sentido, a los fines de determinar el monto de la pensión de sobreviviente, la base de cálculo sobre la cual se aplicará el setenta y cinco por ciento (75%) es la cantidad que constituía la asignación mensual por jubilación al momento del fallecimiento del causante.

Al efecto debe considerarse, que si al momento del fallecimiento la persona se encontrase en situación de funcionario activo y cumple con los requisitos para el otorgamiento del beneficio de jubilación (como es el caso bajo análisis), se deberá en primer término, determinar el monto que le correspondería como pensión de jubilación para la fecha de su deceso, y sobre la base, calcular la respectiva pensión de sobreviviente.

Sin menoscabo de lo antes expresado, es menester indicar que si el monto que resulte como pensión de jubilación es inferior al salario mínimo urbano al momento de su fallecimiento, esta cantidad deberá ser homologada al salario mínimo vigente para esa fecha<sup>2</sup>, lo cual inci-

<sup>2</sup> “El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público, sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social, entendido en su acepción tradicional -al igual que el régimen privado-, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano. En este contexto cabe destacar, que el principio de la Seguridad Social es de orden público y no se puede modificar ni por convención colectiva ni por convenio entre particulares.” (...) En ese sentido, la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano, tal y como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, en el caso de autos, al no tomarse en cuenta ni considerar el cumplimiento de la disposición constitucional para el cálculo de las pensiones de jubilación, se vulneró ese derecho constitucional.” Sentencia 816 de la Sala de Casación Social del 26 de julio 2005.



dirá directamente en el cálculo del porcentaje que le corresponderá a la supérstite como pensión de sobreviviente.

Tales precisiones se realizan en virtud de que se observa con especial atención, la afirmación contenida en la parte Motiva de la Opinión Jurídica DSJ N° 01061/2006, emanada de la Consultoría Jurídica de esa Contraloría, en la que se afirma que la pensión de sobreviviente *“deberá ser homologada en un setenta y cinco por ciento (75%) del monto mínimo establecido en el Decreto Presidencial N° 6.052, del 29 de abril de 2008.”*<sup>3</sup>

Criterio del cual esta Dirección General disiente, en razón de que el monto de las pensiones de sobrevivientes no se homologa conforme a ese instrumento normativo, pues escapa de su ámbito de aplicación debido a la naturaleza jurídica de prestación de previsión, la cual tiene como fin primordial, aliviar la condición económica de los beneficiarios. Lo que se puede homologar conforme a esa Ley son las pensiones de jubilación.

En tal sentido, la Ley de Homologación de las Pensiones del Seguro Social y de las Jubilaciones y Pensiones de la Administración Pública, al Salario Mínimo Nacional (Pensión Mínima Vital)<sup>4</sup>, indica expresamente en su artículo 1° quienes son sus sujetos activos, a saber, los beneficiarios de una pensión de invalidez o vejez otorgada por el Seguro Social o **una jubilación** conferida con base en 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.

De manera que el beneficiario de la pensión de sobreviviente del funcionario de esa Contraloría, tiene derecho a percibirla a partir del día siguiente al fallecimiento de su causante, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión de jubilación que le correspondía a dicho ciudadano al momento de su muerte.

Oficio N° 04-00-037 del 20 de mayo 2009.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.920 Extraordinario del 16 junio de 1995.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.920 Extraordinario del 16 junio de 1995.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Posibilidad de que las Contralorías Estadales constituyan fundaciones.*

**La figura de la fundación no debe ser utilizada indiscriminadamente por los órganos de control fiscal para la realización de diversos fines de interés general que el órgano podría cumplir por sí mismo, o a través de instituciones ya existentes, pues de lo contrario se estarían contraviniendo los principios de economía, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos y de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales.**

Memorando N° 04-00-291 del 25 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la facultad que detentan o no las Contralorías Estadales para constituir fundaciones.

Al respecto es oportuno destacar lo que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> en su artículo 163, que dispone:

*“Cada Estado tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y a la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia, así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público.”*

Las Contralorías Estadales también son reguladas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en las respectivas Leyes Estadales.

Así pues, cada Estado debe tener una Contraloría que forma parte del Sistema Nacional de Control Fiscal, dotada constitucional y legalmente de **autonomía orgánica y funcional**, en virtud de lo cual puede adoptar libremente la estructura organizativa que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones, sin más requerimiento que el ajustar

---

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

su actuación al principio de legalidad, y en consecuencia, producir la normativa y actos administrativos pertinentes al efecto.

Bajo este contexto normativo, las Contralorías Estadales constituyen un órgano de control externo encargado de ejercer el control, vigilancia, y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y entidades (centralizadas y descentralizadas) estadales sujetos a su control, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República.

La autonomía que detentan las Contralorías Estadales, debe entenderse como la capacidad que tienen de dictar sus propias normas, válidas para el orden jurídico imperante, destacando dentro de los factores que determinan la autonomía, la competencia, y como atributo esencial, la independencia. Así las cosas, las Contralorías Estadales, no pueden ser ubicadas en ninguno de los poderes estadales, tomando en cuenta que el Texto Fundamental por disposición expresa del artículo 163, *ut supra* transcrito, las dotó de autonomía orgánica y funcional, erigiéndose como un órgano estatal con carácter *sui generis*, es decir, que no puede ser ubicado en ninguno de los poderes que conforman la organización administrativa estatal. No obstante, las Contralorías Estadales carecen de personalidad jurídica, por lo que (para determinados actos), comparten la que ostentan los Estados, tal como lo prevé el artículo 159 de la Carta Fundamental.

En respaldo a lo expuesto anteriormente, se puede citar el criterio que ha sostenido nuestro Máximo Tribunal en su Sala Constitucional, al analizar el alcance de los artículos 163, 159 y 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos siguientes:

*“No cabe duda pues, la intención del constituyente de otorgar a las Contralorías Estadales autonomía funcional y organizativa, que abarca una libertad de funcionamiento y de no adscripción respecto a las demás ramas del Poder Público, pues resulta evidente la necesidad de que los órganos contralores (como las contralorías estadales) sean independientes de las demás ramas, entes y órganos que se encuentran enmarcados dentro del control fiscal, lo cual implica, entre otras cosas, que sus decisiones no están sujetas de ser aprobadas -en*

*este caso- por órganos que no están insertos dentro de su estructura organizativa.*<sup>2</sup> (Subrayado nuestro)

Igualmente, es importante citar el criterio sostenido por esa Sala cuando se impugnó un artículo de la Constitución Federal del Estado Falcón que dispone la presentación de un informe de gestión y cuenta sobre el manejo del presupuesto asignado por parte de la Contraloría de ese Estado, considerando en ese momento la parte accionante, que tal previsión constituía una violación de la autonomía que la Constitución garantiza a los órganos de control externo; así pues transcribimos parte de la referida decisión, a continuación:

*“La parte demandante ha pretendido que su único vínculo ha de ser con el Poder Ciudadano, a través de la Contraloría General de la República, pero tal afirmación ignora que pueden coexistir controles –debe recordarse que los informes son siempre manifestación de control- y que la relación de las contralorías estatales y locales con la Contraloría nacional no elimina en modo alguno la incorporación de tales órganos en la estructura del poder público de la entidad de que se trate.*

*Las contralorías estatales y locales no son, como parece entenderse en el libelo de demanda, órganos que se desprenden de las entidades en las que se encuadran, por más que, a efectos funcionales, su vinculación exista también con el órgano de control fiscal nacional. No es un caso único: ciertas tareas, llevadas a cabo por órganos de diversos entes político-territoriales requieren de una especial coordinación, pues sin ella difícilmente se alcanzarían sus objetivos. Es el supuesto, por ejemplo, de la competencia para el resguardo de la seguridad ciudadana, entregada a todos los entes público-territoriales, pero que cuenta con instancias de reunión para la planificación y actuación conjunta o concertada.*

*De ese modo, el encuadramiento de órganos en la estructura de la República, Estados o Municipios -entes con autonomía garantizada constitucionalmente- no implica que no puedan actuar de manera coordinada, lo que incluye la*

---

2 Sala Constitucional Recurso de Revisión N° Expediente: 06-1605 N° Sentencia: 06-1605 fecha 26-06-2007.

*existencia de órganos que les sirvan de reunión e incluso que tengan el poder suficiente para imponer directrices y normas. (...)*

*Se trata, en definitiva, de un asunto de determinación de los límites de la autonomía, algo difícil de precisar en ciertos momentos. Se hace imprescindible idear medios de relación entre todos los órganos del Estado como una manera de asegurar el control en el ejercicio del poder (...).”<sup>3</sup>*

Ahora bien, analizada la naturaleza jurídica de las Contralorías Estadales y los criterios que sobre su autonomía ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, corresponde analizar la posibilidad de que estos órganos de control fiscal externo constituyan fundaciones, para lo cual es preciso tener claro que la naturaleza de éstas se encuentra regulada por el Código Civil venezolano<sup>4</sup>, el cual prescribe en los artículos 19 y 20 insertos en la Sección II **De las personas Jurídicas** Libro Primero **De las Personas** Título I **De las personas en general y de las personas en cuanto a su nacionalidad**, Capítulo I **De las personas en general**, lo siguiente:

**“Artículo 19.** *“Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:*

*(...)*

*3° Las asociaciones, corporaciones y **fundaciones lícitas de carácter privado**. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos.*

*(...)*

***Artículo 20.* Las fundaciones **sólo podrán crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social.**”**

(Subrayado nuestro)

Del análisis de los artículos *ut supra* transcritos se desprende que las fundaciones son sujetos capaces de obligaciones y derechos, que

<sup>3</sup> Sala Constitucional Recurso de Nulidad N° Expediente: 04-0824 N° Sentencia: 06-1605 fecha 10-10-2006.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario del 26 de Julio de 1982.

adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente. A las cuales se les establece límites para su creación conforme a los fines, a saber, únicamente su objeto puede ser el de utilidad general, circunscribiéndose a las actividades artísticas, científicas, literarias, benéficas o sociales, de allí el principio de que todas las fundaciones están sometidas a la supervigilancia del Estado.

Ahora bien, no sólo los particulares o las sociedades civiles o mercantiles pueden erigirse como fundadores de esas entidades, sino también las personas jurídicas de derecho público, como: la República, los Estados, los Municipios, Institutos Autónomos, etc. las cuales han sido denominadas como Fundaciones del Estado, que forman parte de la Administración Pública Descentralizada Funcionalmente, cuya creación es ordenada generalmente mediante un decreto para el cumplimiento de un fin estatal, reguladas tanto por el Código Civil venezolano como por la Ley Orgánica de la Administración Pública.<sup>5</sup>

En este punto es importante acotar, que la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, dispone su aplicación directa para los estados, distritos metropolitanos y municipios, y el deber de desarrollar su contenido, descrito en los términos siguientes:

*“Artículo 2. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica serán aplicables a la Administración Pública, incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios, quienes deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias.*

*Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica se aplicarán supletoriamente a los demás órganos y entes del Poder Público.”*

Visto lo anterior, nos permitimos transcribir a continuación algunos artículos de la mencionada Ley, referidos a las fundaciones del Estado:

*“Artículo 109. Son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio está afectado a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, o social, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de*

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento.

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

**Artículo 110.** La creación de las fundaciones del Estado será autorizada respectivamente por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el instrumento jurídico que autorice su creación. Los trámites de registro de los documentos referidos a las fundaciones del Estado, estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral.

**Artículo 112.** Tanto en el instrumento jurídico que acuerde la creación, como en el acta constitutiva de las fundaciones del Estado, se indicará el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas, y los mecanismos para la designación de los miembros de la directiva, **garantizándose que en el mismo tengan participación los órganos del sector público vinculados con el objeto de la Fundación.** La modificación de los estatutos de la Fundación no podrá hacerse sin la previa aprobación del órgano que ejerce el control estatutario.

**Artículo 114.** Las fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil, el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y las demás normas aplicables, y sus empleados

*se registrarán por la legislación laboral ordinaria.” (Destacado y subrayado nuestro)*

De los artículos *ut supra* transcritos se observa que las fundaciones del Estado constituyen una universalidad de bienes dotada de personalidad jurídica, que poseen patrimonio propio, por lo que deben ser creadas para satisfacer un fin de utilidad general a perpetuidad para el beneficio común, protegidas por el ordenamiento jurídico mediante la concesión de personalidad jurídica, a los fines de que sean capaces de contraer obligaciones y ser titulares de derechos.

Igualmente, cabe resaltar, que al estar el patrimonio de las fundaciones del Estado constituido por bienes públicos, debe existir el control de tutela en lo que se refiere a la gestión de la fundación y al cumplimiento de los objetivos, programas y metas, por parte de su ente u órgano de adscripción.

En tal sentido, si bien las fundaciones del Estado poseen una naturaleza privada, no obstante, se encuentran sometidas a un régimen jurídico mixto (de derecho público y privado), en virtud del sistema de regulación y control que ejerce el Estado sobre las mismas, a través de los organismos correspondientes, debido a las actividades que realizan y a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales que poseen.

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece lo siguiente:

**“Requisitos para la creación y modificación de órganos y entes**

**Artículo 16.** *La creación de órganos y entes administrativos se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Indicación expresa de su objeto y competencias.*
- 2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa.*
- 3. Previsión de las partidas y asignaciones presupuestarias necesarias para su organización, funcionamiento o reformas organizativas.*

*La modificación, supresión y liquidación de órganos y entes administrativos se adoptará mediante actos que gocen de*



*rango normativo igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación.*

*No podrán crearse nuevos órganos o entes que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.*

### **Principio de Responsabilidad Fiscal**

**Artículo 17.** *No podrán crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a las necesarias para permitir su funcionamiento.*

### **Principio de descentralización funcional**

**Artículo 29.** *Los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y demás normativa aplicable. Los entes descentralizados funcionalmente serán de dos tipos:*

- 1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente.*
- 2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.*

*La descentralización funcional sólo podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.”*

Conforme a la normativa en comentario, las fundaciones son entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado sin fines empresariales, que no realizan actividades de producción de bienes y/o servicios cuyos ingresos o recursos provienen fundamentalmente del presupuesto del Estado, por ende su creación implica la incorporación de nuevos entes a la estructura general del Estado, requiriendo esta nueva persona jurídica la aplicación permanente de recursos a través del presupuesto de gastos.

En virtud de lo antes expuesto, la figura de la fundación no debe ser utilizada indiscriminadamente por los órganos de control fiscal para la realización de diversos fines de interés general que el órgano podría cumplir por sí mismo, o a través de instituciones ya existentes, pues de lo contrario, se estarían contraviniendo los principios de economía, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos y de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales, parámetros previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que obligan a la administración de 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.

Memorando N° 04-00-291 del 25 de mayo de 2009.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Posibilidad de considerar que un contrato suscrito entre el Instituto de Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia y la empresa PLAYTEX C.A., sea considerado como un “servicio profesional.”*

**Los servicios profesionales son aquellos prestados por personas naturales o jurídicas en virtud de actividades de carácter científico, profesional, técnico, artístico, intelectual, creativo, docente o en el ejercicio de su profesión, realizados por ellas en nombre propio o por personal bajo su dependencia.**

Memorando N° 04-00-540 del 17 de septiembre de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con que este Organismo Contralor difiere del criterio sostenido por el Servicio Nacional de Contrataciones, en torno a la calificación del contrato suscrito por el Instituto de Renta Pública de Beneficencia Pública y Asistencia Social del Estado Zulia (Lotería del Zulia) con las empresas operadoras de lotería.

Una vez examinados los recaudos que acompañan esta consulta, se emite opinión con fundamento en las consideraciones siguientes:

Mediante Oficio SNC/DG/OAJ/2009/N° 1505, el Director del Registro Nacional de Contratistas, en atención a la solicitud de opinión técnico-legal que le formulara esta Contraloría, manifestó lo siguiente:

*“(…) del análisis del objeto de los contratos mencionados, los mismos están orientados hacia el diseño y desarrollo de los juegos de azar, y por estas actividades se puede entender: ‘**diseño**: idear, determinar la forma concreta de algo’ y por ‘**desarrollo**: hacer pasar una cosa del orden físico, intelectual o moral por una serie de estados sucesivos cada uno de ellos más perfecto o más complejo que el anterior, desarrollar la capacidad intelectual’ conceptos extraídos del Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, es decir que dentro de los conceptos señalados prevalece la actuación intelectual sobre el físico, propia de los **servicios profesionales**, los cuales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, así como del derogado Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, que para el momento de la contratación se encontraba vigente. Asimismo, dentro de las definiciones establecidas en el derogado Decreto*

*de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones se establecía el concepto de servicios profesionales, entendiéndose por estos: los servicios prestados por personas naturales o jurídicas en virtud de actividades de carácter científico, profesional, técnico, artístico, intelectual, creativo o docente, realizados por ellas en nombre propio o por personal bajo su dependencia; concepto que se mantiene en la Ley de Contrataciones Públicas, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°39.165, del 24 de abril de 2009 y dentro del objeto del los contratos que nos ocupan prevalece la actividad intelectual, que se refiere al diseño y desarrollo de los juegos de azar, tal como quedó definido en el objeto del contrato.”*

Al respecto, la Dirección Consultante manifiesta, que dicho contrato no puede ser considerado como un “servicio profesional”, pues “los servicios profesionales están directamente relacionados con el ejercicio de alguna profesión, los cuales se ejecutan en nombre y por cuenta del profesional, es decir, bajo su responsabilidad, por lo cual los resultados de éstos dependerán directamente del nivel de preparación y conocimiento del profesional, y es por lo cual los conectan directamente con el ejercicio de profesiones liberales, es decir, de libre ejercicio, a saber: jurídicos, contables, de auditoría, arquitectura, ingeniería, servicios médicos y odontológicos, servicios veterinarios, paramédico, entre otros.”

La referida Dirección de Control, partiendo de las premisas expuestas, y de lo estipulado en las cláusulas PRIMERA, SEGUNDA y CUARTA del contrato suscrito entre el Instituto de Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia (Lotería del Zulia) y la empresa PLAYTEX C.A.: califica el convenio en cuestión como “un contrato de servicio, relacionado con la actividad que permite explotar legalmente los juegos de lotería, que realiza la empresa operadora en nombre y por cuenta de la Lotería del Estado Zulia, y del que se desprenden la organización (establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados), gestión (hacer las diligencias conducentes para lograr un negocio; acción y efecto de gestionar) y comercialización (dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta). En consecuencia, las actividades relacionadas con el “diseño y desarrollo”, están vinculadas con la organización y gestión de

la operación de los juegos de lotería. Concluye entonces que “este Máximo Órgano Contralor afirma que el contrato suscrito por el Instituto de Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia (Lotería del Zulia) con la empresa operadora, no puede ser concebido como un servicio profesional, en virtud de que ésta ejecuta actividades que han sido reservadas al Estado Zulia y que permiten a la operadora, explotar legalmente la actividad de juegos de lotería, que comprende la organización, gestión y comercialización de tales juegos. En consecuencia esta Contraloría General de la República, se aparta del criterio sostenido en el oficio en referencia.”

Sobre el particular esta Dirección General también discrepa de la opinión emitida por el Servicio Nacional de Contrataciones, con base en los razonamientos siguientes:

El Código Civil venezolano (Título IX, Libro Tercero, “De la prestación de Servicios”), rompió la unidad del concepto de arrendamiento del Derecho Romano en dos tipos contractuales, a saber: el arrendamiento, limitado a las cosas, y la prestación de servicios, comprensiva de la *locatio-conductio operis fasciendi* (ejecución remunerada de una obra) y de la *locatio-conductio operarium* (prestación remunerada de servicios), es decir, subdividió la prestación de servicios en contrato de obras y contrato de trabajo, estableciendo así una diferencia entre contratos referentes a cosas y contratos referentes a servicios humanos. Dentro de esta última categoría, la denominación de contrato de servicios profesionales es una expresión genérica, que se utiliza para designar aquel contrato civil en el que, por no haber subordinación, no hay correspondencia con 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 también puede provenir de una persona jurídica.

Como características propias de este contrato, se tendría que el profesional se obliga a ejecutar un trabajo concreto, es decir, con límites definidos y precisos, a producir un determinado resultado autónomamente terminado, con conocimiento claro de las prestaciones de ambas partes; y se obliga a la ejecución en nombre propio o por personal bajo su dependencia o bajo su dirección. Este tipo de contratos está pensado 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.

Ahora bien, al momento de definir lo que debe entenderse como servicios profesionales para los efectos de contratación con el Estado, el ordenamiento positivo, tanto en el derogado Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones<sup>1</sup>, como en la vigente Ley de Contrataciones Públicas<sup>2</sup>, distingue entre contrato de servicios comerciales, contrato de servicios profesionales y contrato de trabajo, al establecer una categoría autónoma para el contrato de servicios sujetos a las referidas leyes, y exonerar expresamente de la aplicación de los procedimientos de selección la prestación de servicios profesionales y laborales.

Asimismo, estas Leyes coinciden en que los servicios profesionales son aquellos prestados por personas naturales o jurídicas en virtud de actividades de carácter científico, profesional, técnico, artístico, intelectual, creativo, docente o en el ejercicio de su profesión, realizados por ellas en nombre propio o por personal bajo su dependencia.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>3</sup>, en el artículo 2, define *servicios comerciales* como cualquier actividad en la que sean principales las obligaciones de hacer, excepto el contrato de obra, los servicios profesionales y laborales.

Aplicando lo expuesto al caso bajo examen, la cláusula vigésima primera del contrato suscrito entre el Instituto de Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia (Lotería del Zulia) y la empresa PLAYTEC C. A., se especifica que el contrato se rige, entre otras, por las disposiciones del Código de Comercio sobre el mandato mercantil, la cláusula establece lo siguiente:

**“VIGÉSIMA PRIMERA – DISPOSICIONES FINALES:** *El presente contrato se regirá por sus propias estipulaciones, por el Código de Comercio en lo relativo al mandato mercantil, por las Leyes de la República, las del Estado Zulia y demás Decretos y Normas aplicables (...).”*  
(Subrayado nuestro)

---

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895 del 25 de marzo de 2008.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

Lo allí previsto, contradice *a priori* la tesis del Servicio Nacional de Contrataciones de que se trata de un contrato de servicios profesionales, pues como señalamos *ut supra*, por su naturaleza jurídica el contrato de servicios profesionales implica la ejecución de trabajos en nombre propio o por personal bajo su dependencia o dirección, mientras que en el mandato, se realizan actividades y gestiones en nombre y por cuenta de otro; es decir, el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante y en su beneficio. Así se expresa en la cláusula cuarta del contrato al disponer que la operadora actúa en nombre y cuenta de la Lotería del Zulia.

