

DICTÁMENES

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

2011 - 2012
N° XXII



CONTRALORÍA
GENERAL
DE LA REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA

CONTRALORES SOMOS TODOS

Directorio

Adelina González

Contralora General de la República (E)

Armando Guédez

Subcontralor (E)

Basilio Jáuregui

Director General Técnico (E)

Alejandro Soto

Director General
de los Servicios Jurídicos

Mercedes Fernández de Blanco

Directora General de Control
de los Poderes Públicos Nacionales

Rafael Yoll

Director 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

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

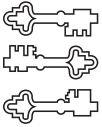
Nota: Aún cuando el número de estos Dictámenes corresponde a los años 2011-2012, el Directorio que aquí aparece corresponde al año 2014.

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 • YouTube: ContraloriaVenezuela



**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**

2011-2012

N° XXII

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	15
---------------------------	----

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

Competencia de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos para el manejo, control, seguimiento y cumplimiento de las actividades hípcas de esa institución. Memorando 04-00-375 del 15 de junio del año 2012	19
---	----

Competencia de la Junta Directiva de una empresa del Estado, para delegar en su Comité de Normalización, la aprobación de su normativa interna. Memorando 04-00-656 del 31 de octubre de 2012	24
---	----

Naturaleza del aporte efectuado por el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER, C.A.) a la Caja de Ahorro de sus trabajadores y trabajadoras. Memorando 04-00-690 del 14 de noviembre del año 2012	28
--	----

Procedimiento correspondiente para la desincorporación y enajenación de los bienes que conforman el patrimonio de la Empresa CVG Aluminio de Carabobo, S.A. (CVG ALUCASA). Memorando 04-00-743 del 07 de diciembre del año 2012	32
---	----

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Obligación que tienen los jueces y las juezas de la República, de presentar Acta de Entrega de acuerdo con lo establecido en las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entes de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias. Memorando 04-00-658 del 01 de noviembre del año 2012	41
--	----

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Competencia de la Contraloría General de la República para revisar las cuentas y declarar la ilegitimidad e inhabilitación de los miembros directivos de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente Núcleo Sucre (STUDONS). Memorando 04-00-550 del 06 de septiembre del año 201147

CONTRATACIONES PÚBLICAS

Obligación de la Contraloría General de la República y de los órganos con autonomía funcional para solicitar la aprobación de la Comisión Central de Planificación, a los fines de publicar en prensa el aviso de llamado a Concurso Abierto a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Contrataciones Públicas. Memorando 04-00-156 del 11 de marzo del año 2011.....57

Obligatoriedad de que las decisiones tomadas por la Comisión de Contrataciones de la C.A. Hidrológica de la Región Suroeste (HIDROSUROESTE), respecto a los procesos de selección de contratistas, sean con la presencia de la mayoría y con voto favorable de todos sus miembros. Memorando 04-00-332 del 31 de mayo del año 2011.....61

Competencias de la Contraloría General de la República para aplicar