Esta disposición de actuar a nombre de otro y no en el propio, niega toda posibilidad de que la relación que se forma entre la operadora y la Lotería del Zulia constituya un contrato de servicios profesionales, pero esta característica tampoco es suficiente para calificarlo como un mandato mercantil, toda vez que éste ha sido concebido para la realización de un acto esencialmente mercantil, esto es, para que se represente al mandante en uno de los actos objetivos o subjetivos de comercio, estipulados en los artículos 2° y 3° del Código de Comercio, y en este caso se trata del ejercicio de una competencia exclusiva del Instituto Oficial de Beneficencia Pública, quien está legalmente facultado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar los juegos de lotería, y la ejecución de esta actividad por personas naturales o jurídicas, requiere *ex ante* el otorgamiento de una autorización o licencia por dicho Instituto, a través de un acto administrativo que lo habilite para el ejercicio de estas funciones.

Ciertamente, el Estado se ha reservado la actividad de los juegos de lotería a los fines que los recursos que se generen por la explotación de esta actividad sean destinados única y exclusivamente para la beneficencia pública. Específicamente, el Instituto de Renta de Beneficencia Pública y de Asistencia Social del Estado Zulia (Lotería del Zulia) como Institución Oficial de Beneficencia Pública, es un ente creado por el Estado para el ejercicio de las actividades de juegos de lotería a los fines de obtener fondos destinados a la beneficencia pública y asistencia social, actividad que no realiza con ánimo de lucro ni adquiere por ello la cualidad de comerciante, pues esta competencia está limitada a que la explotación de los juegos de lotería se haga con fines de beneficencia pública, independientemente de que gestione esta actividad a través de particulares.

En ese orden de ideas, la Ley Nacional de Lotería (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.480 del 17 de julio de 2006), reconoce esa facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar la actividad de todos los tipos de juegos de lotería y sus modalidades. Esta Ley atribuyó a las Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social, creadas por el Estado, a través del Ejecutivo Nacional, los estados, el Distrito Capital y registradas ante la Comisión Nacional de Lotería, la explotación de la actividad de juegos de lotería, pudiendo operarla por sí o a través de personas naturales o jurídicas, o entidades económicas de derecho privado. La comentada Ley, además de reconocer la exclusividad del Estado para explotar las actividades de juegos de lotería, establece la obligación de obtener una autorización de las Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social (IOBPAS) para que personas naturales o jurídicas, o entidades económicas de derecho privado, puedan desarrollar actividades relacionadas con los juegos de lotería.

En el presente caso, en la cláusula primera del contrato queda plasmada la intención de la Lotería del Zulia al suscribirlo, a saber: como una garantía de la generación de mayores ingresos destinados a la beneficencia pública y asistencia social que gerencia el Estado Zulia, a través de dicho organismo; la necesidad de implementar modernos sistemas operativos de control de la jugada y de la recaudación de los ingresos, actividades que suponen la aplicación de tecnologías de última generación, así como la implementación de modernos mecanismos de juegos e instrumentos de publicidad y mercadeo, que garanticen una participación cada vez más importante de esta Lotería, en el mercado nacional; lo que requiere además, numerosas inversiones financieras, razón por la cual acudió al concurso de la empresa privada para que coadyuvara con ella en la consecución de los propósitos de interés general que constituyen el objeto de su gestión, de conformidad con lo previsto en los artículos 2°, 3° y 9° de la Ley Nacional de Lotería.

Los artículos 2°, 3° y 9° *eiusdem* citados en la cláusula primera, establecen lo siguiente:

**“Artículo 2.** La facultad exclusiva referida en el artículo anterior, atribuye sólo a las Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social, creadas por el Estado, a



través del Ejecutivo Nacional, los estados, el Distrito Capital y registradas por ante la Comisión Nacional de Lotería, la explotación de la actividad de juegos de lotería, pudiendo operar dentro de su jurisdicción o en todo el territorio nacional, por sí o a través de personas naturales o jurídicas, o entidades económicas de derecho privado, autorizadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley.

**Artículo 3.** A los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

1. **Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social:** Entes creados por el Estado para el ejercicio de las actividades de juegos de lotería, que le han sido reservadas de conformidad con lo establecido en el Artículo 1 de esta Ley, a los fines de obtener fondos destinados a la beneficencia pública y asistencia social, en los términos y condiciones establecidos por esta Ley.
2. **Autorización o Licencia:** Acto administrativo mediante el cual las Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social, otorgan a las personas naturales o jurídicas o entidades económicas de derecho privado, el permiso para realizar las actividades que le han sido reservadas al Estado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1, en los términos y condiciones establecidos en esta Ley, su Reglamento y en las providencias administrativas que dicte al efecto el organismo con competencia en materia de supervisión, regulación, control y fiscalización en materia de juegos de lotería.
3. **Explotación de juegos de lotería:** Actividad que permite sacar utilidad del mercado de juegos de lotería con fines de beneficencia pública y asistencia social, el cual constituye reserva del Estado, quien puede autorizar su realización a personas naturales o jurídicas, o entidades económicas de derecho privado bajo distintas modalidades y términos, de conformidad con lo establecido en esta Ley, su Reglamento y en las providencias administrativas que dicte al efecto el organismo con competencia en materia de supervisión, regulación, control y fiscalización en materia de juegos de lotería.

4. **Operación de juegos de lotería:** *Actividad que permite explotar legalmente la actividad de juegos de lotería, y que comprende la organización, gestión y comercialización de tales juegos en los términos señalados en la presente Ley y en la respectiva autorización o licencia administrativa conferida por las respectivas Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social, en caso de que vayan a ser realizadas por personas naturales, jurídicas o entidades económicas de derecho privado, conforme a la presente Ley, su Reglamento y las providencias administrativas que dicte al efecto el organismo con competencia en materia de supervisión, regulación, control y fiscalización en materia de juegos de lotería.*

**Artículo 9.** *A los efectos de esta Ley, las Instituciones Oficiales de Beneficencia Pública y Asistencia Social establecerán los términos y condiciones para autorizar a personas naturales, jurídicas o entidades económicas de derecho privado, la operación, administración, comercialización, venta y actividades conexas de juegos de lotería en sus modalidades, debiendo suministrar en forma detallada a la Comisión Nacional de Lotería, la información relevante que involucre la reglamentación del juego, así como toda aquella relativa a las personas autorizadas para operar el juego y su cadena de comercialización, y cualquier otra exigida por la Comisión, a los fines de su registro.* (Subrayado nuestro)

Como puede apreciarse, las actividades vinculadas con los juegos de lotería reservadas al estado, y que pueden ser ejecutadas por personas naturales o jurídicas o entidades económicas de derecho privado, previa **autorización o licencia** otorgada por la Institución Oficial de Beneficencia Pública y Asistencia Social, son la operación, gestión, administración, comercialización y venta de todo lo relacionado con los juegos de lotería en sus distintas modalidades. La naturaleza de las actividades descritas permite calificar el contrato en referencia como un servicio. En efecto, basta leer el contrato para constatar la índole de las obligaciones adquiridas por la empresa “Operadora” quien en virtud

del contrato ejerce una actividad reservada al Estado con un contenido económico que la hace susceptible de explotación, con el propósito de obtener fondos destinados a la beneficencia pública y social, y por sus servicios “la Operadora” percibe el cuarenta por ciento de la utilidad neta.

En ese sentido, las cláusulas que de seguidas se transcriben estipulan lo siguiente:

***“SEGUNDA:*** (...) *ejecutar todas las actividades relacionadas con el diseño, desarrollo, comercialización y explotación económica de los juegos o el juego de azar autorizado a operar, en cualquiera de sus acepciones, modalidades, derivados o similares que se instrumenten para generar ingresos directos o indirectos para LA LOTERÍA DEL ZULIA, con fines de beneficencia pública y asistencia social, y bajo la denominación y/o patrocinio de ésta, incluidas rifas, sorteos de billetes de LOTERÍA DEL ZULIA(...).*

***CUARTA:***(...) *el objeto este contrato se circunscribe a las actividades operacionales de los juegos de lotería y similares que, con fines de beneficencia pública y asistencia social, establezca y/o opere o llegare a operar LA LOTERÍA DEL ZULIA (...).*

***NOVENA – OBLIGACIONES DE LA OPERADORA: LA OPERADORA, actuando en nombre y por cuenta de LA LOTERIA DEL ZULIA, organizará gestionará y comercializará los juegos de lotería y sus modalidades con fines de beneficencia pública y asistencia social, que autorice expresamente LA LOTERIA DEL ZULIA, a través de su Junta Administradora por Resolución; en este sentido LA OPERADORA se obliga: (i) a diseñar, desarrollar y operar todos los manuales operativos necesarios, (ii) a la aplicación integral de los mismos en todas las fases de operación de comercialización y explotación económica, del o de los juegos de azar que bajo la forma de lotería en sus distintas modalidades, derivados o similares, que se instrumenten para generar ingresos directos o indirectos con fines de beneficencia pública y asistencia social destinados a formar LA LOTERIA DEL***

**ZULIA (...) iii) a contratar con los SUB-OPERADORES, debiendo evaluar y determinar el cumplimiento por parte de estos de los requisitos y demás condiciones necesarias para fungir como tales, así como otorgar y revocar las autorizaciones y o permisos requeridos para actuar como tales (...).”**

**DECIMA TERCERA. LA LOTERIA DEL ZULIA se obliga a pagar a **LA OPERADORA**, como contraprestación por la ejecución del objeto del presente contrato una suma equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40%) de la utilidad neta que arroje la operación y ejecución de las actividades (...).”** (Subrayado nuestro)

Atendiendo a lo previsto en el contrato, resulta claro que la operadora realiza una serie de actividades como son: la operación, administración, comercialización y venta de todo lo relacionado con las actividades de lotería; acciones que en esencia constituyen prestaciones u obligaciones de hacer, que suponen la realización de un hecho o el desarrollo de una actividad o conducta por parte del deudor en beneficio del contratante (Lotería del Zulia), propias de un contrato de servicios en la que son principales las obligaciones de hacer, que no implican servicios profesionales y laborales.

Así las cosas, se está en concordancia con la Dirección consultante en que resulta indudable que las tareas efectuadas por la operadora encuadran dentro de la figura contractual del contrato de servicios, especie de contrato en que la formación de la voluntad del ente público debe entenderse sometida a procedimientos regidos por el derecho público. Por lo tanto, su celebración presupone la realización de todos los actos anteriores al perfeccionamiento del contrato, entre los cuales se encuentran los relativos a los procedimientos para la selección del contratista.

Memorando N° 04-00-540 del 17 de septiembre de 2009.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Posibilidad de que un miembro de la Junta Directiva de una fundación estatal pueda formar parte de la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes.*

**La Comisión Técnica de Enajenación es un órgano técnico y jurídico encargado de instruir y sustanciar los procedimientos de licitación, subasta pública y concurso de ofertas. A solicitud de la máxima autoridad determinará el valor del bien objeto del procedimiento, así como el precio que servirá de base para la enajenación y deberá realizar los avalúos, de modo que debe estar conformada por un personal que dentro de la institución donde se van a llevar a cabo dichos procedimientos, sea ajeno a las decisiones de carácter ejecutivo, pues sus actuaciones se deben regir, entre otros, por los principios de objetividad e imparcialidad.**

Memorando N° 04-00-680 del 11 de noviembre de 2009.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si un miembro de la Junta Directiva de una fundación estatal pueda formar parte de la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes, con fundamento en las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Ley de Administración y Enajenación de los Bienes Estadales.<sup>1</sup>

La Ley de Administración y Enajenación de los Bienes Estadales, de conformidad con su artículo 1, regula que la administración, el registro, control, desincorporación y enajenación de los bienes propiedad de la Entidad Federal, se realizará de manera económica, eficaz, imparcial y transparente.

La Ley *in commento*, establece la conformación en forma permanente, de una Comisión Técnica de Enajenación de Bienes, que de conformidad con el artículo 17, numeral 6 *eiusdem*, la define como un órgano técnico y jurídico encargado de instruir y sustanciar los procedimientos de licitación, subasta pública y concurso de ofertas. También señala, que la referida comisión a solicitud de la máxima autoridad del ente, llevará a cabo el procedimiento de enajenación de bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la Entidad Federal, determinará el valor del bien objeto del procedimiento de enajenación, así como el precio que servirá de base para la enajenación, al tiempo que deberá realizar los avalúos de acuerdo a lo previsto en los artículos 18, 23 y 24. Debe asimismo, enviar a la máxima autoridad del órgano o ente un

<sup>1</sup> Gaceta Oficial del Estado Mérida, Año MMVII / Mes VII Extraordinario de fecha 10 de julio de 2007.

informe detallado con sus motivaciones en cuanto a los aspectos legales, técnicos, económicos y financieros considerados para el otorgamiento de la Buena Pro.

Lo expuesto indica, que la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes debe estar conformada por un personal que dentro de la institución donde se van a llevar a cabo los procedimientos referidos, sea ajena a decisiones de carácter ejecutivo, pues sus actuaciones deben estar regidas, entre otros, por los principios de objetividad e imparcialidad, previstos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Administración Pública<sup>2</sup>, que necesariamente amerita que esas decisiones esté desvinculadas de las atribuciones propias de máxima autoridad del ente u órgano del que se trate.

De igual forma se observa, del contenido de la citada Ley, que la misma contempla un articulado dirigido a normar funciones que, dentro de los procedimientos a que se refiere, son propias de la máxima autoridad, entre otras, determinar la necesidad de la enajenación del bien, elaborar la solicitud y enviarla a la Comisión Técnica de Enajenación, indicándole si el bien se encuentra en estado de abandono, obsolescencia, deterioro o es innecesario para el cumplimiento de sus finalidades, por lo tanto, su actuación dentro de la mencionada Comisión de Enajenación, no estaría acorde con los principios antes referidos, aunado a que es la máxima autoridad a quien corresponde designar dicha Comisión, lo cual debe ser entendido como una manifestación propia del principio de Separación de Funciones que debe regir en toda actividad de la administración pública, según el cual la ordenación de funciones del Estado debe ser confiada a un órgano u organismo público distinto; siendo además, una premisa fundamental en la estructura del sistema de control interno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8, literal d) de las Normas Generales de Control Interno.<sup>3</sup>

Por su parte, la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes, es el órgano técnico y jurídico encargado de instruir y sustanciar los procedimientos de licitación, subasta pública y concurso de ofertas, aplicables para la enajenación de los bienes, los cuales son calificados por la Ley en comentario como de orden público, y su objeto es enajenar de forma económica, eficaz, imparcial y transparente los bienes que sean propiedad del Estado Mérida.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio de 1997.

Por los razonamientos expuestos, se concluye que la designación de un integrante de la Junta Directiva de la fundación, como miembro de la Comisión Técnica de Enajenación de Bienes, contraviene la garantía de la separación de funciones como condición esencial de la imparcialidad que debe regir en dichos procedimientos, pues el desempeño simultáneo del miembro de la Junta Directiva en la referida Comisión supone una injerencia indebida al momento de tomar la decisión final de adjudicar, al interferir con conocimientos directos producto de su intervención en la etapa de sustanciación del procedimiento; y dentro del seno de la Comisión, puede influir a través de indicaciones y manipulaciones que incidan en la labor profesional técnica que debe realizar la Comisión.

En los términos expuestos precedentemente, queda expresado el parecer de esta Dirección General sobre el proyecto sometido a consulta.

Memorando N° 04-00-680 del 11 de noviembre de 2009.

*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Estabilidad de la que gozan los Contralores Municipales designados por concurso público y los Contralores Municipales interinos.*

**Los titulares de un órgano de control fiscal, deben ser designados mediante concurso público regulado por la normativa que al efecto dicte el Contralor General de la República, de allí que queda descartada la discrecionalidad por parte de las máximas autoridades de los organismos o entidades, así como de los órganos competentes, para designar quien tendrá la responsabilidad de ejercer el control fiscal. La designación sucesiva de Contralores Municipales interinos, no encuentra justificación en la Ley, pues su nombramiento está restringido a los casos o supuestos previstos, y en modo alguno puede constituirse en una práctica habitual, toda vez que la máxima autoridad del ente u organismo o el Consejo Legislativo, Concejo Municipal y Cabildo Metropolitano, según corresponda, tienen la obligación de proceder a la provisión definitiva del cargo, convocando a concurso, y cumpliendo con las formas, requisitos, prescripciones y el procedimiento previsto, en aras de preservar la importantísima tarea asignada a dicho funcionario.**

Memorando N° 04-00-542 del 08 de noviembre de 2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la estabilidad de la que gozan los Contralores Municipales designados por concurso público y los Contralores Municipales interinos.

En dicha solicitud indican que durante los ejercicios fiscales 2004-2005 algunos Concejos Municipales, procedieron a remover y/o destituir Contralores titulares e interinos y a designar nuevos con el mismo carácter, y debido a esa irregular situación, la Dirección consultante les ha dirigido diversas comunicaciones informándoles que la facultad para remover o destituir a tales funcionarios, procede única y exclusivamente por causa grave, con instrucción del procedimiento administrativo de Ley y previa autorización del Contralor General de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, criterio que se fundamenta además en lo acordado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Sentencia N° 92-880 de fecha 17 de noviembre de 1992. En ese sentido, desean conocer si la solicitud de autorización previa del Contralor



General de la República, prevista en dichas normas, se extiende a los Contralores Municipales y Auditores Internos designados en calidad de interinos por los Concejos Municipales y las máximas autoridades de las Alcaldías y entes descentralizados adscritos.

A los fines de la consulta, adjuntan copia de los Oficios circulares N° 01-00-746 y 01-00-04 de fechas 26 de noviembre de 2004 y 12 de agosto de 2005, respectivamente.

Una vez analizado el asunto sometido a consulta, ésta Dirección General emite su parecer en los términos que se indican de seguidas:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, constituye el principal texto de rango legal regulador de los principios y normas fundamentales a ser aplicados en una materia especial y compleja como es el control fiscal, tanto externo como interno, allí se establece, entre otras cosas, el particular mecanismo para la escogencia de los servidores públicos titulares de los órganos encargados de ejercerlo, el lapso de permanencia en dichos cargos, e incluso se le otorgan a este Organismo Contralor, en su condición de Rector del referido Sistema, específicas competencias en materia de revisión de los procedimientos de selección, así como facultades para otorgar autorizaciones previas a su remoción o destitución, entre otras.

En efecto, la estrecha relación entre los órganos de control fiscal que se manifestó en el artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup>, llevó al Legislador a establecer particulares disposiciones en esta materia, en la Ley destinada a regular la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Se trata de un Sistema que integran los órganos de control fiscal internos y externos, bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, de allí que la citada Ley dispuso, expresamente, el particular modo de selección de las personas a quienes se le encomendaría el ejercicio de tan relevantes funciones.

Al respecto, los artículos 27 al 31 de la Ley en comentario preceptúan lo siguiente:

**“Artículo 27.** *Todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9,*

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

2 Gaceta Oficial de República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

*numerales 1 al 11, de esta Ley serán designados mediante concurso público, con excepción del Contralor General de la República.*

*Los titulares así designados no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera.*

**Artículo 28.** *El Contralor General de la República, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley para la Designación de Contralor o Contralora del Estado<sup>3</sup>, y mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, reglamentará los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley.*

**Artículo 29.** *Los Contralores de los estados de los municipios, de los distritos y distritos metropolitanos serán designados por el Consejo Legislativo, Concejo Municipal y Cabildo Metropolitano, respectivamente.*

**Artículo 30.** *Los titulares de las unidades de auditoría interna de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, serán designados por la máxima autoridad jerárquica de la respectiva entidad, de conformidad con los resultados del concurso público al que se refiere el artículo 27 de esta Ley, y podrán ejercer el cargo nuevamente, participando en el concurso público. Los titulares así designados no podrán ser destituidos sin la previa autorización del Contralor General de la República.*

**Artículo 31.** *Con excepción del Contralor General de la República, todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, durarán cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones, y podrán ser reelegidos mediante concurso público, por una sola vez.” (Subrayado nuestro)*

---

3 Conforme a lo dispuesto en la Ley Derogatoria de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.217 del 9 de julio de 2009, los concursos públicos para la designación de los Contralores o Contraloras de los estados se realizarán en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en el Reglamento que se dicte al efecto.

En igual sentido y en desarrollo de estos dispositivos, los artículos 46, 54 y 55 del Reglamento de la citada Ley<sup>4</sup>, ratifican la obligatoriedad de la selección por concurso y el requisito de la autorización previa del Contralor General de la República, para la remoción o destitución del titular del órgano en los términos siguientes:

### ***“Designación por concurso público***

**Artículo 46.** *Con excepción del Contralor General de la República, todos los titulares de los órganos de control fiscal de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, serán designados mediante concurso público, organizado y celebrado de conformidad con la reglamentación dictada al efecto por el Contralor General de la República, aplicable en cada nivel territorial.*

(...).

**Artículo 54.** *Para la remoción o destitución de los titulares de los órganos de control fiscal de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, designados mediante concurso público, se requerirá la autorización previa del Contralor General de la República, para cuyo otorgamiento debe mediar solicitud formal y motivada de la autoridad competente requiriendo la autorización.*

*En el supuesto de que la autoridad competente sea una junta directiva u órgano similar, deberá acompañarse el acta en que conste haberse acordado efectuar la solicitud en referencia.*

### **Contenido del Expediente**

**Artículo 55.** *La solicitud a que se refiere el artículo anterior se acompañará de un expediente que deberá contener lo siguiente:*

- 1) *Solicitud formal y motivada de la autoridad competente.*
- 2) *Informe en el cual se precisen los hechos irregulares o las faltas en que haya incurrido el titular del órgano de control fiscal, así como las normas legales en las que se tipifiquen tales hechos o faltas, si fuere el caso.*

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

- 3) *Los elementos probatorios de los hechos irregulares o las faltas en referencia.*
- 4) *Toda la documentación donde consten las actuaciones de las autoridades competentes realizadas para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso del titular del órgano de control fiscal.*
- 5) *Toda la documentación donde consten las actuaciones que hubiere realizado el titular del órgano de control fiscal en su defensa.*
- 6) *Cualquier otra documentación o información adicional que se estime conveniente o sea requerida por la Contraloría General de la República. Los documentos que conformen el expediente deberán constar en original o copia debidamente certificada.” (Subrayado nuestro)*

Por su parte, 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<sup>5</sup>, dictado por el Contralor General de la República, en desarrollo de la atribución prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dispuso en los artículos 6 y 7 lo siguiente:

**“Convocatoria del concurso**

**Artículo 6°.** *El concurso público para la designación de los Contralores Distritales y Municipales, será convocado mediante acto motivado por el Consejo Metropolitano o Distrital o el Concejo Municipal, respectivamente, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el Contralor Distrital o Municipal saliente; de producirse la vacante absoluta del cargo transcurridos seis (6) meses, contados a partir de su designación; o de la creación de una Contraloría Distrital o Municipal.*

*El concurso público para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Estatal, Distrital o*

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero de 2010.

*Municipal y sus entes descentralizados, será convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo mediante acto motivado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el auditor interno saliente; de producirse la vacante absoluta del cargo después de transcurridos seis (6) meses, contados a partir de su designación; o del inicio de las actividades, en caso de constitución de Unidades de Auditoría Interna.*

### **Convocatoria a concurso por el Contralor General de la República**

**Artículo 7°:** Vencidos los lapsos indicados en el artículo 6 del presente Reglamento, sin que el órgano o autoridad correspondiente hubiere convocado el respectivo concurso, el Contralor General de la República, con el propósito de garantizar la idoneidad, capacidad e independencia en el ejercicio de las funciones de los órganos de control fiscal, podrá mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República, convocar los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal, sin perjuicio de las sanciones que pudieren derivarse del incumplimiento de la obligación de convocar el respectivo concurso.

*En dicha Resolución se ordenará al órgano o autoridad correspondiente, efectuar el llamado público a participar en el concurso, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la citada Resolución y garantizar al jurado que lo tramite hasta su culminación.” (Subrayado nuestro)*

Como puede apreciarse, las citadas disposiciones son relevantes para interpretar la voluntad del legislador al momento de conformar el referido Sistema, pues de ellas se desprende clara e inequívocamente, que no existe libertad de selección para designar al responsable del órgano de control fiscal, por el contrario, las normas regulan expresamente que las personas a desempeñarse como titulares de un órgano de control fiscal, deben ser designadas mediante concurso público regulado por la normativa que al efecto dicte el Contralor General de la República, de allí que queda descartada la discrecionalidad por parte

de las máximas autoridades de los organismos o entidades, así como de los órganos competentes, para designar a la persona que tendrá la responsabilidad de ejercer el control fiscal.

En efecto, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la designación del titular del órgano de control fiscal debe responder a razones objetivas, a fin de preservar la independencia de criterio, por eso el legislador, consciente de esa necesidad, previó que su nombramiento debía basarse en la idoneidad que se establece por medio de un concurso público.

Esta particular forma de selección, en el caso específico de la designación de los Contralores Municipales, tiene rango Constitucional, según lo dispone el artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>6</sup>, donde se indica expresamente que el Contralor o Contralora Municipal será designado o designada por el Concejo Municipal mediante concurso público, el cual debe garantizar la idoneidad y capacidad de quien sea seleccionado para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.

En ese sentido, el artículo 103 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>7</sup> prevé que la designación del Contralor Municipal, debe hacerse dentro de los sesenta días siguientes a su instalación, mediante concurso público, al cual, según lo dispuesto en el artículo 295 *eiusdem*, son aplicables las normas que al efecto dicte el Contralor General de la República, actualmente 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, en lo sucesivo Reglamento sobre los Concursos.

Asimismo, se observa que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece en el artículo 108 un procedimiento previo para proceder a la destitución del Contralor o Contralora Municipal, dicha norma a la letra establece lo siguiente:

**“Artículo 108.** *El contralor o contralora municipal podrá ser destituido o destituida de su cargo por decisión de las dos terceras (2/3) partes de los concejales o concejales, previa formación del respectivo expediente con audiencia del intere-*

---

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>7</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.163 del 22 de abril de 2009.

*sado, preservando el derecho a la defensa y el debido proceso, oída la opinión de la Contraloría General de la República.*

*El acto mediante el cual se aprueba la destitución del contralor o contralora puede ser recurrido ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente.” (Subrayado nuestro)*

De manera que la intención que subyace en la Constitución y las Leyes *ut supra* citadas, no es otra que rodear la escogencia de las personas llamadas a cumplir con la delicada e importante misión de ejercer el control fiscal, con un máximo de imparcialidad y objetividad para el mejor cumplimiento de su cometido, y limitar la posibilidad de vulnerar ese resultado por razones sujetas a la discrecionalidad.

Tanto es así, que con el propósito de garantizar la idoneidad del designado, el legislador le reconoció a la Contraloría General de la República -Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal- (Artículo 32), un poder de veto sobre el proceso de selección de los titulares de los órganos de control fiscal, como una instancia objetiva y externa competente para valorar la regularidad jurídica y técnica del procedimiento de concurso, por eso la Ley autoriza al Contralor General de la República, para revisar estos concursos, y si detectar la existencia de graves irregularidades en la celebración de los mismos, ordenará a las autoridades competentes que en el ejercicio del principio de la autotutela administrativa, revoquen dicho acto y procedan a la apertura de nuevos concursos.

Con estas disposiciones, el legislador preserva y garantiza que la atribución de efectuar el nombramiento del titular del órgano de control fiscal, tanto externo como interno, sea ejercida con absoluto acatamiento del resultado de un concurso previo, celebrado de conformidad con los requisitos, normas y procedimientos previstos en el Reglamento *ut supra* citado. Se resguarda, asimismo, la estabilidad relativa conferida al cargo, pues los funcionarios así designados deben permanecer en ellos por cinco (5) años durante el cual no podrán ser removidos ni destituidos, sino por causa grave y previa autorización del Contralor General de la República.

Se evidencia asimismo, que tampoco existe discrecionalidad por parte de las máximas autoridades de los organismos o entidades, así como de los órganos competentes, para la remoción o destitución de los titulares de los órganos de control fiscal, pues esta posibilidad está

restringida ante la exigencia en la norma de que existan hechos que configuren una causa justificada de cesación o ruptura de la relación laboral según el régimen correspondiente, y a la obtención previa a la destitución de la necesaria autorización del Contralor General de la República, lo que se traduce en el respeto a la estabilidad relativa que le confiere el cargo obtenido mediante un concurso público y que se manifiesta, efectivamente, en la garantía de que el funcionario designado mediante concurso público no será removido, destituido, despedido, en fin, retirado del cargo a libre arbitrio del jerarca, sino únicamente por causa legal, plenamente justificada y previa autorización del Contralor General de la República.

Ahora bien, la Dirección consultante pregunta si la autorización prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se aplica sólo a los titulares designados por concurso o se extiende a los designados en calidad de interinos.

Sobre el particular, es necesario señalar, y recapitulando lo expuesto hasta ahora que, en principio, es **titular del órgano de control fiscal**, la persona que accede a éste, previa designación de la autoridad competente, de conformidad con los resultados del concurso celebrado de acuerdo con el Reglamento Sobre los Concursos, dictado por el Contralor General de la República.

Por su parte, **el ejercicio del cargo se realiza en condición de interino** cuando la persona es designada para ocuparlo por tiempo determinado, en razón de la ausencia temporal o definitiva del titular, lo que supone una relación de carácter transitoria para la sustitución momentánea del titular, por lo que *a priori* queda excluido el derecho a la estabilidad.

En ese orden de ideas, la posibilidad de designar un Contralor Municipal o Auditor Interno interino o provisional, está prevista tanto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, como en el tantas veces citado Reglamento sobre los Concursos, en los términos siguientes:

**“Artículo 105.** Las faltas temporales del contralor o contralora municipal serán suplidas por el funcionario de la Contraloría que él o ella designe de conformidad con la



*ordenanza. Cuando la ausencia exceda de quince días, deberá ser autorizada por el Concejo Municipal.*

**Artículo 106.** *Se consideran faltas absolutas del contralor o contralora municipal: renuncia, destitución, incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica, o muerte.*

*Cuando se produzca la falta absoluta, el Concejo Municipal nombrará un contralor o contralora municipal interino o interina que durará en sus funciones hasta que se designe y jure el nuevo o la nueva titular para el resto del período municipal. El concurso debe ser convocado dentro de los treinta días hábiles siguientes, después de producirse la vacante del cargo.*

*Si la falta absoluta se verifica seis meses antes de finalizar el período para el cual fue designado o designada, el contralor o contralora municipal interino o interina continuará en sus funciones hasta la culminación del mismo.*

#### **Faltas temporales**

**Artículo 50.** *Las faltas temporales de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus entes descentralizados, serán suplidas por un funcionario de rango inmediatamente inferior dentro de la Unidad de Auditoría Interna, el cual será designado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo.*

*Las faltas temporales de los Contralores Distritales y Municipales serán suplidas por un funcionario designado por éste con arreglo a lo dispuesto en la Ordenanza respectiva.*

#### **Vacante absoluta**

**Artículo 51.** *En caso de producirse la vacante absoluta dentro de los seis (6) meses siguientes a la designación del titular del órgano de control fiscal interno o externo, se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de este Reglamento. Si la vacante se produjere transcurridos seis (6) meses, contados a partir de su designación se convocará a un nuevo concurso.* (Subrayado nuestro)

Como puede apreciarse, las normas citadas establecen los motivos que dan lugar a la figura del interino<sup>8</sup>, y de ellas se desprende que la característica inherente a tales nombramientos es la transitoriedad, carácter que hace excluir *a priori* la estabilidad, en consecuencia, la condición de interino o encargado no confiere, en principio, a ese funcionario, la estabilidad que corresponde al titular designado mediante concurso.

Sin embargo, es importante reiterar que la designación sucesiva de interinos, no encuentra justificación en las normas citadas, pues su nombramiento está restringido a los casos o supuestos previstos allí indicados y en modo alguno puede constituirse en una práctica habitual, toda vez que en virtud de lo dispuesto en el artículo 176 Constitucional y 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la máxima autoridad del ente u organismo o el Consejo Legislativo, Concejo Municipal y Cabildo Metropolitano, según corresponda, tienen la obligación de proceder a la provisión definitiva del cargo, convocando a concurso, y cumpliendo con las formas, los requisitos, las prescripciones y el procedimiento previsto en la normativa dictada por el Contralor General de la República, citada *ut supra*; ello en aras de preservar la importantísima tarea asignada a dicho funcionario.

De manera que de encontrarse un funcionario en ejercicio del cargo con carácter provisional, éste no debe ser sustituido por otro que ejerza el cargo en las mismas condiciones, sino por el titular, razón por la cual es evidente que la autorización prevista en la Ley para la remoción o destitución del titular del cargo, no se aplica en este supuesto, toda vez que quien lo sustituye debe ser la persona designada mediante concurso.

En efecto, la Ley no autoriza la sucesiva sustitución de un interino por otro funcionario que ejerza dicha labor con el mismo carácter transitorio, por el contrario la obligación que subyace en la Ley, está dirigida a que la autoridad competente convoque a concurso para la designación del nuevo titular, de modo pues, que en el supuesto de que haya sido designado un funcionario en calidad de interino, éste permanece en el ejercicio del cargo con carácter temporal hasta que, de acuerdo con el

8 Es oportuno indicar, que la posibilidad de designar un Contralor o Auditor Interno interino o provisional también está prevista en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y los artículos 57 a 62 de su Reglamento, conforme a los cuales el Contralor General de la República podrá designar, con carácter provisional a un funcionario para que actúe como interventor del órgano si del resultado de las evaluaciones practicadas periódicamente a los órganos de control fiscal a los fines de determinar el grado de efectividad, eficiencia y economía con que operan, surgieren graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones.

procedimiento aplicable previsto en el citado Reglamento, se nombre al titular y el mismo tome posesión del cargo, previa designación efectuada por el Concejo Municipal o la máxima autoridad del organismo o entidad, según corresponda, por lo que se podría decir, que se está en presencia de una estabilidad impropia.

Con fundamento en lo expuesto, se considera que **el interino debe permanecer en el ejercicio de sus funciones con carácter transitorio hasta que ocurra la provisión definitiva del cargo**, y sea sustituido por quien resulte ganador en el concurso público, salvo claro está, que se verifique la existencia de hechos que configuren una causa justificada de cesación o ruptura de la relación laboral prevista en el régimen correspondiente, en cuyo caso se tramitará el procedimiento que corresponda y se informará a la Contraloría General de la República, quien en su condición de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, debe velar porque se garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado para el cargo.<sup>9</sup>

Expuesto lo anterior, y respecto a la sucesiva remoción o destitución de los titulares e interinos, sustituyéndolos a su vez por otros que ejercen dichos cargos en la misma condición provisional, amparados en las facultades de designación, remoción o destitución del personal, atribuidas al Concejo Municipal en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, así como en la facultad de designar y remover al personal que detenta la Máxima Autoridad del organismo o entidad, en el caso de los Auditores Internos, se considera que, con ello se elude la aplicación de los artículos 27 y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en concordancia con el artículo 103 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y lo previsto en el Reglamento Sobre los Concursos.

Sin lugar a duda, cuando se designan alternativamente funcionarios en calidad de interinos, utilizando dichas facultades, se incumple

<sup>9</sup> En ese sentido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento sobre los Concursos, una vez vencidos los lapsos indicados en dicho Reglamento para la convocatoria a concurso, sin que el órgano o autoridad correspondiente lo hubiere convocado, el Contralor General de la República, con el propósito de garantizar la idoneidad, capacidad e independencia en el ejercicio de las funciones de los órganos de control fiscal, podrá mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República, convocar los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal, sin perjuicio de las sanciones que pudieren derivarse del incumplimiento de la obligación de convocar el respectivo concurso.

En dicha Resolución se ordenará al órgano o autoridad correspondiente, efectuar el llamado público a participar en el concurso, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la citada Resolución y garantizar al jurado que lo tramite hasta su culminación.

la obligación prevista en la ley especial por la materia, toda vez que bajo el resguardo de dicha facultad de designación y remoción, se persigue y produce un resultado contrario o prohibido por el ordenamiento jurídico, pues como se señala anteriormente conforme al propio Texto Constitucional (Artículo 176), la Contraloría Municipal debe estar a cargo de un funcionario designado mediante concurso, requisito que ratifican tanto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como la propia Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Estas actuaciones realizadas con aparente legalidad desconocen lo dispuesto en las citadas normas, y especialmente las previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que tiene la connotación de Orgánica y especial por la materia y de cuyo carácter se derivan dos importantes consecuencias: la primera consiste en que, por su índole orgánica tienen que sujetarse a sus disposiciones, todas aquellas leyes u otros instrumentos normativos que se dicten en lo sucesivo, en asuntos vinculados con la materia de control fiscal, y la segunda radica, en que por su carácter de ley especial en la citada materia, resulta de aplicación preferente por sobre los instrumentos normativos legales o sublegales, anteriores, contemporáneos o posteriores a su entrada en vigencia, cuyo contenido sea más general o que tengan, globalmente considerados, una vinculación menos directa con el control fiscal, que justamente constituye su especialidad e incluye diversos aspectos; entre ellos, la regulación concerniente al particular régimen de selección y retiro, remoción o destitución de los titulares de los órganos de control fiscal que forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuya rectoría corresponde a la Contraloría General de la República, los cuales interactúan coordinadamente para el cumplimiento de los objetivos generales de los distintos entes y organismos del Sector Público.

En fin, se considera que con la práctica viciada de la sucesiva sustitución de un Contralor Municipal o Auditor Interno titular o interino, por otro que ejerce dicha labor con el mismo carácter transitorio, se pretende evitar la aplicación de una norma jurídica (Artículos 27 y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y Artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el Artículo

103 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal), amparándose en una aplicación indebida de normas como el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, con el propósito de dejar sin efecto el precepto que por naturaleza correspondía acatar y evitar las sanciones previstas por la citada Ley (Artículo 94).

De modo que, se estima pertinente reiterar a las máximas autoridades del ente u organismo o el Concejo Municipal respectivo, el deber de dar cumplimiento a la obligación prevista en la normativa a la que se ha hecho referencia, procediendo de manera inmediata a convocar el concurso para la designación del titular del órgano de control fiscal; de allí que le corresponde hacer la convocatoria y cumplir con las formas, los requisitos, las prescripciones y el procedimiento, previstos en la normativa dictada por el Contralor General de la República, en desarrollo de las mencionadas disposiciones legales, en aras de preservar la importantísima tarea asignada a dicho funcionario, evitando interrupciones en el ejercicio de la función de control fiscal.

Sobre la base de lo expuesto, debe rechazarse la práctica antes dicha de remover y/o destituir Contralores titulares e interinos y a designar nuevos, con el mismo carácter transitorio, pues de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la representación del órgano de control fiscal debe ser ejercida por la persona que haya sido designada para ello mediante concurso público realizado con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento Sobre los Concursos, quien como titular del cargo durará cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser removido o destituido sino por causa legal y plenamente justificada, con instrucción del procedimiento administrativo de Ley, y con la previa autorización del Contralor General de la República.

Sólo eventual y excepcionalmente, en los supuestos de ausencia temporal o absoluta del titular, las autoridades competentes podrán designar a un funcionario que lo sustituya y desempeñe dichas funciones provisionalmente en calidad de interino, quien permanecerá en el cargo hasta que cese la ausencia temporal del titular o se provea el cargo de manera definitiva mediante concurso, de producirse la vacante absoluta, salvo causas justificadas y notificadas a la Contraloría General de la República.

Memorando N° 04-00-542 del 08 de noviembre de 2010.



# FONDO DE PENSIONES





*FONDO DE PENSIONES: Responsabilidad y consecuencias jurídicas derivadas de la posible decisión de la Junta Directiva de vender títulos valores, que forman parte de las inversiones de un fondo de jubilaciones.*

**La venta de títulos valores pertenecientes a un Fondo de Jubilaciones, es un acto de disposición propia del administrador, quien funge como tal de acuerdo al acta constitutiva de la Junta Directiva, por lo cual constituye una situación interna propia de la Administración Activa. La Junta Directiva deberá evaluar las ventajas y desventajas de la decisión que tome respecto a la venta de títulos valores, tomando en consideración los criterios de rentabilidad, seguridad y distribución del riesgo y siendo cuidadosos y diligentes en la verificación de los extremos exigidos por la normativa legal.**

Memorando N° 04-00-288 del 21 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General en relación con la responsabilidad y consecuencias jurídicas derivadas de la posible decisión de la Junta Directiva, de vender títulos valores que forman parte de las inversiones de un Fondo de Jubilaciones, con el fin de obtener la liquidez necesaria para proceder al reintegro de la totalidad de lo aportado por cada uno de sus miembros, desde el mes de enero de 2003 hasta el mes de julio de 2008, en atención a la decisión dictada por el Consejo Nacional de Universidades del 31 de julio de 2008, mediante la cual se ordena a las instituciones universitarias aplicar exclusivamente la parte final del artículo 119 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, referida a la excepción de las personas jubiladas y pensionadas por cualquier régimen, a continuar cotizando, salvo que continúen desempeñando actividades remuneradas. En tal sentido, advierte que debido a la actual coyuntura económica, no sólo para el país sino a nivel mundial, la referida venta de los títulos valores, pudiera generar alguna pérdida económica importante.

Una vez analizada la situación planteada, esta Dirección General estima procedente indicar lo siguiente:

Este Máximo Organismo Contralor, debe circunscribirse al ámbito de competencia que le ha sido atribuido por el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de donde se desprende que no han sido

conferidas facultades para dilucidar situaciones de carácter interno, propias de la Administración Activa; sin embargo, se procede a emitir opinión sin carácter vinculante.

En el caso bajo análisis, la venta de títulos valores a los que se hace referencia en la consulta, constituyen actos de disposición de naturaleza mercantil propios del administrador, y el órgano al cual está confiada la administración del Fondo es a la Junta Directiva del FOPEDIUC, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de su Acta Constitutiva Estatutaria.<sup>1</sup>

Entre sus atribuciones, contenidas en el artículo 16 de la última reforma estatutaria aprobada en Acta N° 27 de la Asamblea Extraordinaria de miembros, de fecha 29 de marzo de 2006<sup>2</sup>, destacan, entre otras, las de velar por el patrimonio del fondo, ejecutar las decisiones, planes y programas aprobados por la Asamblea y las demás que le corresponden por su índole de órgano directivo y administrativo.

Lo expuesto indica, que la Junta Directiva deberá ser cuidadosa y diligente en la verificación de los extremos exigidos por las leyes, y esa obligación de celo y diligencia es semejante a la obligación que parte del concepto de “comerciante ordenado”, en sustitución de “buen padre de familia”, que es su expresión equivalente en el Derecho Civil. Al respecto, conviene traer a colación lo expuesto por el autor Morles al citar a Quijano González<sup>3</sup>, que sostiene lo siguiente:

*“la selección del tipo de diligencia exigida al administrador puede hacerse acudiendo a un estereotipo genético (diligencia en abstracto) o a la propia diligencia del sujeto (diligencia en concreto). La técnica predominante en el caso de los administradores, en el derecho comparado, es la de escoger un tipo de diligencia abstracto, lo cual es lógico, porque no sería congruente aplicar a la actividad de gestión en interés ajeno al grado de diligencia que el administrador emplearía en sus propios asuntos (...) la diligencia es un concepto elástico cuya interpretación ha de hacerse en cada caso particular. Lo que se trata de saber es que se le exige al administrador de ‘esta’ empresa, en*

---

1 Registrada en la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Distrito Valencia del Estado Carabobo el 05 de febrero de 1996.

2 Registrada en la Oficina de Registro Principal Civil del Estado Carabobo el 10 de octubre de 2006.

3 MORLES, A. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Pág. 778-791.

***‘este’ cargo, en ‘este’ momento, etc., pero no olvidando que el administrador ha de actuar en cualquier caso con la diligencia genérica que permita identificar el ordenamiento jurídico.***” (Destacado nuestro)

Cabe agregar, en lo que respecta a la responsabilidad de la Junta Directiva, que sus miembros son solidariamente responsables por sus decisiones, tal como lo establece el Parágrafo Único del mencionado artículo 16 de la última reforma estatutaria, que establece lo siguiente:

***“La administración de FOPEDIUC es responsabilidad de su Junta Directiva, en consecuencia, todos los actos aprobados por ella, que impliquen movilización de fondos a través de: inversiones, colocaciones, adquisición de bienes; así como conferimiento de mandatos y otros análogos que se interpretan como aprobados solidariamente por los asistentes a la reunión, siempre y cuando no se haga constar en acta el voto salvado y razonado del miembro, que disienta de la opinión de la mayoría.”*** (Destacado nuestro)

Así mismo, el Código de Comercio establece en el artículo 266, ordinal 4°, que los administradores –Junta Directiva en el presente caso – son solidariamente responsables por la realización de aquellos actos contrarios a la Ley y a los Estatutos Sociales, lo que permite sostener que se encuentran facultados para realizar todas las actuaciones relacionadas con el tráfico del fondo, que no sean contrarias a las leyes ni a los Estatutos Sociales.

Conforme a lo antes expuesto, la Junta Directiva deberá evaluar las ventajas y desventajas de la decisión que tome respecto a la venta de títulos valores, tomando en consideración los criterios de rentabilidad, seguridad y distribución del riesgo, y siendo cuidadosos y diligentes en la verificación de los extremos exigidos por la normativa legal; asimismo, estimamos que ante la posible falta de liquidez del fondo en razón al reintegro de los jubilados, quienes continuaron cotizando una vez otorgado dicho beneficio, se pudiese evaluar la posibilidad de realizar tal reintegro de forma programada.

Memorando N° 04-00-288 del 21 de mayo de 2009.



# FUNCIÓN PÚBLICA



*FUNCIÓN PÚBLICA: Concurso para la designación del Auditor Interno.*

**El Consejo Directivo como máxima autoridad, en reunión extraordinaria, confirió al Presidente encargado la delegación para el seguimiento de las etapas y actos inherentes al concurso para la designación del Auditor Interno.**

Memorando 04-00-092 del 11 de febrero de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la continuación del concurso para la designación del Auditor Interno llevado a cabo en una fundación, en virtud de que los miembros del Jurado Calificador y de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, consideraron que en la delegación efectuada al Presidente Encargado del ente, no constaban expresamente las atribuciones inherentes al seguimiento de las etapas y actos del referido concurso, incluyendo la juramentación de los miembros del Jurado Calificador.

Se convocó al Consejo Directivo a una reunión extraordinaria, a fin de tratar como punto único la delegación al Presidente (E), de los actos inherentes al Concurso para la Designación del Titular de la Unidad de Auditoría Interna de la Fundación, hasta tanto dure la ausencia del Presidente, según Acta. No obstante, los miembros del Jurado Calificador y de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna se negaron a constituirse para prestar el juramento de Ley, alegando que la convocatoria efectuada no se había realizado con cinco días de anticipación a la fecha de la reunión, tal como lo contempla la Cláusula Décima del Acta Constitutiva de los Estatutos Sociales, situación que quedó asentada en al Acta levantada a tal efecto.

Analizada la normativa que regula el asunto consultado, en concordancia con la jurisprudencia y la doctrina aplicable, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

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<sup>1</sup>, otorga, expresamente, la competencia para la realización de los actos que conllevan a efectuar el citado concurso a la máxima autoridad jerárquica,

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 del 23 de febrero de 2006.

que en este caso, es el Consejo Directivo, conforme a lo previsto en el Acta Constitutiva y los Estatutos Sociales de la Fundación.<sup>2</sup>

Esta atribución fue delegada por el Consejo Directivo al Presidente de la fundación, conforme al Acta de Reunión 01-2008 Extraordinaria del 05 de noviembre de 2008; posteriormente, el Consejo Directivo le otorga permiso para viajar, y nombra a un Presidente Encargado con todas las responsabilidades del cargo, tal como se evidencia del contenido de la Agenda de Reunión N° 09-2008, de fecha 21 de noviembre de 2008.

Conforme a los hechos expuestos se observa, que para el momento en que se pretendía llevar a cabo la juramentación de los miembros del jurado para el concurso del Auditor Interno de la Fundación se encontraba el Presidente Encargado, por lo que los miembros del Jurado Calificador y los representantes de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna se opusieron al acto, manifestando su desacuerdo, en virtud de que no existía una delegación expresa para llevar a cabo las atribuciones inherentes al seguimiento de las etapas y actos del referido concurso, incluyendo la juramentación de los miembros del Jurado Calificador, lo que motivó a que se efectuara una reunión extraordinaria por parte del Consejo Directivo para delegar expresamente esta atribución en el Presidente Encargado, según Acta levantada el 03 de diciembre de 2008, fechada por error el 03 de noviembre de 2008.

Es preciso efectuar algunas consideraciones respecto a la competencia, la cual ha sido definida doctrinariamente como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que ha sido definida por Ley; de allí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal. Es por ello que la administración está obligada a someter todos sus actos a las prescripciones de la Ley, a objeto de garantizar la posición de los particulares frente a aquella. Desde esa perspectiva, el sometimiento de la autoridad administrativa a la Ley, se encuentra consagrado en texto expreso, tal como lo señala el artículo 137 de la Constitución y el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al ordenar la sujeción de todos los actos del Poder Público a las formalidades y requisitos establecidos en la Ley.<sup>3</sup>

---

2 Registrado en la Oficina Subalterna de Registro del Distrito Libertador del Estado Mérida el 09 de noviembre de 2006, bajo el N° 23, folios 119 al 138, Protocolo 1, Tomo 4, Trimestre 4°, Año 2006.

3 Sentencia N° 00330 de la Sala Político Administrativa del 26 de febrero de 2002, con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, en el Juicio Ingeoconsult Inspecciones, C.A.



Una de las características de la competencia, es que es improrrogable o indelegable, y ello significa, conforme a lo señalado por el autor Roberto Dromi, que se encuentra establecida a favor del interés público y surge de una norma estatal, no de la voluntad de los administrados, ni del órgano-institución, ni del órgano-individuo. El órgano-institución no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio en los términos que la norma respectiva establezca.<sup>4</sup>

En igual sentido se pronuncia el tratadista José Antonio García Trevijano al señalar: *“Como quiera que la competencia es inderogable, la delegación es, en principio, excepcional, y de aquí que únicamente sea posible la delegación si lo autorizan las Leyes (...) La delegación no es sino un ejemplo de competencia alternativa condicionada por la voluntad del delegante autorizado por la Ley (...).”*

De lo expuesto se desprende que, en materia de competencia, la delegación es la excepción, y para que ella se cumpla, conforme a lo señalado, es necesario en primer término, que la Ley autorice la delegación, y en segundo término, que se emita expresamente la voluntad del delegante.

Se observa que el Presidente Encargado debía tener una delegación expresa respecto a las atribuciones inherentes al seguimiento de las etapas y actos del concurso, pues esa competencia es propia del Consejo Directivo y aún cuando ésta puede ser delegada, es imperativo que conste formalmente en acto expreso conforme se evidencia del Acta levantada.

Adicionalmente, el Acta levantada por los miembros del Jurado Calificador y los representantes de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, dejó constancia entre otros que: *“(...) aun cuando se realizó el acta mediante la cual el Consejo Directivo cede la competencia al Presidente (E), **se incumplió con el requisito establecido en la cláusula Décima del Acta Constitutiva Estatutaria de la Fundación, para la realización de reuniones, mediante la cual se debió efectuar la convocatoria por escrito a cada integrante con cinco días continuos de anticipación a la fecha de la misma, en consecuencia, se mantiene la situación en cuanto a la carencia de la atribución del Presidente (E), para tomar juramentación de los miembros del Jurado Calificador. Asimismo, se deja constancia de que los integrantes de esta***

<sup>4</sup> Derecho Administrativo, 5ta. Edición, Buenos Aires 1996.

*comisión se retiran, sin posibilidad de darle continuidad al proceso del concurso.” (Destacado nuestro)*

La referida Cláusula Décima contempla, que la convocatoria para reunir extraordinariamente al Consejo Directivo debe hacerse por escrito, con un lapso de cinco días continuos de anticipación a la fecha de la reunión, debiendo concurrir por lo menos tres de sus integrantes. No obstante, la reunión se efectuó con la concurrencia de cinco integrantes del Consejo Directivo incluyendo al Presidente (E), lo que representa más del quórum requerido, e indica que el acto se encuentra revestido de legalidad aún cuando la convocatoria se hizo obviando los cinco días de anticipación que establecen los estatutos de la Fundación.

Al respecto, conviene traer a colación la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo<sup>5</sup>, que expresó lo siguiente:

*“... esta Corte observa que los actos emanados de órganos colegiados de la Administración, deben cumplir una serie de requisitos especiales debido a la naturaleza colegiada de dichos órganos, todo ello en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, un mejor control de la institución y evitar la discrecionalidad en el ejercicio de las funciones de los integrantes del órgano colegiado. En efecto, en el proceso de formación de la voluntad de un órgano colegiado, deben seguirse una serie de pautas resumidas en el siguiente procedimiento:*

*(omissis)*

*C. El número legal o quórum: Para que el órgano colegiado pueda sesionar y funcione válidamente, se requiere la presencia de un determinado número de miembros. El quórum debe estar determinado en el instrumento normativo que rija al respectivo órgano colegiado. La doctrina habla de Colegio Real o Perfecto, cuando se exige la presencia de la totalidad de los miembros y de Colegio Virtual cuando se requiere solo un número determinado de miembros, por lo que la ausencia de algunos miembros no acarrea la nulidad de las sesiones y de los actos que se adopten, siempre y cuando se haya logrado el número mínimo establecido en la*

---

<sup>5</sup> Sentencia N° 2000-345 del 03 de mayo de 2000.

*Ley, o el llamado ‘quórum estructural’, es decir, **el número de miembros que deben estar presentes en la sesión para que el órgano pueda sesionar válidamente.** El quórum estructural se diferencia del quórum funcional, que es el número necesario de miembros para que el órgano pueda funcionar.” (Destacado Nuestro)*

De igual forma, la jurisprudencia reiterada se ha pronunciado respecto a la formalidad de los actos administrativos, señalando lo siguiente:

*“... los vicios de forma que puedan ocurrir dentro de un procedimiento administrativo o en la exteriorización del acto administrativo, **sólo serán determinantes para la validez del acto administrativo que ponga fin al mismo, en la medida en que ellos hayan podido alterar o no su contenido, cambiando la voluntad de la propia Administración** o cuando menoscaban los derechos y garantías del administrador. Es por ello, que un vicio de forma per se no trae como consecuencia la nulidad, sino que la misma se produce en aquellos casos en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o produzca una situación de indefensión.”<sup>6</sup> (Destacado nuestro)*

El hecho de no haber dejado transcurrir los cinco días que con anticipación eran necesarios para la convocatoria a la reunión extraordinaria, no altera la eficacia del contenido del acto llevado a cabo, y por consiguiente, del Acta levantada al efecto, pues los miembros presentes del Consejo Directivo votaron unánimemente acerca de la delegación acordada al Presidente (E), es decir, se logró el fin para lo cual había sido convocada la sesión extraordinaria, sin alterar la validez del acto o la voluntad del Consejo Directivo, por lo cual no había razón para no proceder al acto de juramentación del jurado del concurso convocado, más cuando se había incurrido en una serie de gastos de traslado para hacer posible la presencia de los miembros del jurado en la ciudad de Mérida, a fin de efectuar la tantas veces aludida juramentación.

---

<sup>6</sup> Sentencia N° 00959 del 04 de agosto de 2004, Sala Política Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 2002-0133.

Por lo antes expuesto, esta Dirección General opina que no existe impedimento alguno para proseguir con el concurso para la designación del Auditor Interno de la fundación, toda vez que el Consejo Directivo, como máxima autoridad, en reunión extraordinaria le confirió al Presidente encargado la delegación expresa para el seguimiento de las etapas y actos inherentes al concurso.

Memorando N° 04-00-092 del 11 de febrero de 2009.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Definición de funcionario público y las obligaciones que le son inherentes.*

**Conceptualización general de funcionario público, empleado público, y conducta ética que debe observar el funcionario público.**

Memorando N° 04-00-040 del 19-01-2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General<sup>1</sup>, en relación con la definición jurídica de funcionario público y su diferencia con los empleados públicos; si el hecho de formar parte de las nóminas de los diferentes organismos de los Poderes Públicos, los ubica dentro de la primera de estas categorías; si los abogados al servicio de la Administración Pública a tiempo completo o convencional, pueden o no ejercer libremente la profesión, o actuar en causas contrarias al organismo para el cual prestan sus servicios cuando no se trata de la defensa de sus propios derechos, y si estos, en su condición de miembros de las directivas de los sindicatos públicos o de sus tribunales disciplinarios, pueden representar a sus afiliados en los Tribunales de la República.

Al respecto, es importante indicar que la competencia de este Organismo Contralor está circunscrita al control, vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, a tenor de lo previsto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>. En tal sentido, esta Dirección General procede a emitir su parecer a título de colaboración y orientación, sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

Como punto de partida, cabe señalar que la función pública, es toda 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 (sentido general). Esa función pública en específico, está tanto delineada, como regulada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, uno de los conceptos, concebido por la doctrina venezolana sobre funcionario público<sup>2</sup>, ha sido el que se cita a continuación:

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

<sup>2</sup> Enciclopedia Jurídica Opus, Tomo IV. Ediciones Libra. Caracas, 1995.

*“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 su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública, define en su artículo 3, al funcionario público<sup>3</sup> como:

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

Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia<sup>4</sup>, mediante sentencia estableció sobre el particular lo siguiente:

*“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 permanentemente 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, y expresa la voluntad de este.”*

En sentido amplio, funcionario público es toda persona natural, que en virtud de nombramiento de la autoridad competente o elección popular, ejerce una función pública remunerada o gratuita con carácter permanente o temporal, cuya actuación opera en representación del órgano al cual está adscrito.

El régimen estatutario general en Venezuela (Ley del Estatuto de la Función Pública), establece una categoría clásica de funcionarios públicos de carrera y de libre nombramiento y remoción, entendidos los primeros como aquellos que han ganado el concurso público respectivo, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente, mientras que los segundos, son aquéllos nombrados y removidos libremente de sus cargos

---

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

4 Sala Política Administrativa. Sentencia N° 00943 del 15 de mayo de 2001.

sin otras limitaciones que las establecidas en dicho régimen, conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Ley *in commento*. Cabe destacar que, dentro de esta categoría, se encuentran los cargos de alto nivel y de confianza dentro de la organización.

Sin embargo, existen otros funcionarios públicos que no encuadran dentro de la clasificación antes mencionada, tales como los que han sido electos por voluntad popular (gobernadores, alcaldes, entre otros), Auditores Internos (designados mediante concurso público por 5 años), Rectores del Consejo Nacional Electoral (designados por la Asamblea Nacional), Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (seleccionados de manera definitiva por la Asamblea Nacional), entre otros, que por la naturaleza misma de las funciones que desarrollan permiten ser considerados funcionarios públicos.

Por otra parte, existen **leyes especiales** que a los fines de lo previsto en ellas, definen quiénes son considerados funcionarios públicos o empleados públicos, sin perjuicio de lo que establezca la Ley del Estatuto de la Función Pública, tal como es el caso de la Ley Contra la Corrupción, conforme se prevé en el artículo 3.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que no toda persona que preste servicio a los órganos y entes del Sector Público, es considerada funcionario público. En efecto, el Estado, dentro del proceso de descentralización administrativa como fórmula organizativa, ha creado entes con patrimonio propio y personalidad jurídica (descentralización funcional), con el objeto primordial de facilitar la gestión de la actividad para la cual han sido creados y lograr la efectividad de los resultados que esperan percibir los ciudadanos, es decir, satisfacer las necesidades colectivas.

La doctrina en Venezuela ha reconocido que estos entes comprenden dos categorías: los de carácter fundacional público y los de carácter fundacional privado. Entre los primeros se encuentran, principalmente, los institutos autónomos, creados mediante Ley, y entre los segundos, las fundaciones y las empresas del Estado, los bancos o instituciones financieras, entre otros entes.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>5</sup>, prevé el *Principio de Descentralización Funcional, en los términos siguientes*:

---

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

*“Los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y demás normativa aplicable. Los entes descentralizados funcionalmente serán de dos tipos:*

- 1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado:** *estarán conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente.*
- 2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público:** *estarán conformados por aquellas personas jurídicas, creadas y regidas por normas de derecho público, y que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.*

*La descentralización funcional sólo podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.”*  
(Destacado nuestro)

Llegado a este punto, es de observar que la naturaleza fundacional de los entes descentralizados, incide de manera directa a su vez, en la naturaleza de la relación de empleo entre las personas naturales que prestan servicios en tales entes y las mismas. De esta forma, en el caso de los **entes descentralizados eminentemente públicos**, conforme a su acto fundacional, como es el caso de los institutos autónomos, la relación de empleo público es sin duda funcional y por ende, las personas naturales que prestan servicios en los mismos, son funcionarios públicos, al igual que lo son aquellos que laboran en los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público, tales como los Ministerios, la Procuraduría General de la República, las Gobernaciones, Alcaldías, Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, Asamblea Nacional,



entre otros, y también con autonomía funcional como la Contraloría General de la República. En tal sentido, ese servicio se encuentra regulado en principio por un régimen preexistente de carácter general, objetivo e impersonal, dictado por el Estado, para establecer condiciones de ejercicio de los diversos cargos de la Administración Pública, vale decir, la Ley del Estatuto de la Función Pública, en el caso de las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales o bien por el Estatuto de Personal del órgano o ente correspondiente (régimen especial)<sup>6</sup>, según el caso.

Ahora bien, respecto a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, cabe indicar que se diferencian de los institutos autónomos, en que éstos son creados por el Estado, a través de una Ley, tal como se mencionó anteriormente. Sin embargo, los primeros constituyen por descentralización, **entes integrados a la estructura general del Estado**, formando parte de la Administración Pública, en cualesquiera de sus tres niveles territoriales (nacional, estatal, distrital o municipal).

En ese orden de ideas, importa precisar que la situación de la relación de empleo que rige a los servidores en tales entes, varía conforme a la propia naturaleza fundacional de los mismos que es de naturaleza privada. De tal manera que éstos no ostentan la condición de funcionarios públicos, en estricto sentido, vale decir, desde el punto de vista de la relación de empleo público con el Estado y sus consecuencias, por lo que no están sometidos a la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino que se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo.<sup>7</sup>

6 De conformidad con lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, están excluidos de la aplicación de dicha Ley:

1. Los funcionarios públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional.
2. Los funcionarios públicos a que se refiere la Ley del Servicio Exterior.
3. Los funcionarios públicos al servicio del Poder Judicial.
4. Los funcionarios públicos al servicio del Poder Ciudadano.
5. Los funcionarios públicos al servicio del Poder Electoral.
6. Los obreros al servicio de la Administración Pública.
7. Los funcionarios públicos al servicio de la Procuraduría General de la República.
8. Los funcionarios públicos al servicio del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.
9. Los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales.

A tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, **sólo por leyes especiales** podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios públicos o para aquellos que presten servicio en determinados órganos o ente de la Administración Pública.

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

A manera de ejemplo, se hace referencia al caso de las Empresas del Estado creadas por la República, estados, distritos metropolitanos, municipios o por alguno de los entes descentralizados funcionalmente, **constituidos de acuerdo a las normas de derecho privado**, en torno a las cuales el legislador estableció en el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que sus trabajadores se regirán por la legislación laboral ordinaria, vale decir, por la Ley Orgánica del Trabajo, por tanto no son considerados funcionarios públicos, sino empleados al servicio de una Empresa del Estado.

Sin embargo, es importante destacar el caso del Banco Central de Venezuela (BCV), institución creada con la denominación de “Banco”, pero su Ley de creación<sup>8</sup> establece en su artículo 1 que es una persona jurídica de **derecho público**, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional. Respecto a su personal, el artículo 28 establece que el mismo está integrado por funcionarios o empleados públicos, personal de protección, custodia y seguridad, contratados y obreros, de acuerdo con la Ley, estatuto o contrato que regule la prestación del servicio. Asimismo, dispone que los funcionarios o empleados públicos al servicio del BCV estarán regidos por los estatutos que al efecto dicte el Directorio y, supletoriamente, por la Ley de Carrera Administrativa (derogada) o por la ley que la sustituya (Ley del Estatuto de la Función Pública).

Por otra parte, en cuanto al ejercicio propiamente de la función pública, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 148, establece la norma rectora en materia de incompatibilidades para el ejercicio del cargo público, en los términos siguientes:

*“Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.”*

*(Omissis)*

---

<sup>8</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.232 del 20 de julio del 2005.

Esta disposición ha sido prevista en similares términos, en el artículo 35 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual dispone:

*“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 destinado, 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.”*

Asimismo, el artículo 36 de la Ley *in commento* dispone textualmente lo siguiente:

*“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 inherentes a éste.”*

Ahora bien, en el caso específico de los profesionales del derecho que ostentan el carácter de funcionario público, cabe precisar que mientras estén bajo servicio activo no podrán ejercer libremente la abogacía, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Abogados<sup>9</sup>, según el cual:

**“No podrán ejercer la abogacía** los ministros de culto, los militares en servicio activo, ni los funcionarios públicos. Se exceptúan de esta inhabilitación los que desempeñan cargos *ad honorem* y funciones judiciales accidentales; y los que sirvan empleos académicos, asistenciales, electorales, docentes o edilicios, salvo que estos últimos cargos exijan por la naturaleza de sus funciones o por las leyes o reglamentos que las rijan, dedicación a tiempo completo.

Los abogados Senadores y Diputados, incorporados a las Cámaras, no podrán ejercer la abogacía en asuntos judiciales contenciosos, ni realizar gestiones profesionales directas o indirectas ante la Administración Pública o ante empresas en las cuales tenga participación mayoritaria el Estado venezolano; tampoco podrán intervenir profesionalmente como representantes de terceros, en contratos, nego-

<sup>9</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.081 del 23 de enero de 1967.

*ciaciones o gestiones en las cuales sea parte la Nación, los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos o empresas en las cuales dichos organismos tengan participación.*

*Los abogados incorporados a las Asambleas Legislativas de los Estados o a sus Comisiones Permanentes, no podrán ejercer la abogacía en su jurisdicción durante las sesiones de dichos Cuerpos. Tampoco podrán ejercer, los abogados que presten sus servicios profesionales a tiempo completo en organismos oficiales nacionales, estatales o municipales o en institutos autónomos, salvo que actúen en representación de tales entes.”*

El profesional del derecho cuando ingresa a la función pública, sirve al Estado conforme a su idoneidad académica, así como pericia y experiencia, según el caso. De hecho, para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo al cargo, requiere de los conocimientos jurídicos obtenidos por sus credenciales académicas.

Sin embargo, al incorporarse a un régimen preexistente estatutario que rige la relación de empleo público entre éste y el órgano de la Administración Pública (sentido general), adquiere una condición especial de funcionario público de carácter permanente, es decir, inherente al servicio activo, por ello le está prohibido el libre ejercicio de la profesión, lo cual incluye desde luego, realizar acciones administrativas o judiciales, que no sean para su interés legítimo.

En ese sentido, se ha pronunciado esta Dirección General de los Servicios Jurídicos, mediante Memorando N° 04-02-157 del 11 de agosto de 2003, contenido en los libros de dictámenes<sup>10</sup> 2003-2004, N° XVIII, publicados por la Contraloría General de la República, en el cual se concluyó entre otros aspectos, lo siguiente:

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

---

<sup>10</sup> Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República. p. 162.

*en el Reglamento de Honorarios Mínimos aprobados en el XLIX Consejo de la Federación de Colegio de Abogados.*

(Omissis)

*2. Los funcionarios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, las cuales no son otras, que las determinadas en el sistema de remuneraciones a que se contrae el artículo 54 y siguientes de la citada Ley.*

*3. Los abogados que laboran en la Consultoría Jurídica de la Corporación (...) son funcionarios públicos, y como tales están sometidos al régimen estatutario que rige a los mismos. En consecuencia, sólo tienen derecho a las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen (Artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), aunado a esto, están sujetos a la prohibición expresa establecida en el artículo 12 de la Ley de Abogados que establece, los funcionarios públicos, específicamente los abogados que presten servicios profesionales a tiempo completo en organismos oficiales nacionales, estatales o municipales o en institutos autónomos, no podrán ejercer la abogacía, de donde se deduce que tampoco podrán percibir honorarios profesionales, ello en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la citada Ley, que dispone que ‘El ejercicio de la profesión da derecho al abogado a percibir honorarios por los trabajos judiciales y extrajudiciales que realice’.*

*4. Los abogados de la Consultoría Jurídica no pueden ni deben percibir una remuneración distinta a la prevista para los funcionarios públicos, por el desempeño de las funciones que le son propias a sus cargos. En consecuencia, los referidos abogados no pueden percibir honorarios profesionales por la realización de funciones que están sometidas a un régimen estatutario, con lo cual queda excluida toda relación de índole liberal.”*

(Omissis)

Cabe recordar además, que entre los deberes de los funcionarios públicos se encuentra el **cumplir con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes**, dentro de las cuales se encuentra la mencionada Ley de Abogados, conforme a lo previsto en el último aparte del artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por otra parte, es importante destacar que la conducta de los funcionarios públicos, se rige por el Código de Conducta de los Servidores Públicos<sup>11</sup>, el cual prevé entre sus principios, la honestidad, previsto en el artículo 5 de la forma siguiente:

*“La honestidad exige actuar teniendo en cuenta siempre que los fines públicos excluyen cualquier comportamiento en desmedro del interés colectivo, destinado de alguna manera al provecho personal o grupal de los servidores públicos o de un tercero cualquiera que éste sea, o buscarlo u obtenerlo por sí mismo o por interpuesta persona.”*

Respecto a la valoración del Principio de Honestidad, el artículo 17 del mencionado Código prevé:

*“La honestidad de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios:*

*(Omissis)*

*h) Ningún servidor público<sup>12</sup> después de asumir su cargo o funciones podrá continuar desempeñándose como administrador de sus negocios particulares, inversiones o empresas, si éstas menoscaban el estricto cumplimiento de sus deberes en cuyo caso deberán delegar sus poderes de administración.”*

Al respecto, el autor Manuel Rojas Pérez en su obra la *Ética en la Administración Pública*<sup>13</sup>, sostiene:

<sup>11</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.496 del 15 de julio de 1998.

<sup>12</sup> Rojas Pérez, M. (2007) *Ética en la Administración Pública*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, p. 49 **“A los efectos de este Código**, y en consecuencia para su ámbito subjetivo de aplicación, las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público, tendrán un mismo y único significado, conforme a lo previsto en su artículo 1. Sin embargo, el autor DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio, sostiene que ‘no cabe asimilar el concepto de funcionario público al de empleado público, aunque reconozcamos su uso como sinónimos, tanto doctrinal, como legal y jurisprudencialmente. En puridad, la expresión empleado público nos parece más genérica, más extensa; engloba tanto a los propios funcionarios públicos sometidos a un régimen particular (generalmente estatutario) como a otros servidores públicos regulados por el derecho común u ordinario, en especial por el Derecho del Trabajo, como es el caso de contratos u otros.’ Derecho de la Función Pública. *La Experiencia Venezolana*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004. pp. 56-57.”

<sup>13</sup> Obra citada p. 47.

*“Así, este Código de Conducta de los Servidores Públicos, otorga a la Administración Pública las herramientas necesarias para establecer lo más objetivamente posible, las formas de acogerse a los códigos éticos a que se debe todo servidor público, y plantea como objetivo fundamental normar la conducta de los funcionarios públicos respecto de los principios éticos que han de regir el ejercicio de las funciones que desempeñan en la Administración Pública.”*

Desde el punto de vista del estudio de la ética como el punto medio para obtener el equilibrio individual, es oportuno traer a colación lo escrito por el autor de temas gerenciales y asesor de empresas venezolanas, H. Dubric, en su obra *Ética y Moral Ejecutiva*<sup>14</sup> quien ha mencionado:

*“LA CORRUPCIÓN no se va erradicar cambiando funcionarios, pues el ‘germen’ de la maldad está en todo ser humano. Nadie erradicará la corrupción enseñándole a decir ‘yo no seré más corrupto’, ‘yo no lo vuelvo hacer’, ni obligándoles a firmar un documento donde se comprometan a no cometer actos contra la moral y las buenas costumbres, o a la apropiación indebida de bienes y servicios.*

*No quieren aceptar que la corrupción individual, es la que ha causado la erosión en todos los estamentos de los diferentes conglomerados (...).”*

De manera que, considerando los principios que rigen el ejercicio de la función pública enmarcados dentro del concepto de ética pública y moral administrativa, los funcionarios, empleados y obreros de los organismos públicos, tienen la obligación de actuar **dando preeminencia a los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos**, dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas, y la actividad que desarrollen está sometida a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud.

Memorando N° 04-00-040 del 19-01-2009.

---

<sup>14</sup> Seminario dictado en Enero de 2007 por H. Dubric R. Impreso por PUBLICSOL 50, C.A. Segunda Edición. pp. 34-35.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Alcance del término “altos funcionarios” a que alude el artículo 2 de la Resolución emanada de este Organismo Contralor, en la cual se exige la presentación anual actualizada de la declaración jurada de patrimonio.*

**El término “altos funcionarios” debe interpretarse en el sentido amplio que deriva de la Ley Contra la Corrupción, atendiendo al nivel jerárquico y la naturaleza de las funciones o actividades que realice el funcionario dentro de una organización y por su vinculación con la administración, manejo y custodia del patrimonio público.**

Memorando N° 04-00-243 del 11 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, a los fines de responder las solicitudes formuladas por distintos organismos, respecto al alcance del término “altos funcionarios” al que alude el artículo 2 de la Resolución N° 01-00-057 emanada de este Organismo Contralor, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.184 de fecha 27 de marzo de 2009, mediante la cual se exige la presentación de la declaración jurada de patrimonio actualizada a los altos funcionarios de los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal.

Evaluated el contenido del referido proyecto esta Dirección General estima lo siguiente:

Los artículos 1 y 2 de la Resolución objeto de consulta señalan:

**“Artículo 1.** *Exigir la presentación anual de la declaración jurada de patrimonio actualizada a los altos funcionarios de los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal que ocupen los cargos siguientes:*

Presidente y Vicepresidente de la República

- *Diputados Principales a la Asamblea Nacional*
- *Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo*
- *Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral*
- *Fiscal General de la República y Vicefiscal*
- *Defensor del Pueblo y Director Ejecutivo de la Defensoría del Pueblo*
- *Contralor General de la República y Subcontralor*



- *Procurador General de la República y Viceprocurador*
- *Contralor General de la Fuerza Armada Nacional*
- *Fiscal General Militar*
- *Ministros y Viceministros*
- *Embajadores y Cónsules*
- *Registradores y Notarios*
- *Jueces de los Tribunales de la República*
- *Junta Directiva del Banco Central de Venezuela*
- *Juntas directivas de corporaciones, empresas del Estado*
- *Institutos autónomos, fundaciones y asociaciones civiles*
- *Superintendentes, Intendentes y Directores Generales de los órganos y entes del sector público*
- *Rectores, Vicerrectores y Secretarios de Universidades Públicas*
- *Gobernadores de Estado y Secretarios de Gobierno*
- *Legisladores a los Consejos Legislativos Estadales*
- *Procuradores de Estado, Subprocuradores y Directores Generales*
- *Contralores de Estado y Directores Generales*
- *Alcaldes Distritales, Municipales y Directores Generales*
- *Concejales Distritales y Municipales*
- *Contralores Distritales, Municipales y Directores Generales*
- *Síndicos Procuradores Distritales y Municipales.*

**Artículo 2.** *Además de los altos funcionarios indicados en el artículo 1 de la presente Resolución, estarán obligados a presentar anualmente declaración jurada de patrimonio actualizada **los altos funcionarios** al servicio de los órganos y entes 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, que desempeñan funciones permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas originadas por elección popular, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente.”*

La utilización de la expresión “altos funcionarios” en el contexto de la *ut supra* citada Resolución, no debe entenderse utilizada con la misma connotación que tiene en la Ley del Estatuto de la Función Pública como limitada a las máximas autoridades que ejercen la dirección o gestión de la función pública en el poder Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal (Artículos 4 y 5), ni a las máximas autoridades de los órganos y entes del sector público. Este término debe interpretarse en el sentido amplio que se deriva de la Ley Contra la Corrupción, atendiendo al nivel jerárquico y la naturaleza de las funciones o actividades que realice el funcionario dentro de una organización y por su vinculación con la administración, manejo y custodia del patrimonio público.

La mencionada amplitud se deriva del contenido del numeral 2 del artículo 3 de la citada Ley, cuando establece:

*“Artículo 3. 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:*  
(Omissis)

**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 represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aún cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio.*

(Omissis)

*A los fines de esta Ley deben considerarse como directores y administradores, quienes desempeñen funciones tales como:*

- a) Directivas, gerenciales, supervisorias, contraloras y auditoras.*
- b) Participen con voz y voto en comités de: compras, licita-*

*ciones, contratos, negocios, donaciones o de cualquier otra naturaleza, cuya actuación pueda comprometer el patrimonio público.*

- c) Manejen o custodien almacenes, talleres, depósitos y, en general decidan sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles del ente u organismos, para su consumo.*
- d) Movilicen fondos del ente u organismo depositados en cuentas bancarias.*
- e) Representen al ente u organismo con autoridad para comprometer a la entidad.*
- f) Adquieran compromisos en nombre del ente u organismo o autoricen los pagos correspondientes.*
- g) Dicten actos que incidan en la esfera de los derechos u obligaciones de los particulares o en las atribuciones y deberes del Estado (...).” (Destacado nuestro)*

Entendido de esta manera, y en concordancia con la Dirección consultante cuando expresa en el proyecto bajo examen lo siguiente:

*“... la noción de ‘altos funcionarios’ subyace en la ostentación de cargos de jerarquía y la obligación que comporta en la conducción de la gestión del estado, a través de sus distintos órganos y entes; sin embargo, por antonomasia debe indicarse que esta categoría de funcionario debe atender, entre otras competencias, funciones y responsabilidades, aquellas que se circunscriben en la administración, manejo o custodia de bienes y/o fondos públicos, la participación con voz y voto en comités de compras, contrataciones, contratos, negocios donaciones y cualquier otra actividad susceptible de comprometer el patrimonio público; representación de la organización con autoridad para comprometer a la misma; adquirir compromisos en nombre de la entidad o autorizar pagos; dictar actos que incidan en la esfera de los derechos u obligaciones de los particulares o en las atribuciones y deberes del Estado; y en general, los que tenga la potestad de producir actos con plenos efectos jurídicos.”*

De manera que, los responsables del área de recursos humanos de los organismos 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, atendiendo a la estructura de cargos y a la normativa aplicable en materia funcionarial dentro del respectivo órgano o ente, velarán para que los funcionarios que desempeñen cargos o funciones de la naturaleza indicada presenten la declaración jurada de patrimonio.

Memorando N° 04-00-243 del 11 de mayo de 2009.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Organismo responsable de pagar la bonificación de fin de año y prestaciones sociales cuando el funcionario ha desempeñado funciones en diferentes instituciones públicas.*

**Cuando un funcionario haya ejercido un cargo en dos o más organismos públicos durante un año fiscal, corresponde a cada uno de estos asumir la cancelación de tales pasivos de manera fraccionada y por meses completos de servicios prestados y se pagará en la oportunidad que lo decrete el Ejecutivo Nacional.**

Memorando N° 04-00-490 del 21 de agosto de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con el pronunciamiento sobre los casos siguientes:

- “1) CASO N° 1: *El Contralor del Municipio Juan Germán Roscio del estado Guárico solicitó a la Contraloría del Municipio Naguanagua del estado Carabobo, precisar el pago de la bonificación de fin de año de una funcionaria que laboró en la Contraloría de Juan Germán Roscio desde el 01-11-2007 hasta 09-06-2008 y que ahora labora en la Contraloría del Municipio Naguanagua desde el 10-06-2008 hasta la fecha. La solicitud se fundamenta en lo estipulado en el artículo 27 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, en tal sentido se pregunta a quién le corresponde el pago, a la Contraloría de Naguanagua o a la de Juan Germán Roscio y de corresponderle a la Contraloría de Naguanagua, deberá cancelar la fracción del período completo o la fracción correspondiente desde la fecha en la cual ingresó (...).*
- 2.) CASO N° 2: *Si es procedente o no el pago por parte de la Contraloría del Municipio Zamora del estado Miranda, de las prestaciones sociales no canceladas en su debida oportunidad por el IPASME de una funcionaria por el tiempo de servicio prestado desde el 01-05-1970 hasta el 02-05-1973, en virtud de ser la Contraloría el último organismo en el que ha laborado (...).*
- 3.) CASO N° 3: *Desde el 01 de Marzo de 1990 hasta el 16 de Enero de 1996, una funcionaria se desempeñó en el cargo de Contralora del Municipio Páez del estado Zulia, actualmente se desempeña como Contralora del Municipio Mara, la precitada funcionaria solicitó ante la Contraloría del Municipio Páez le cancelaran sus prestaciones sociales y le respondieron que se las cancelara ella misma en la Con-*

*traloría del Municipio Mara, la pregunta sería a quién le corresponde el pago de dichas prestaciones (...).”*

Analizados los referidos planteamientos y los recaudos que lo acompañan, esta Dirección General observa que los mismos constituyen materia de carácter laboral, sin embargo su solución tendría incidencia en los recursos públicos manejados por los referidos órganos, vinculándose así con las competencias constitucionales y legales asignadas a este Organismo Contralor, que le permiten emitir orientaciones en materia hacendística y fiscal tendentes a cuidar, cautelar y defender los intereses patrimoniales públicos. En ese sentido, se estima oportuno indicar lo siguiente:

El primer caso planteado se relaciona con la solicitud de opinión formulada por la Contralora del Municipio Naguanagua del estado Carabobo respecto al alcance del artículo 27 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, conforme al cual corresponde al último organismo en el cual haya prestado servicios el funcionario, pagar la totalidad de la bonificación de fin de año, solicitud que realiza en virtud de que el Contralor del Municipio Juan Germán Roscio del estado Guárico, con fundamento en esta norma, le ha solicitado que proceda al pago completo de dicha bonificación a una ciudadana, que trabajó en la Contraloría del Municipio Juan Germán Roscio del estado Guárico hasta el mes de junio del año 2008 y luego en la Contraloría del Municipio Naguanagua del estado Carabobo.

Sobre el particular es oportuno indicar que la derogada Ley de Carrera Administrativa, consagró por primera vez como derecho, una gratificación que comúnmente se conoce como “aguinaldo” y que surgió como una liberalidad del Estado, para conceder a los funcionarios públicos una remuneración adicional al final del año, durante el período navideño.

En ese sentido, la Ley en comentario en el artículo 21, estructura el modo de pago de la bonificación de fin de año de la forma siguiente:

**“Artículo 21.-** *Los empleados que hayan prestado a la Administración Pública un mínimo de tres (3) meses de servicio dentro del ejercicio fiscal correspondiente, tendrán derecho a una bonificación de fin de año de conformidad con la siguiente escala:*

*Más de tres (3) y hasta seis (6) meses: cinco (5) días de sueldo.*

*Más de seis (6) y hasta nueve (9) meses: diez (10) días de sueldo.*

*Más de nueve (9) meses: quince (15) días de sueldo.”*

La bonificación de fin de año representa una cantidad de dinero recibida por los funcionarios públicos anualmente, calculada sobre la base de su sueldo, cuya naturaleza no viene determinada por el factor ganancia o elemento lucrativo, sino como su nombre lo indica, con motivo del fin de año para asegurar los niveles de bienestar de los trabajadores, concepto por demás distinto al de “utilidades” del sector privado.

En desarrollo de este dispositivo, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa<sup>1</sup>, (parcialmente vigente, en tanto no contradiga lo dispuesto en la Ley del Estatuto de la Función Pública), en los artículos 27, 28, 29 y 30, regula lo siguiente:

**“Artículo 27.** El último organismo en el cual el funcionario haya prestado servicio, pagará el total de la bonificación con base al último sueldo devengado.

**Artículo 28.** El organismo obligado al pago de la bonificación exigirá al funcionario que hubiese prestado servicios en el transcurso de un año en varias entidades de la Administración Pública, las constancias que así lo acrediten. Antes de pagar, lo comunicará a esas entidades, a fin de que se abstengan de efectuar cualquier erogación por la misma causa.

**Artículo 29.** *El Ejecutivo Nacional determinará la oportunidad del pago de la bonificación de fin de año.*

**Artículo 30.** *Cuando los lapsos previstos en el artículo 26 se cumplan entre la fecha del pago y el 31 de diciembre, el organismo pagará tomando en cuenta el lapso transcurrido entre esas dos fechas.”* (Subrayado nuestro)

Conforme a lo dispuesto en el articulado transcrito, el pago de la bonificación de fin de año, en supuestos como el que nos ocupa, le correspondería al último organismo en el que el funcionario hubiere prestado sus servicios, en atención a lo establecido por los artículos 27 y 28 Reglamentarios.

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.905 Extraordinario del 18 de enero de 1982.

Sin embargo, es importante destacar que la Ley del Estatuto de la Función Pública, a diferencia de la Ley de Carrera Administrativa, prevé en términos mucho más favorables para el funcionario, el pago de una bonificación de fin de año de noventa (90) días de sueldo integral para los funcionarios por cada año calendario de servicio activo, dentro del ejercicio fiscal correspondiente, pagadera en la oportunidad que el Ejecutivo Nacional lo determine.

En este orden de ideas, el artículo 25 *eiusdem* dispone lo siguiente:

**“Artículo 25.** *Los funcionarios o funcionarias públicos al servicio de la Administración Pública, tendrán derecho a disfrutar, por cada año calendario de servicio activo, dentro del ejercicio fiscal correspondiente, de una bonificación de fin de año equivalente a un mínimo de noventa días de sueldo integral, sin perjuicio de que pueda aumentarse por negociación colectiva.”*

En el año 2008, por medio del Decreto Presidencial N° 6.489 del 28 de octubre de 2008<sup>2</sup>, el Ejecutivo Nacional dispuso el pago de la bonificación para el citado ejercicio fiscal en los términos siguientes:

**“Artículo 1°.** *Los órganos o entes que conforman la Administración Pública Nacional, dependientes del Ejecutivo Nacional deberán erogar con cargo a las partidas presupuestarias vigentes, a partir de la fecha de publicación de este Decreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, las cantidades correspondientes al pago de la bonificación de fin de año de 2008, en la forma siguiente: Noventa (90) días de sueldo integral, para los funcionarios y funcionarias públicos en servicio activo para la fecha de publicación de este Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. A los efectos de este numeral, el cálculo de la bonificación se hará con base en el sueldo integral devengado por el funcionario al 31 de octubre de 2008...* (Subrayado nuestro)

Conforme a la normativa transcrita el otorgamiento de la bonificación de fin de año está condicionado, desde su nacimiento, a un tiempo mínimo de prestación de servicios dentro del correspondiente ejercicio

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.046 del 28 de octubre de 2008.



fiscal, para lo cual se exige que el funcionario se encuentre en servicio activo, es decir en prestación efectiva de servicios para la fecha allí indicada, de este modo si el trabajador ha laborado menos de un año, la bonificación deberá pagarse en forma proporcional. Asimismo deberá calcularse con base en el salario integral percibido por el funcionario al 31 de octubre de 2008; dicho salario integral, definido en el encabezamiento del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, comprende “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.” Es decir, todos los beneficios y remuneraciones recibidas por el trabajador en forma regular y permanente con ocasión a la prestación del servicio -“salario normal”-, con la inclusión de las alícuotas de bono vacacional, y bonificación de fin de año o aguinaldo.

En relación con el caso particular sobre la funcionaria que trabajó dos meses del año 2007, y durante el ejercicio fiscal del año 2008 en dos organismos públicos, corresponde a cada uno de estos asumir la cancelación de tales pasivos de manera fraccionada y por meses completos de servicios prestados, y se pagará en la oportunidad que lo decrete el Ejecutivo Nacional.

En ese sentido, se considera que a raíz de lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, normativa que obliga al empleador a depositar o acreditar mensualmente al trabajador todos los beneficios correspondientes pagaderos al término de la relación de empleo público, evitando así la asunción de pasivos laborales por parte de los órganos y entes del sector público, lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa quedó tácitamente derogado, al igual que lo previsto en el artículo 32 *eiusdem*, pues hoy día aunque el pase de un organismo a otro se efectúe en forma inmediata, sin ruptura en la continuidad, los años de servicio deben computarse para su antigüedad en la Administración Pública a efectos de la jubilación, más no para el pago de prestaciones.

Por tanto, a la luz de las consideraciones que anteceden, se puede afirmar que todo funcionario que reúna los extremos previstos en el artí-

culo 25 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, tiene derecho a gozar del beneficio de bonificación de fin de año, en la forma y oportunidad en que fue acordado legalmente; y demostrado este derecho, la obligación de emitir el pago por concepto de dicha bonificación cuando un funcionario ha prestado servicios, en el transcurso de un año, en varias entidades públicas, recaerá proporcionalmente en cada uno de estos.

En otro orden de ideas, respecto a los casos relacionados con el reclamo del pago de prestaciones sociales que no fueron canceladas en su debida oportunidad por el órgano o ente donde los funcionarios prestaron servicios, es imperioso señalar que en los supuestos allí planteados se trata de relaciones de empleo público previas al año 1997, momento en el cual se produjo la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo que modificó el método de cálculo de la antigüedad acumulada por el trabajador, y cuyo artículo 666, dispuso lo siguiente:

**“Artículo 666.** *Los trabajadores sometidos a esta Ley, así como los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales y municipales, con ocasión de su entrada en vigencia, tendrán derecho a percibir:*

*a) La indemnización de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 y que esta Ley reforma, calculada con base al salario normal del mes anterior a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, la cual en ningún caso será inferior a quince mil bolívares (Bs. 15.000,00).*

*La antigüedad a considerar a estos fines será la transcurrida hasta la fecha de entrada en vigencia de esta Ley.*

*b) Una compensación por transferencia equivalente a treinta (30) días de salario por cada año de servicio, calculada con base en el salario normal devengado por el trabajador al 31 de diciembre de 1996.*

*El monto de esta compensación en ningún caso será inferior a cuarenta y cinco mil bolívares (Bs. 45.000,00). Este monto mínimo que se asegura, será pagado atendiendo a lo dispuesto en el artículo 194 de esta Ley.*

*El salario base para el cálculo de esta compensación no será inferior a quince mil bolívares (Bs. 15.000,00) ni excederá de trescientos mil bolívares (Bs. 300.000,00) mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 667 de esta*

*Ley. A los mismos fines, la antigüedad del trabajador no excederá de diez (10) años en el sector privado y de trece (13) en el público.*

**PARÁGRAFO ÚNICO.**- *A los fines previstos en este artículo, si el trabajador percibiere salarios por unidad de obra, por pieza, a destajo, a comisión o cualquiera otra modalidad de salario variable, la base para el cálculo será el promedio de lo devengado durante el año inmediato anterior.”*

En efecto, la Ley Orgánica del Trabajo vigente, además del derecho a percibir la indemnización de antigüedad prevista en el artículo 108, determinó a favor del trabajador el derecho a recibir una compensación por transferencia al nuevo régimen de prestaciones sociales, estableciendo además el artículo 668 *eiusdem*, un plazo de cinco años para pagar las cantidades acumuladas por el trabajador por prestaciones sociales. De modo que, con motivo de la entrada en vigencia del nuevo régimen de prestaciones, los trabajadores, funcionarios o empleados públicos, tendrán derecho a percibir la indemnización de antigüedad generada hasta el 18 de junio de 1997 y una compensación de transferencia, pagadera en un lapso no mayor de cinco años, y como consecuencia de este nuevo régimen, el trabajador que se encontraba laborando a la fecha, incluyendo a los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales y municipales, fue objeto de un corte o liquidación y cancelación de las prestaciones sin que ello implicara poner fin a la relación de trabajo.

De modo pues, que la forma de pago de la antigüedad e intereses de prestaciones hasta el 19 de junio de 1997, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 668, se haría en un plazo de cinco años en la forma y condiciones que establezca el Ejecutivo Nacional en el Reglamento de esta Ley. Al efecto, el Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 3.095 del 09 de diciembre de 1998<sup>3</sup>, decretó: *El Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo Sobre el Pago de los Pasivos Laborales en el Sector Público*, cuyo artículo primero define su propósito, al señalar que tiene por objeto regular las condiciones y el procedimiento para el pago en el sector público de los pasivos laborales establecidos en el artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo, de conformidad con las disposiciones del artículo 668 de la misma Ley.

Este Reglamento aclara lo que reconoce como pasivos laborales, incluyendo lo dispuesto en los literales a y b del artículo 666 y tercer aparte

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.607 del 21 de diciembre de 1998.

del artículo 668 de la Ley Orgánica del Trabajo y señala, en el artículo tercero, que corresponderá al Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio para Economía y Finanzas) la apertura de los fideicomisos individuales de cada trabajador, empleando para tales fines, los instrumentos financieros previstos en el Decreto 2.716 del 30 de septiembre de 1998.

Así las cosas, para el pago de los pasivos laborales generados hasta 1997, correspondía al Ministerio de Hacienda, la creación de los fideicomisos individuales para cada trabajador como lo establece el artículo 5 del referido reglamento, al prever que: *“El Ministerio de Hacienda acreditará en cada cuenta de fideicomiso individual, durante el ejercicio fiscal de 1999, la cantidad adeudada a cada trabajador en razón de los pasivos laborales a que se refiere este reglamento. Los organismos que hayan dispuesto de recursos en sus presupuestos de gastos para el pago de pasivos laborales, recibirán el saldo de la deuda al 19 de junio de 1997 (...).”*

Ello es así, porque justamente uno de los cambios que trajo la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, fue que dispuso un nuevo régimen de prestaciones sociales donde se elimina la retroactividad de las prestaciones sociales contenidas en la norma derogada, y se reemplaza el sistema de recálculo o reajuste de las prestaciones acumulativas al finalizar el vínculo laboral con base en el último salario devengado, por un sistema de cálculo y abono en períodos mensuales de forma obligatoria para el patrono, con base en el salario integral devengado en el mes correspondiente, si bien se mantienen las prestaciones como un derecho adquirido, se modifica totalmente su forma de pago y cálculo, así conforme con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando el funcionario culmina la prestación de sus servicios, tiene derecho al pago de sus prestaciones sociales, cuyo cálculo se realizará de conformidad con lo establecido en dicha norma que establece lo siguiente:

**“Artículo 108.** *Después del tercer mes ininterrumpido de servicio, el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a cinco (5) días de salario por cada mes.*

*Después del primer año de servicio, o fracción superior a seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, el patrono pagará al trabajador*

*adicionalmente dos (2) días de salario, por cada año, por concepto de prestación de antigüedad, acumulativos hasta treinta (30) días de salario.*

*La prestación de antigüedad, atendiendo a la voluntad del trabajador, requerida previamente por escrito, se depositará y liquidará mensualmente, en forma definitiva, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o se acreditará mensualmente a su nombre, también en forma definitiva, en la contabilidad de la empresa. Lo depositado o acreditado mensualmente se pagará al término de la relación de trabajo y devengará intereses según las siguientes opciones (...).*” (Subrayado nuestro)

La citada norma dispuso tres formas de colocar las prestaciones de antigüedad que corresponden a los trabajadores, como son: en un fideicomiso individual, en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o acreditándose mensualmente a su nombre en la contabilidad de la empresa, asimismo, la disposición en comentario obliga al patrono o empleador a depositar y liquidar mensualmente en forma definitiva las prestaciones, en cualquiera de las modalidades antes descritas, después del tercer mes ininterrumpido de servicio.

Dentro de ese contexto, las prestaciones sociales acumuladas a junio de 1997, debieron haber sido reclamadas por los funcionarios y canceladas por el órgano o ente donde prestaban sus servicios para el momento en que se produjo el cambio de régimen, y a todo evento, en el caso de no haberlas pagado, no correspondería a esas Contralorías asumir esos pasivos, toda vez que de acuerdo al nuevo régimen de cálculo y abono de las prestaciones sociales, es una obligación del patrono depositarlo mensualmente en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley, (fideicomiso individual, fondo de prestaciones de antigüedad o acreditación mensual en la contabilidad de la empresa), a los fines de responder por sus pasivos, de manera que el último ente u órgano al que ingresa el funcionario, no puede asumir ningún tipo de pasivos.

Cabe destacar, que si bien es cierto que las prestaciones sociales son un derecho reconocido a nivel Constitucional (Artículo 92), como la indemnización que debe cancelarse al trabajador al término de la

relación laboral en compensación por sus años de servicio; en el caso de los funcionarios públicos está contenido en la Ley del Estatuto de la Función Pública (Artículo 28), conforme al cual su pago como beneficio social debe ser percibido como compensación por la antigüedad por los años de servicio, sin embargo esto no es absoluto, pues está sujeto a ciertas limitaciones como las citadas *ut supra* derivadas del régimen previsto para su cálculo en la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, y el Reglamento citado, así como a los términos de caducidad y prescripción previstos en las Leyes que lo regulan; en el supuesto bajo examen, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispuso en el artículo 94, que *“Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto.”* No quiere significar esto, que un derecho garantizado constitucionalmente sea desconocido, sino que su titular lo haga exigible dentro del lapso establecido en la ley, so pena que opera la extinción del mismo.

En ese orden de ideas, en materia de prestaciones sociales de los funcionarios públicos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nro. 1642 del 03 de octubre 2006, estableció de manera definitiva que el lapso para interponer la acción por cobro de las prestaciones sociales es el que establece la Ley del Estatuto de la Función Pública en el artículo 94, que es de tres meses.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala Constitucional, entre otros fallos, en sentencia N° 2326, dictada el 14 de diciembre de 2006, al señalar lo siguiente:

*“En efecto, estima la Sala que la regulación material de la prestación de antigüedad en cuanto derecho de los funcionarios públicos, como beneficio y las condiciones de su prestación, debe ajustarse a lo prescrito en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley Orgánica del Trabajo y a su Reglamento, ello por expresa remisión del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, en lo atinente a la regulación procesal que debe aplicarse para el reclamo en sede judicial de las cantidades adeudadas por este concepto, así como de los intereses que surgen por la mora en su pago (ex*

*artículo 92 constitucional), la incoación de estas demandas debe ajustarse a las prescripciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues dicha remisión normativa se efectúa sólo en lo relativo a la regulación material de ese derecho, como así lo expresa incluso la propia Ley laboral (ex Parágrafo Sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo).*

*Ello significa que el operador jurídico deberá atender a los aspectos sustantivos de tal derecho adquirido (base de cálculo, acreditación, tasa de interés aplicable y supuestos de anticipo) en las estipulaciones que consagre el legislador laboral sobre la materia, a los fines de revisar la procedencia o improcedencia de aquellas pretensiones que contengan un reclamo de esta naturaleza, sin embargo, ello no comporta la ampliación de los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica del Trabajo a los procesos que ventilen controversias surgidas de una relación de empleo público, puesto que ello supondría una alteración, por parte del Juez Contencioso Administrativo, de las normas procesales especiales aplicables al proceso contencioso administrativo funcionarial -consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública-, la creación de una desigualdad procesal entre funcionarios públicos fundada en el contenido de la pretensión mas no en la naturaleza de la relación jurídica previa que subyace en este tipo de conflictos, de contenido estatutario, además de crear una situación de inseguridad jurídica de los usuarios del servicio de justicia ante la confrontación de la ley con los criterios jurisprudenciales adoptados sobre tal aspecto.*

*(...) Por tanto, la modificación de estas reglas debe obedecer, en virtud del principio de legalidad procesal, a la voluntad legislativa y no a las modificaciones que hagan los jueces de instancia por apreciaciones particulares que prescinden, incluso, de la técnica de control difuso de la constitucionalidad -ex segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil-.*

En esa línea argumentativa, la Sala considera que sólo le es dado al legislador la modificación de los lapsos procesales para el ejercicio de la acción contencioso funcional, bien mediante una reforma de la legislación funcional en este aspecto concreto, bien porque, en atención al mandato efectuado por el Constituyente en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3, del Texto Fundamental, el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estatal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional.” (Subrayado nuestro)

Ciertamente, el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará mediante reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en su artículo 92, el cual integrará el pago de este derecho en forma proporcional al tiempo de servicio y calculado sobre la base del último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez (10) años y mientras no entre en vigencia esa reforma, se seguirá aplicando de forma transitoria el régimen de prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente.

Sobre este particular, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha emitido opinión sobre el punto, entre otras, en la sentencia No. 2471 del 14 de diciembre de 2007, donde ratificó que en materia de prescripción de la acción laboral se continuarán aplicando transitoriamente las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, hasta tanto no entre en vigencia su reforma que contenga un lapso distinto de prescripción conforme a lo establecido el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De tal manera, que a los efectos del cálculo del término de prescripción de la acción laboral destinada al pago de las prestaciones sociales o sus diferencias en virtud de la terminación de la relación de trabajo, se seguirá aplicando lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual se mantiene vigente hasta tanto no se dicte su reforma que conten-



ga un lapso distinto de prescripción conforme a lo establecido en el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por las razones expuestas, se considera que en los casos 2 y 3, relacionados con el pago de las prestaciones sociales no canceladas en su debida oportunidad por el Instituto a una funcionaria de una Contraloría Municipal, por el tiempo de servicio prestado desde el 01 de mayo de 1970 hasta el 02 de mayo de 1973, así como, a una funcionaria que se desempeñó en el cargo de Contralora de Municipio, desde el 01 de marzo de 1990 hasta el 16 de enero de 1996, quien actualmente se desempeña como Contralora de otro Municipio, por ser previas a la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, debieron ser canceladas en la oportunidad y forma prevista en el artículo 666 de la referida Ley Orgánica el Trabajo y el Reglamento *ut supra* citado, por el órgano o entidad donde prestaron servicios, pues de reconocerse la acreencia, subsiste una deuda de ejercicios fiscales anteriores pagadera con cargo a la partida presupuestaria, que comprenda la cancelación de compromisos adquiridos en ejercicios anteriores y que representan deudas u obligaciones del organismo frente a terceros.

Memorando N° 04-00-490 del 21 de agosto de 2009.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Improcedencia del cobro simultáneo de pensión de jubilación y sueldo.*

**Sería factible efectuar el nombramiento de un jubilado de un instituto autónomo en el cargo de Director Ejecutivo en una fundación por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, de similar jerarquía a los cargos aludidos en el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y previsto dentro de las excepciones para ingresar nuevamente a la Administración Pública, sin embargo, resulta improcedente el cobro simultáneo de la pensión de jubilación y la remuneración, pues debe dar cumplimiento al Reglamento de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones.**

Memorando N° 04-00-031 del 29-01-2010.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si es procedente que un jubilado goce de su pensión de jubilación y al mismo tiempo de un sueldo como Director Ejecutivo de una fundación, cargo que según se señala, es de libre nombramiento y remoción. Dicha solicitud, pretende tener su base legal en el pronunciamiento emanado de la sentencia del Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01 de noviembre de 2006, expediente AA10-L-2006-000240, cuyo proceso fue originado mediante denuncia interpuesta en contra de un ciudadano, por el cobro de dos remuneraciones simultáneas, es decir, una como funcionario de la Contraloría General de la República, y la otra como jubilado del extinto Concejo Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal, actual Alcaldía del Municipio Libertador.

A los fines de emitir el pronunciamiento solicitado, como punto previo, resulta necesario señalar que las competencias constitucional y legalmente atribuidas a este Máximo Organismo Contralor, se encuentran previstas en los artículos 287 y 289 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, normas que de manera inequívoca establecen, que la Contraloría General de la República<sup>2</sup> es competente para ejercer el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos, a los fines de velar por el correcto manejo del patrimonio público.

---

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.  
2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

Como quiera que la materia objeto de la consulta se encuentra vinculada con las funciones asignadas a este Organismo Contralor, encaminadas a la realización de una amplia labor tendiente a cuidar, cautelar y defender al patrimonio público, se estima procedente emitir la opinión requerida sin carácter vinculante en los términos siguientes:

En principio conviene señalar, que conforme a lo expresado en la solicitud de opinión, se trata de una persona jubilada de un instituto autónomo, que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>3</sup>, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, numeral 5 la Ley in comento que establece en sus artículos 11 y 12:

**“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 funcionaria, empleado o empleada no podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3, (sesenta 60 años para el hombre y cincuenta y cinco 55 para la mujer) **salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción** previstos en los artículos 20 y 21 de la de la Ley del Estatuto de la Función Pública, **o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley**, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.*

**Artículo 12.-** *El jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, **salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior.**”* (Destacado nuestro)

De conformidad con lo establecido en los artículos *ut supra*, los jubilados pueden reingresar a la administración pública, en los siguientes casos:

1. En los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.<sup>4</sup>

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 34.522 del 06 de septiembre de 2002.

2. **En los cargos de similar jerarquía de los mencionados en el literal anterior, en los organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública.**
3. En los cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

En el caso consultado, el profesional en cuestión se encuentra jubilado de un instituto autónomo y se pretende efectuar su nombramiento a un cargo como Director Ejecutivo de una fundación; cargo que por ser de libre nombramiento y remoción, es de similar jerarquía a los cargos aludidos en el citado artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues por tratarse de una fundación estatal, el régimen aplicable en ausencia de la normativa legal para el área de Derecho Público, es la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>5</sup>, por lo tanto se encuentra dentro de las excepciones previstas para ingresar nuevamente a la Administración Pública, contenidas en el Artículo 12 de la Ley en referencia, en virtud de lo cual en principio, no existiría ningún impedimento para que dicho profesional ocupara el cargo mencionado. No obstante, 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<sup>6</sup>, dispone en el segundo párrafo del artículo 13, lo siguiente:

**“Artículo 13 (...).**

***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 percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.”*** (Destacado nuestro)

---

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

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

Cabe señalar respecto a este punto, la improcedencia de que el profesional jubilado de un instituto autónomo cobre simultáneamente la pensión de jubilación, y la remuneración por concepto del ejercicio de un cargo como Director Ejecutivo en una fundación, pues de aceptar este último empleo, deberá dar cumplimiento al tercer párrafo de la Ley *ut supra* citada, referido a la suspensión del pago de la pensión por concepto de jubilación.

Ahora bien, respecto a la sentencia dictada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01 de noviembre de 2006, aludida en la solicitud de opinión en cuanto a la situación de un funcionario de este Organismo Contralor, no contraría lo preceptuado en el artículo 148 Constitucional, debido a que el Reglamento *in commento*, prescribe en su artículo 46 que:

**“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.”* (Destacado y subrayado nuestro)

En este sentido, al mencionado ciudadano le fue otorgada la jubilación con fundamento en la ordenanza modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al Servicio de la Municipalidad del Distrito Federal<sup>7</sup> y de este cuerpo normativo, señala la Sentencia antes mencionada lo siguiente:

**“(…) no se evidencia la existencia de alguna disposición que prohíba expresa o tácitamente, el ejercicio posterior de un destino público remunerado y la percepción de una remuneración de jubilación, previo cumplimiento de las condiciones para ello. El referido instrumento, sólo hace referencia a que es compatible el goce simultáneo de dos pensiones o jubilaciones, en los casos previstos en los artículos 12 y 13 y, expresamente, prohíbe en el artículo 17 que un funcionario jubilado o pensionado, pueda desempeñar un cargo remunerado en**

<sup>7</sup> Gaceta Extraordinario N° 612 del 01 de junio de 1984 del Municipio Libertador.

*“dependencia de esta Municipalidad”; y si el jubilado es de la Municipalidad y es requerido por algún órgano del Municipio, se le suspenderá el goce de la jubilación.*

***Obsérvese que este último supuesto, se refiere sólo al caso de ingreso de jubilados del Municipio en alguna dependencia del mismo, no se refiere al ingreso de jubilados de la Municipalidad, en otros organismos públicos.”***  
(Destacado nuestro)

En ese orden, el nombramiento del alto funcionario se produjo, bajo la vigencia del Reglamento sobre el régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios del extinto Concejo Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal<sup>8</sup>, el cual establecía en su artículo 9 que el ingreso a ese órgano mediante nombramiento, de personas jubiladas por la Ley de Reforma Parcial del Estatuto Sobre Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y los Municipios<sup>9</sup>, así como por otras leyes o estatutos, sólo sería posible en los cargos a que se refiere el mencionado artículo (cargos de libre nombramiento y remoción), pero en todo caso se atendería al régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldos que rigiera al funcionario en su condición de jubilado.

Asimismo, el aludido reglamento, fue modificado<sup>10</sup> y mantiene el mismo criterio establecido en el ya mencionado artículo 9, relativo a permitir el ingreso a ese órgano, de personas jubiladas por otras leyes diferentes a la Ley del Estatuto, en cargos de libre nombramiento y remoción.

El titular del órgano al que se hace referencia, se encuentra jubilado con fundamento en una Ordenanza Municipal, un instrumento distinto a la Ley del Estatuto, por lo que queda exento de su ámbito de aplicación, más cuando ejerce un cargo de mayor jerarquía, sin impedimento alguno para ingresar nuevamente a la Administración Pública, el cual se produjo en un órgano que goza de autonomía y de un régimen de jubilaciones y pensiones propio, que permite el reingreso mediante nombramiento de un funcionario jubilado por otro organismo, caso en el cual el régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldo será el que rige al funcionario en su condición de jubilado.

---

8 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.558 del 13 de octubre de 1998.

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.501 del 18 de agosto de 2006.

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

La Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al Servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, no regulaba como supuesto de incompatibilidad el disfrute de una jubilación otorgada por dicha Municipalidad y el sueldo por reingreso en otro órgano del Poder Público; por ende, ante la ausencia del impedimento de dicha Ordenanza, quedaba claro el derecho del jubilado a percibir simultáneamente la pensión y el sueldo por el cargo en que se produjo el reingreso.

Finalmente, cabe señalar que la Sentencia declaró con lugar a la solicitud de sobreseimiento respecto a la investigación iniciada a la que se ha hecho referencia con anterioridad, en virtud de que los hechos denunciados no contradecían ni se contraponían a los mandatos de orden constitucional, ni era posible subsumirlos en tipo penal alguno; por lo que se considera importante recalcar al consultante, que la dictada sentencia cuya aplicación invoca, se encuentra referida a un caso concreto, y no a situaciones abstractas o hipotéticas, razón por la cual no puede inferirse de ella consecuencias de carácter general aplicables a casos diferentes al allí planteado.

Por el contrario, en el caso del funcionario jubilado de un instituto autónomo, conforme a la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones, su reingreso se pretende producir en un ente al que resulta aplicable el mismo régimen, en consecuencia esta fundación se encuentra dentro las incompatibilidades dispuestas en el artículo 24 de la referida Ley, en concordancia con lo establecido en los artículos 13 y 45 de su Reglamento.

En conclusión, sería factible efectuar el nombramiento de un jubilado de un instituto autónomo en el cargo de Director Ejecutivo en la fundación, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, de similar jerarquía a los cargos aludidos en el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y previsto dentro de las excepciones para ingresar nuevamente a la Administración Pública, contenidas en el artículo 12 de la tantas veces mencionada Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones. Sin embargo, resulta improcedente el cobro simultáneo de la pensión de jubilación y la remuneración por concepto del ejercicio del referido cargo como Director Ejecutivo, pues de aceptar el profesional jubilado dicho cargo, debe dar cumplimiento a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones, anteriormente citado.

Memorando N° 04-00-031 del 29 de enero de 2010.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad de que un órgano donde se produce el reingreso de un jubilado pueda asumir la jubilación y el pago de la pensión.*

**La Ley del Estatuto de Jubilaciones cuando establece la contabilización de los años de servicios prestados en otros organismos para la determinación de la procedencia de la jubilación, en sus artículos 9 y 13, así como en el artículo 13 de su Reglamento, reconoce que el órgano donde se produjo el reingreso puede asumir los complementos derivados de éste de los funcionarios jubilados por otros órganos o entes de la Administración Pública o la totalidad de la jubilación previamente acordada.**

Memorando N° 04-00-297 del 13 de julio de 2010.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con la aplicación del ordenamiento jurídico que regula el otorgamiento del beneficio de jubilación, referida al caso de un funcionario jubilado por un organismo de la Administración Pública, que -previa suspensión del pago de la pensión respectiva- reingresa a dicho ente, en un cargo de libre nombramiento y remoción, planteándose la interrogante respecto a si dicho órgano de control fiscal, una vez que se produzca el egreso del cargo que actualmente desempeña, puede asumir la jubilación y el pago de la pensión del funcionario, dado que el órgano que le otorgó la jubilación originaria se encuentra en una situación jurídica que podría propender a su supresión; y solicita se le indique el procedimiento aplicable.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos, emite opinión en los términos siguientes:

La materia de jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados al servicio de la Administración Pública Central o Descentralizada, de la República, de los Estados o de los Municipios<sup>1</sup>, se rige por 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<sup>2</sup> -en lo sucesivo Ley

1 "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."

2 Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426 del 28 de Abril de 2006, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.



del Estatuto de Jubilaciones-, cuyo artículo 12, además de establecer una limitación a la posibilidad de reingreso de un jubilado al servicio de los órganos y entes citados, también deja a salvo la posibilidad de que -previa suspensión de la pensión de jubilación-, un jubilado reingrese a los organismos sometidos a su ámbito de aplicación en los cargos señalados en el artículo 11, a saber: cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>3</sup>; cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley<sup>4</sup>, y cargos accidentales, académicos, docentes y asistenciales.

En ese 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<sup>5</sup> -en adelante Reglamento de la Ley de Jubilaciones-, aplicable al organismo donde se produjo el reingreso, establece en el último aparte del artículo 13, que ocurrido el reingreso del jubilado en la categoría de cargos a que alude el artículo citado, éste funcionario tiene derecho, al producirse su egreso definitivo, a que se reactive el cobro de su pensión, recalculándose el monto con base en el sueldo percibido durante el último cargo y tomando en cuenta el nuevo tiempo de servicio prestado.

3 Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 6 de septiembre de 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."

4 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.

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

En efecto, el artículo 13, regula expresamente lo relativo al recálculo de la pensión de jubilación de la manera 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 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.**” (Destacado y subrayado nuestro)

Es de destacar, que el alcance y contenido del citado artículo fue objeto de análisis por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>6</sup>, oportunidad en la cual sostuvo entre otras cosas lo siguiente:

(Omissis)

*“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;*

---

<sup>6</sup> Sentencia N° 1022 de fecha 31 de julio de 2002 (Caso: Carmen Susana Urea Melchor)

- (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) *En caso que ingresen como contratados, no están obligados a proceder a la suspensión del beneficio en la forma antes aludida;*
- (v) *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. Este beneficio excluye a los funcionarios públicos jubilados que hayan prestado servicios en calidad de contratados.*

*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 reconocca 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.” (Destacado y Subrayado nuestro)*

Ahora bien, en lo que atañe al órgano que deberá asumir el recálculo o el complemento de la pensión de jubilación, es pertinente citar por ser ilustrativo lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 165 de fecha 02 de marzo de 2005 (Caso:

Héctor Serpa Arcas<sup>7</sup> vs. Ministerio Público) en la cual conociendo en revisión de una sentencia de la Sala Político Administrativa, dictaminó lo siguiente:

*“(…) Como supuestos relacionados con **el órgano o ente que recibe al funcionario que reingresa a la Administración Pública** -en el presente caso el Ministerio Público-, los siguientes:*

- (i) El ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, **deberá asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, si así expresamente lo reconoce su estatuto.***
- (ii) El reingreso de un funcionario jubilado a la Administración Pública como personal activo, no lo excluye del régimen general que tutela sus derechos como trabajador -desde el punto de vista constitucional y legal- y, en consecuencia, al derecho de percibir **las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad**, las cuales, de conformidad con la normativa aplicable, corresponden al órgano o ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público), salvo el supuesto de pagos previos por otros organismos y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.*
- (iii) **En caso de asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago de la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.***
- (iv) Si el órgano o ente en el cual reingresa un jubilado a la Administración Pública, **permite según sus estatutos que se le conceda al jubilado un complemento de la jubilación, la misma es procedente y no implica la renuncia de la jubilación ya otorgada. Pero en este supuesto, no procede un recálculo de la pensión de jubilación, a cargo del ente u órgano que otorgó originalmente la jubilación.***

*Por otra parte, **en cuanto al órgano o ente que otorga originalmente la jubilación y asume los pagos de la pensión correspondiente** -en el caso concreto el extinto*

---

<sup>7</sup> Dicho ciudadano jubilado por el Consejo de la Judicatura reingresó a la Administración donde ejerció el cargo de Fiscal General de la República, órgano ante el cual solicitó la jubilación.

Consejo de la Judicatura, actualmente Dirección Ejecutiva de la Magistratura-; se debe tener en consideración lo siguiente:

- (i) *El derecho del trabajador de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, corresponde satisfacerla al órgano o ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público) y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.*
- (ii) *En términos generales **el recálculo sobre la base del último sueldo procede, siempre y cuando la participación como trabajador activo no sea consecuencia de la ocupación de un cargo como contratado** en la Administración; es decir, el recálculo se producirá si se verifica efectivamente el reingreso del funcionario a la Administración Pública.*
- (iii) ***En caso que el estatuto del órgano o ente en el que se produce el reingreso del funcionario jubilado se encuentre una prohibición de asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada; el órgano u ente que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado del reingreso del funcionario a la Administración Pública.***
- (iv) *Considera esta Sala, **que en el supuesto en el que ambos órganos o entes -en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación- se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico constitucional** (derecho a la seguridad social), por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación -en el presente caso, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura-.” (Destacado y subrayado nuestro)*

En el caso bajo examen, el funcionario que reingresó goza de una pensión de jubilación por haber prestado servicios en un órgano de la Administración Pública, al cual se aplica lo dispuesto en la Ley del Estatuto de Jubilaciones, cuyo pago fue suspendido una vez que ingresó

a la Contraloría Municipal. De manera que, por haber reingresado en un organismo que en materia de jubilaciones se rige también por lo dispuesto en Ley del Estatuto de Jubilaciones tiene derecho al recálculo de la pensión de jubilación allí previsto, **con base en el sueldo percibido por el funcionario durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.**

Cabe agregar que la Ley del Estatuto de Jubilaciones, cuando establece la contabilización de los años de servicios prestados en otros organismos para la determinación de la procedencia de la jubilación, en sus artículos 9 y 13<sup>8</sup>, así como en el artículo 13 de su Reglamento, reconoce que el órgano donde se produjo el reingreso **puede asumir los complementos derivados del reingreso de los funcionarios jubilados por otros órganos o entes de la Administración Pública o la totalidad de la jubilación previamente acordada por estos.**

Así, dentro del contexto de la normativa en comentario, en este caso, al producirse el egreso definitivo de la Contraloría del Municipio, el funcionario tendrá derecho a que se le restituya el pago de la jubilación y a que el monto de la misma sea recalculado en los términos que dispone el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Jubilaciones *ut supra* transcrito, recálculo que corresponde, en principio, al órgano que otorgó la jubilación; no obstante, el consultante manifiesta que *“el órgano prístino que otorgó la jubilación, se encuentra en una situación jurídica que podría propender a su posterior supresión, lo que implica que el personal jubilado o pensionado de dicho órgano, vea vulnerados los derechos adquiridos en lo que a seguridad social se refiere, por el destino incierto del mismo.”*

En ese sentido, aplicando los principios constitucionales de seguridad social y de protección a la vejez, consagrados en el Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>9</sup>, en armonía con los criterios sustentados en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, citadas precedentemente, es indiscutible que de no efectuarse el recálculo de la pensión de jubilación suspendida, tomando en cuenta el período de

---

<sup>8</sup> Artículo 9. El monto de la jubilación que corresponda al funcionario o funcionaria, empleado o empleada será el resultado de aplicar al sueldo base, el porcentaje que resulte de multiplicar los años de servicio por un coeficiente de 2.5. La jubilación no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del sueldo base. Artículo 13. El monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado o jubilada. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.”

<sup>9</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

reingreso y el sueldo devengado por el jubilado en el último cargo, se estaría vulnerando ese derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 del Texto Fundamental.

En efecto, es importante destacar que la jubilación ha sido objeto de una esmerada regulación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social y se le reconoce como un beneficio de orden social que asegura al funcionario público o trabajador privado, un ingreso que le permita vivir dignamente pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida una vez que es jubilado.

Así las cosas, a fin de no hacer nugatorio el derecho al recálculo de la pensión previamente suspendida, siempre queda a salvo, la posibilidad de que el funcionario, en ejercicio de su derecho a la escogencia del beneficio más favorable, opte y manifieste su voluntad de acogerse a la jubilación que le otorgue la Contraloría Municipal, por ser más benévola, y si ese Órgano cuenta con la disponibilidad y acepta la petición que el funcionario le formule, como una solicitud de jubilación por cumplir los requisitos previstos en la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones, podría acordarla siempre y cuando, el funcionario solicite la suspensión definitiva de la pensión de jubilación originaria previamente acordada por el Organismo, en acatamiento a la prohibición contenida en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, evitando así la incompatibilidad de haberes pasivos, establecida en la norma citada, dado que la acumulación de pensiones por jubilación es incompatible y por consiguiente, su cobro acumulativo está sujeto a reintegro.

Sobre la base de lo expuesto, se considera que para que la Contraloría Municipal -órgano donde reingresó el jubilado- pueda asumir la jubilación y el pago de la pensión del funcionario, debe manifestar formalmente su voluntad de asumirla, tomando en cuenta la solicitud formulada por el funcionario de acogerse a la jubilación que ésta le otorgaría por considerarla más beneficiosa para la satisfacción de sus necesidades básicas; y a todo evento, solicitará al Organismo de la Administración Pública que otorgó la jubilación originaria, la suspensión definitiva de dicho beneficio anexando copia de la decisión de asumir la jubilación que a tal fin dicte esa Contraloría Municipal.

Memorando N° 04-00-297 del 13 de julio de 2010.





# LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA



*LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA: Alcance al Memorando 04-00-743 de fecha 21 de diciembre de 2009, relacionado con la limitante para enterar las cantidades retenidas por concepto de Impuesto Sobre la Renta por parte de las Instituciones Públicas.*

**Es necesario que el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, realice lo conducente a los fines de incorporar los cambios necesarios en su sistema electrónico para que este Órgano Contralor pueda dar cumplimiento a la obligación de enterar las cantidades retenidas por concepto de impuesto Sobre la Renta, oportunamente, sin tener que recurrir a trámites administrativos adicionales que generen retardos y gastos innecesarios.**

Memorando N° 04-00-136 del 14 de abril de 2010.

Se solicita a esta Dirección General ampliar la opinión emitida en el Memorando 04-00-743 de fecha 21 de diciembre de 2009, a fin de manifestar la dificultad que se presenta a este Organismo Contralor, al momento de efectuar el enteramiento de las cantidades retenidas por concepto de Impuesto Sobre la Renta, ya que los sistemas llevados por las instituciones financieras, por instrucciones del ente recaudador (SENIAT), están diseñados para recibir un solo cheque, sin embargo los organismos públicos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público y el Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario, están obligados a aperturar cuentas distintas por cada tipo de fondo que le son asignados presupuestariamente a los fines de su ejecución financiera.

Analizada la providencia y la normativa vinculada con el aspecto sometido a la consideración, esta Dirección General tiene a bien expresar su opinión en los términos siguientes:

El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria en fecha 22 de septiembre de 2009 dictó la “Providencia Administrativa que regula el cumplimiento de los deberes de Información y enteramiento en materia de Retenciones del Impuesto Sobre la Renta” (en lo sucesivo la Providencia), en la que se establece un sistema de declaración mensual por parte de los agentes de retención antes de proceder a enterar las cantidades retenidas, distinto a las relaciones informativas de retenciones anuales que disponían las providencias de años anteriores.

---

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.269 del 22 de septiembre de 2009.

Bajo este contexto los artículos 1° y 2° de la citada Providencia, expresan lo siguiente:

**“Artículo 1°. Los agentes de retención del impuesto sobre la renta, antes de proceder, al enteramiento de las cantidades retenidas, deberán presentar en medios electrónicos una declaración que cumpla las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal.**

**Artículo 2°. La declaración deberá contener la totalidad de los pagos o abonos en cuenta realizados, aun cuando éstos no generen retención, siempre que se correspondan a las operaciones señaladas en el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto Sobre La Renta en Materia de Retenciones, y deberá presentarse aunque no se hubieren efectuado operaciones en el período mensual correspondiente.**

*La obligación establecida en el presente Artículo no se aplicará en los casos de las actividades efectuadas por concepto de ganancias fortuitas, enajenación de acciones y pago de dividendos.”* (Destacado y subrayado nuestro)

Ahora bien, en virtud de que el asunto planteado versa sobre los deberes de los agentes de retención del Impuesto Sobre la Renta, es necesario, en primer lugar, citar lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley que regula dicho impuesto<sup>2</sup>, el cual expresa lo siguiente:

**“Artículo 86.** Los deudores de los enriquecimientos netos o ingresos brutos a que se contraen los artículos 27, parágrafo octavo, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48, 63, 64 y 76 de esta Ley, están obligados a hacer la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterar tales cantidades en una oficina receptora de fondos nacionales, dentro de los plazos y formas que establezcan las disposiciones de esta Ley y su Reglamento. Igual obligación de retener y enterar el impuesto en la forma señalada, tendrán los deudores de los enriquecimientos netos, ingresos brutos o renta bruta a que se refiere el parágrafo cuarto de este artículo. Con tales propósitos, el Reglamento

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.628 del 16 de febrero de 2007.

*fijará normas que regulen lo relativo a esta materia. (Omissis)*

*A los efectos de la retención parcial o total prevista en esta Ley y en sus disposiciones reglamentarias, el Ejecutivo Nacional podrá fijar tarifas o porcentajes de retención en concordancia con las establecidas en el Título III.” (Destacado y subrayado nuestro)*

Del artículo transcrito, se desprenden dos premisas fundamentales en materia de retenciones, en principio que los deudores de ciertos enriquecimientos están en la obligación de efectuar la retención del impuesto sobre la renta, en el momento del pago o abono en cuenta, así como de enterar tales retenciones en una oficina receptora de fondos nacionales, y por otra parte, que el Ejecutivo Nacional tiene la potestad de reglamentar la modalidad en la que se efectuarán las retenciones fijando los plazos y formas para enterarlas.

En ese sentido, se tiene que el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta en Materia de Retenciones<sup>3</sup> en sus artículos 23, 24 y 25 dispuso lo siguiente:

**“Artículo 23. Los agentes de retención, en lo que respecta a los enriquecimientos a que se refieren los Capítulos II y III de este Reglamento, están obligados a presentar ante la Oficina de la Administración Tributaria de su domicilio, dentro de los dos (2) primeros meses del ejercicio fiscal siguiente o de los dos (2) meses siguientes a la fecha de cesación de los negocios y demás actividades, una relación donde consten la identificación de las personas o comunidades objeto de retención, las cantidades pagadas o abonadas en cuenta y los impuestos retenidos y enterados durante el año o período anterior, (...).**

**Artículo 24.** Los agentes de retención están obligados a entregar a los contribuyentes, un comprobante por cada retención de impuesto que les practiquen (...).

**Parágrafo Único:** Los agentes de retención estarán obligados a suministrar a la Administración Tributaria, la información relativa a los contribuyentes a quienes estén obligados a retener el impuesto, conforme a lo

<sup>3</sup> Decreto N° 1.808 del 23 de abril de 1997, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.203 del 12 de mayo de 1997.

**establecido en este Decreto**, (...).

***Artículo 25. Las informaciones y relaciones a que se refieren los artículos anteriores, deberán ser elaboradas en los formularios que emita o autorice al efecto la Administración Tributaria o en las formas que se establezcan (...).***

*La Administración Tributaria podrá establecer lineamientos generales o específicos, esquemas de programas y sistemas computarizados especiales a ser aplicados a los agentes de retención, los cuales serán publicados en la Gaceta Oficial.*” (Omissis) (Destacado y subrayado nuestro)

Así pues, bajo el sustento de los artículos parcialmente transcritos que facultan a la Administración Tributaria para fijar la forma, plazos y condiciones para el cumplimiento del suministro de la información requerida a los agentes de retención, el SENIAT, cada año, dicta una providencia a tal efecto como la que nos ocupa, con la particularidad de que este año exige del agente de retención hacer una declaración sobre la totalidad de los pagos o abonos en cuenta que realice, independientemente de que éstos pagos generen o no retención.

En ese sentido, se considera que esta exigencia debe ser analizada, previo conocimiento del alcance y significado de los efectos y esencia de la figura de la retención y el rol que cumplen los agentes de retención; en este orden se comenzará por indicar las finalidades que cumplen en el ordenamiento jurídico-tributario las retenciones, a saber:

- Facilitan a la Administración la disposición de los medios económicos, mediante la anticipación de la recaudación del futuro impuesto, evitándose así que la recaudación fiscal se acumule en un solo período del año.
- Proporcionan a la Administración Tributaria valiosas informaciones sobre los sujetos que obtienen ingresos que puedan ser gravados por el Impuesto, y la cuantía de dichos ingresos, facilitando la actividad y control de la gestión fiscal.<sup>4</sup>
- Persiguen hacer más tolerable la carga fiscal para el contribuyente directo, y
- Son un medio para el manejo de la política económica, puesto que el sistema tributario permite la materialización de las políticas públicas.

---

<sup>4</sup> COLLADO, M. (1992) *La retención a cuenta en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Madrid

Ahora bien, en cuanto al agente de retención, se tiene que es el encargado de retener el anticipo de impuesto a los contribuyentes, que por su función se encuentra en contacto directo con el importe dinerario propiedad del contribuyente o que éste debe recibir, y tiene la posibilidad de deducir la parte que corresponde al Fisco por concepto del tributo, la cual debe efectuarse cada vez que se realice un pago o abono en cuenta a los beneficiarios, por lo que el agente de retención pasa a ser un sustituto en la obligación de pagar el impuesto y es el único responsable ante el sujeto activo por el importe retenido.

El Código Orgánico Tributario<sup>5</sup> engloba esta figura dentro de la categoría de responsables, y los define -al igual que a los agentes de percepción- como “*las personas designadas por la Ley o por la Administración previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente*” (Artículo 27).

Los agentes de retención al desplegar la actividad que le ha sido designada, deben respetar el principio de legalidad, para lo cual se sirven de las fuentes legales aplicables, como son la Ley de Impuesto sobre la Renta, su reglamento parcial en materia de retenciones, y deben respetar las formas y plazos que determine la administración tributaria.

En este orden de ideas, el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en Materia de Retenciones *ut supra* citado, en el artículo 1º, establece lo que se transcribe a continuación:

**“Artículo 1º:** *Están obligados a practicar la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterarlo en una oficina receptora de fondos nacionales dentro de los plazos, condiciones y formas reglamentarias aquí establecidas, los deudores o pagadores de los siguientes enriquecimientos o ingresos brutos a los que se refieren los artículos 27, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 51, 53, 65, 66 y 68 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.”*

El artículo *ut supra* transcrito ratifica la obligación de practicar la retención del impuesto en el momento del pago o del abono en cuenta, y a enterarlo en una oficina receptora de fondos nacionales dentro de los plazos, condiciones y formas reglamentarias allí establecidas, a los

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

deudores o pagadores de los enriquecimientos o ingresos brutos dentro de los cuales se encuentran los indicados en el artículo 31 de la Ley, que alude al enriquecimiento neto de los asalariados; retención que procederá en estos casos si el beneficiario de las remuneraciones obtiene o estima obtener, de uno o más deudores o pagadores, un total anual que exceda de mil unidades tributarias (1.000 UT).

Por su parte, el artículo 4° *eiusdem* establece lo siguiente:

*“Los beneficiarios de las remuneraciones a que se contrae el artículo 2° y el párrafo único del Artículo 3° de este Reglamento, deberán suministrar a cada deudor o pagador la siguiente información, en el formulario que edite o autorice, a tal efecto, el Ministerio de Hacienda:*

*1) La totalidad de las remuneraciones fijas, variables o eventuales a percibir o que estimen percibir de cada uno de sus deudores o pagadores;*

*2) Las cantidades que estimen desembolsar dentro del año gravable por concepto de desgravámenes, de no optar por el desgravamen único; o*

*3) El desgravamen único equivalente a setecientos cincuenta unidades tributarias (750 U.T.), de optar por esta modalidad;*

*4) El número de personas que por constituir carga familiar les den derecho a rebajas de impuestos;*

*5) Las cantidades retenidas demás en años anteriores por concepto de impuesto sobre sueldos y demás remuneraciones similares, no reintegradas, ni compensadas o cedidas, correspondientes a derechos no prescritos;*

*6) El porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe.*

*(Omissis)*

**Parágrafo Tercero:** *La información contenida en el formulario podrá ser revisada por el agente de retención correspondiente, quien en caso de observar errores, deberá notificarlo al beneficiario.”* (Subrayado nuestro)

Como puede observarse, el artículo transcrito prevé dentro de los



deberes de información de cada beneficiario hacia su deudor o pagador, el de indicarle, entre otros, la totalidad de las remuneraciones **fijas, variables o eventuales** que estimen percibir y el porcentaje de retención que deberá ser aplicado por el agente de retención, sobre cada pago o abono en cuenta que le efectúe. Todas estas indicaciones se refieren al contenido de la declaración estimada (AR-I) que debe ser presentada por todo beneficiario de remuneraciones.

De manera que, en el caso de remuneraciones a los trabajadores, corresponde en principio al trabajador como contribuyente, calcular la totalidad de los ingresos que estima percibir durante el ejercicio anual y excepcionalmente, el agente de retención deberá calcular la remuneración sujeta a retención, bien sea porque el trabajador no cumple su obligación de hacerlo, o porque estima una remuneración menor a la real y no participa tal circunstancia al agente de retención. Así, el patrono como agente de retención está legalmente autorizado para retener sobre los pagos efectuados al trabajador en el año fiscal, sobre conceptos gravables por el referido impuesto. Específicamente en el caso del pago o abono en cuenta de sueldos y salarios a los trabajadores bajo relación de dependencia, dichas retenciones deben adecuarse al contenido de la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que contiene una nueva interpretación con carácter vinculante del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, precisando que el enriquecimiento neto de los asalariados a los fines de la declaración y pago del impuesto sobre la renta estará conformado por las remuneraciones otorgadas en forma regular y permanente (salario normal) debiendo excluirse los beneficios remunerativos otorgados en forma accidental o eventual.

Así, en el caso de que el trabajador haya elaborado su AR-I exclusivamente sobre la base de su salario “normal” como lo establece el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, el patrono como agente de retención no está legalmente autorizado para retener sobre todos los pagos efectuados al trabajador en el año fiscal (salario “integral”).

Señalado lo anterior, no cabe duda que la Administración Tributaria al dictar normas sobre las formas y plazos de presentación de las aludidas retenciones por los responsables, debe respetar los límites *ut supra* citados y ceñir su actuación a la legalidad tributaria, sin vulnerar los elementos esenciales del hecho generador del tributo.

En este sentido, se tiene que cuando la Providencia exige una declaración mensual de la totalidad de los pagos o abonos en cuenta realizados por quienes fungen como agentes de retención, aun cuando dichos pagos no generen retención, excede los límites de su competencia, pues si bien es cierto que la Administración Tributaria puede ejercer el control, inspección y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en ejercicio de las funciones que le han sido conferidas en su Ley de creación<sup>6</sup> (Artículo 4 numeral 8), como una forma de organizar y controlar el cumplimiento de las prestaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos -sea en calidad de contribuyentes o responsables-, no es menos cierto que dicho control -específicamente la declaración mensual-, debe circunscribirse a los pagos que generen retención, y no a aquellos que en medida alguna dan origen a la materialización del impuesto, y en consecuencia no suponen la verificación del hecho imponible que genera tal tributo, toda vez que pueden existir pagos o abonos en cuenta que se alejen del supuesto generador del hecho imponible del impuesto sobre la renta.

Llegado este punto, se cita el criterio de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT, el cual expresa lo siguiente:

*“Por tal virtud, el sistema venezolano en lo atinente al impuesto sobre la renta, establece retenciones sobre la base de los pagos o abonos en cuenta, realizados por los deudores o pagadores de enriquecimientos, netos o ingresos brutos, a personas naturales o jurídicas, domiciliadas o no, que realicen en el país ciertos tipos de actividades.*

*En tal sentido, el Decreto 1.808, contentivo del Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Retenciones, prevé que los deudores o pagadores de los enriquecimientos netos derivados de sueldos, salarios y otras remuneraciones percibidas en razón de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, deben practicar retención del mencionado tributo.”<sup>7</sup>*

De esta manera, los agentes de retención deben adecuarse y retener

---

6 Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.320 del 08 de noviembre de 2001.

7 Disponible en: [http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR\\_CONTENIDO\\_SENIAT/02NORMATIVA\\_LEGAL/2.6DOCTRINA/CRITERIOS\\_ISLR\\_01\\_Agente\\_de\\_Retencion.pdf](http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/02NORMATIVA_LEGAL/2.6DOCTRINA/CRITERIOS_ISLR_01_Agente_de_Retencion.pdf)

con base en los enriquecimientos allí descritos, y la Administración Tributaria por su parte, a efectos de esta categoría de contribuyentes, sólo podrá exigir a los agentes de retención la información de aquellos pagos o abonos en cuenta derivados de los enriquecimientos netos, entendiendo como tales, los salarios devengados en forma regular y permanente.

En ese orden de pensamiento, conviene precisar que la competencia, como medida de la potestad atribuida a cada órgano, existe si hay previamente el señalamiento por la norma legal expresa de la atribución que se le reconoce, y de los límites que la condicionan, de manera que la validez del acto administrativo supone que este emane de una autoridad administrativa competente, es decir, que tenga potestad para dictarlo en razón de que se encuentre facultada para ello por una declaración normativa, de modo que el ejercicio de sus atribuciones en defecto de dicha declaración, implica la presencia de irregularidades que manifiestan el vicio de incompetencia, a saber: la llamada usurpación de autoridad (el acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública), la usurpación de funciones (el órgano administrativo con investidura pública ejerce funciones atribuidas a otro Poder del Estado), **la extralimitación de funciones** (la autoridad administrativa ejerce poderes que no le han sido atribuidos por una norma expresa o que **no pueden deducirse de la atribución legal de un poder discrecional**).

De acuerdo a las ideas precedentemente expuestas, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos considera que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), se extralimita en sus funciones en cuanto al alcance de la declaración mensual que deben hacer los agentes de retención en atención a la providencia N° SNAT/2009/0095, puesto que al exigir una información sobre la totalidad de los pagos o abonos en cuenta que realiza el agente de retención a sus trabajadores, se aparta de lo dispuesto en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su respectivo Reglamento en materia de retenciones, instrumentos que circunscriben las retenciones de dicho impuesto a determinados ingresos, y por ende a cierta clase de pagos o abonos en cuenta, a saber aquellos que generen retención, por lo que se estima que la información que debe solicitar la Administración tributaria debe estar **estrictamente vinculada con el cumplimiento de la retención del impuesto sobre la renta**.

Precisado lo anterior, y específicamente en lo que atañe al enteramiento de las retenciones efectuadas por este Organismo en

materia de Impuesto Sobre la Renta, a los pagos que generan dicha retención, se encuentra una deficiencia de orden técnico-práctico, toda vez que el proceso de retenciones del referido impuesto, tanto al personal de la Institución por concepto de sueldos y salarios, así como los pagos a los proveedores de bienes y servicios, son realizados a través de dos cuentas distintas, motivo por el cual al momento de enterar las retenciones efectuadas deben emitirse obligatoriamente dos cheques, uno por cada cuenta a través de la cual se manejan los fondos destinados a tales pagos. No obstante, las entidades financieras se niegan a tramitar el enteramiento debido a que sus sistemas están programados para recibir un solo cheque como forma de pago para cancelar la planilla del impuesto, según ellos indican por instrucciones del SENIAT.

Sobre el particular es preciso señalar, que atendiendo a la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos de la Ley de Presupuesto de los Órganos de la República, este Organismo a los fines de cumplir con las funciones asignadas, maneja a través de la Dirección de Administración como Unidad Administradora Central, créditos mediante órdenes de pago directas contra el Tesoro, así como **fondos de avance y de anticipo que expresamente se le asignan.**

Estas figuras se encuentran definidas en los artículos 59 y 64 del Reglamento N°1 de la Ley de Orgánica de Administración Financiera del Sector Público<sup>8</sup> sobre el Sistema Presupuestario, de la manera siguiente:

*“**Artículo 59.** Se entiende por avances, las entregas de fondos que se hagan a los responsables de las unidades administradoras centrales y desconcentradas del respectivo órgano, para atender los compromisos derivados de los siguientes conceptos:*

1. *Gastos de defensa y seguridad del Estado.*
2. *Gastos de las embajadas, consulados y delegaciones acreditadas en el extranjero y cualesquiera otras unidades administradoras constituidas en el exterior.*
3. ***Sueldos y sus compensaciones, primas, salarios, remuneraciones especiales, bono vacacional, aguinaldos, gastos de representación, pagos por comisiones de servicio y cualquier otro gasto de remuneración de carácter permanente que a los efectos del presen-***

---

<sup>8</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

***te Reglamento, se denominan gastos de personal, salvo los conceptos que se autoriza a pagar con fondos en anticipo, en los términos establecidos en el artículo 70 de este Reglamento.***

4. Pensiones, jubilaciones y demás asignaciones para el personal pensionado o jubilado.
5. Gastos por concepto de becas.
6. Los referidos a la partida de asignaciones no distribuidas y otras partidas centralizadas en el Ministerio de Finanzas.
7. Gastos relacionados con Maniobras o ejercicios de instrucciones militares, de la Fuerza Armada Nacional.
8. Comisiones bancarias, derivadas de la apertura y servicios de las cuentas a que se refiere la disposición establecida en el Reglamento N° 3 Sobre el Sistema de Tesorería.

*Los avances a que se refiere este artículo, se cancelarán mediante órdenes de pago no imputadas a las respectivas partidas de presupuesto, con excepción de las que se giren para atender los compromisos establecidos en los numerales 1 y 6.*

*Las órdenes de pago giradas para atender gastos de defensa y seguridad del Estado, deberán ajustarse a lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

*El Ministerio de Finanzas podrá girar fondos en avance a funcionarios al servicio de otros órganos del Sector Público, para la ejecución de los créditos imputados a la partida asignaciones no distribuidas del plan de cuentas presupuestarias prescrito por la Oficina Nacional de Presupuesto o cuando se trate de partidas cuya ejecución financiera del presupuesto de gastos, por disposiciones de la Ley de Presupuesto, se centralice en el Ministerio de Finanzas. En estos casos, los receptores de los fondos rendirán cuenta del gasto de acuerdo con la normativa vigente. (...).*

**Artículo 64.** *Los fondos en anticipo son los girados con carácter permanente y de reposición periódica, a los funcionarios*

*responsables de las unidades administradoras del respectivo órgano, quienes tienen obligación de rendir cuenta de la utilización de los mismos conforme a la normativa vigente.*

*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 ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dicha dependencia en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, para las siguientes partidas o subpartidas del plan o clasificador presupuestario:*

- 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.*

*Los órganos del sector público ordenadores de compromisos y pagos podrán modificar el porcentaje establecido en este artículo, hasta un máximo del diez por ciento (10%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dicha dependencia en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, previa aprobación de las Oficinas Nacionales de Presupuesto y del Tesoro. Dicha modificación, deberá ser solicitada antes del inicio del respectivo ejercicio presupuestario.”*  
(Destacado Nuestro)

En este orden de ideas, conforme lo establece el artículo 113

de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, la Oficina Nacional del Tesoro autorizará la apertura de cuentas bancarias con fondos del Tesoro Nacional y vigilará el manejo de las mismas. Por su parte, el artículo 67 del Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario, obliga a que los recursos girados mediante fondos de anticipo deben ser depositados por el responsable de la unidad administradora que los reciba, en una cuenta bancaria a nombre de esa dependencia, la cual se abrirá previa autorización de la Oficina Nacional del Tesoro.

De modo pues, que los responsables de las unidades administradoras de los órganos o entes públicos en sus condiciones de agentes de retención del Impuesto Sobre la Renta, al momento de cumplir con la obligación de enterar los montos retenidos por concepto de dicho Impuesto, se encuentran con una limitante u obstáculo, toda vez que como se señaló *ut supra*, el sistema implementado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), así como los diseñados por las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficina receptoras de fondos nacionales, están programados para recibir un solo cheque como forma de pago de la planilla de impuesto. Circunstancias que obligan a la unidad administradora a efectuar trámites administrativos adicionales y lentos, que implican oficiar a la institución financiera receptora del pago, a los fines de solicitarle el canje de los dos cheques por un cheque de gerencia, originando adicionalmente el pago de una comisión y hasta podría eventualmente ocasionar el enteramiento tardío de las cantidades referidas.

Por las razones que anteceden, se estima necesario que el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), realice lo conducente a los fines de incorporar los cambios necesarios en su sistema electrónico, para que este Órgano Contralor pueda dar cumplimiento a la obligación de enterar las cantidades retenidas por concepto de Impuesto Sobre la Renta oportunamente, sin tener que recurrir a trámites administrativos adicionales que generen retardos y gastos innecesarios.

Memorando N° 04-00-136 del 14 de abril de 2010.





# PODERES PÚBLICOS NACIONALES



*PODERES PÚBLICOS NACIONALES: Régimen aplicable para adecuar la infraestructura donde funcionará la Empresa Grannacional Socio Productiva Venezuela y Bolivia del ALBA S.A., en la República Plurinacional de Bolivia.*

**Conforme al Código de Comercio de la República de Bolivia, una agencia o sucursal de una empresa extranjera, constituida legalmente y con domicilio en ese país, está sujeta a las leyes bolivianas.**

Memorando N° 04-00-287 del 21 de mayo de 2009.

Se solicita opinión a esta Dirección General, en relación con el régimen legal aplicable a un proceso de contratación que se proyecta realizar en la República Plurinacional de Bolivia por parte de la Empresa del Estado venezolano “Grannacional Socio Productiva Venezuela y Bolivia del ALBA S.A.” a los fines de adecuar la infraestructura de la sucursal de esta Empresa que tendrá sede en el referido país.

Se debe comenzar por indicar, que el ente consultante en su solicitud de opinión enviada a este Organismo Contralor, expresa textualmente lo que se indica de seguidas:

*(Omissis)*

*“Mediante Decreto N° 6.468, se autorizó la creación de la empresa Grannacional Socio Productiva Venezuela y Bolivia del ALBA S.A, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número: 39.048, del 30 de octubre de 2008, cuya sede principal está ubicada en Venezuela, con una sucursal en Bolivia.*

*Ahora bien, la junta directiva de la referida sociedad anónima, está estudiando aperturar un proceso de contratación, a los fines de proceder a ejecutar los trabajos para la adecuación de la infraestructura, donde funcionará la sede de la misma, en nuestro hermano país Bolivia. En virtud de ello, se nos presenta la duda de cuál sería el régimen legal aplicable para dicho procedimiento, siendo que la Grannacional actualmente es una empresa del Estado, con capital cien por ciento (100%) venezolano, pero transferirá progresivamente hasta un cuarenta por ciento (40%) de sus acciones a la República de Bolivia, según su participación, en consecuencia,*

*se debe aperturar un Concurso Abierto internacionalmente, tal como lo contempla el artículo 60 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, aquí en Venezuela o se realiza con aplicación exclusiva de las normas bolivianas en materia de contrataciones (...).”*

Sobre el particular, es de señalar que en efecto, conforme lo expuesto en el Decreto N° 6.468 del 07 de octubre de 2008<sup>1</sup>, la Empresa Grannacional Socio Productiva Venezuela y Bolivia del ALBA S.A., en lo sucesivo Empresa Grannacional, es una Empresa del Estado venezolano, bajo la forma de sociedad anónima con domicilio (principal) en la República Bolivariana de Venezuela y que tiene **una sucursal en la República Plurinacional de Bolivia**. El objeto de esta empresa es la ejecución de proyectos en las áreas de polímeros, leche, maíz y cualquier otra área y sector productivo a fin de fortalecer el plan estratégico para garantizar la más beneficiosa complementación productiva, acceso a los mercados internacionales, ampliación de empleos, capacitación y asistencia técnica, así como, cualquier acto lícito que sea necesario para el cumplimiento de su objeto.

En cuanto al capital de la Empresa, el referido Decreto señala, que el mismo estará suscrito y pagado en un cien por ciento (100%) por la República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Economía Comunal. Igualmente se prevé, que la República Bolivariana de Venezuela, podrá transferir a la República Plurinacional de Bolivia progresivamente hasta un cuarenta por ciento (40%) del capital social de la empresa, conforme a la participación activa de la República Plurinacional de Bolivia en la cadena socioproductiva de la Empresa, a través de la fuerza laboral e intelectual.

Ahora bien, respecto al proceso de contratación que se proyecta realizar en la República Plurinacional de Bolivia para adecuar la infraestructura donde funcionará la sucursal de la Empresa Grannacional, vale indicar en primer término, que al constituirse la mencionada sucursal en el referido país, **la misma se considera domiciliada en Bolivia pero de nacionalidad venezolana**.

En tal sentido, conviene traer a colación el régimen legal aplicable a la sucursal de la Empresa venezolana Grannacional, según lo dispuesto en el Código de Comercio de Bolivia (Decreto Ley N° 14.379),

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.048 del 30 de octubre de 2008.

específicamente sobre la “Sociedad Constituida en el Extranjero”, cuyo artículo 413 establece: “**La sociedad constituida en el extranjero conforme a las leyes del lugar de su constitución, se rige por esas disposiciones en cuanto a su forma y existencia legal. Para desarrollar actividades en Bolivia se le reconocerá capacidad jurídica, quedando sujeta a las normas de este Código y demás leyes de la República.**” (Cursivas y destacado nuestro)

Asimismo, importa destacar el contenido de los artículos 415 y 416 del referido Código, los cuales rigen para el caso de constitución de sucursales en la República Plurinacional de Bolivia, que copiados a la letra señalan:

**Artículo 415:** *La sociedad constituida en el extranjero puede realizar actos aislados u ocasionales en la República, pero no puede ejercer habitualmente actos de comercio sin antes cumplir con los requisitos exigidos por las leyes bolivianas.*

**Artículo 416:** *La sociedad constituida en el extranjero para su inscripción en el Registro de Comercio y el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social deberá:*

- 1) *Protocolizar, previa orden judicial, en una notaría del lugar designado para su domicilio en la República, el contrato constitutivo de sociedad, sus modificaciones, sus estatutos y reglamentos que acrediten su existencia legal en el país de origen, así como la autorización legal o resolución del órgano administrativo competente de la sociedad para establecer sucursal o representación permanente en el país, con la designación de la persona o personas que tengan la representación de la sociedad, con poderes amplios y suficientes para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, los mismos que tendrán la representación judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales;*
- 2) **Establecer sucursal o representación permanente, fijando domicilio en un lugar del territorio de la República; y**
- 3) *Acreditar que el capital asignado para sus operaciones en Bolivia ha sido íntegramente cubierto, sin perjuicio*

*del mínimo necesario señalado por, las leyes para cierto tipo de actividades y otras garantías previas a su funcionamiento.” (Art. 6 a 21 Código de Comercio) (Cursivas y destacado nuestro)*

Como puede observarse, conforme al Código de Comercio de la República de Bolivia, una agencia o sucursal de una Empresa Extranjera, constituida legalmente como tal en ese país, fija su domicilio en un lugar del territorio de Bolivia, por lo que está sujeta a las leyes bolivianas.

Señalado lo anterior, no cabe duda pues que el proceso de contratación que realice en lo futuro la sucursal de la Empresa Grannacional en la República Plurinacional de Bolivia, **se debe regir por el ordenamiento jurídico de ese país.**

En consecuencia, no resultan aplicables las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>2</sup> en el presente caso, en el entendido de que las mismas sólo serían aplicables en caso que la Empresa Grannacional como un ente del Estado venezolano, requiera realizar la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras en la República Bolivariana de Venezuela, atendiendo además a la aplicación del Principio de Territorialidad de la Ley, según el cual “se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento **dentro del territorio bajo su dominio**, sin interferencia alguna de otros Estados. Se trata de un criterio relativo al **ámbito espacial de aplicación de la Ley.**”<sup>3</sup> (Destacado y subrayado nuestro)

Aunado a esto, se considera tener presente que en la actualidad la mencionada Ley de Contrataciones Públicas, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación, los contratos que tengan por objeto, entre otros, la adquisición de bienes que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios, no obstante el órgano o ente contratante, deberá en los

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

3 El Principio de Territorialidad en el Decreto 443/04 de la Provincia de Córdoba y los pagos a establecimientos adheridos dentro del sistema de tarjetas de crédito. Un artículo de opinión y análisis de los Dres. Osvaldo H. Soler y Enrique D. Carrica. Buenos Aires - República Argentina.

contratos que se encuentren dentro de este supuesto y en donde la República Bolivariana de Venezuela tenga la obligación de sufragar la contratación, aplicar las demás disposiciones legales que regulan la materia de contratación pública, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones relacionadas con la actividad contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.<sup>4</sup>

En efecto, el artículo 4 de la Ley en comento, bajo el epígrafe de Exclusiones, establece lo siguiente:

*“Se excluyen de la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, **que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados**, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios.”* (Destacado y subrayado nuestro)

Igualmente, no sería aplicable el régimen de contrataciones del Estado Boliviano, **reservado para los órganos y entes del Estado Boliviano (sector público)**, por cuanto, tal como se dejó señalado, la sucursal de la Empresa Grannacional, si bien fija su domicilio en el país donde se constituye, su nacionalidad sigue siendo venezolana (extranjera), hasta la presente fecha.

En tal sentido, a juicio de esta Dirección General, para realizar la adecuación de la infraestructura de la sede donde funcionará la Empresa Grannacional en la República Plurinacional de Bolivia, debe aplicarse el régimen común o civil que regiría para las personas naturales y jurídicas en la construcción de obras, la compra o adquisición de bienes y servicios.

Adicionalmente, este Organismo Contralor deja a salvo la opinión que pudiera emitir al respecto la Procuraduría General de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley que rige su funcionamiento<sup>5</sup>, según el cual: “(...) **La Procuraduría General de la República puede asesorar jurídicamente** a los institutos autónomos, a las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, **empresas**

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

**del Estado** y demás establecimientos públicos nacionales y a los Estados y Municipios, **cuando a su juicio, el asunto objeto de la consulta esté relacionado con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.**” (Destacado y subrayado nuestro)

Memorando N° 04-00-287 del 21 de mayo de 2009.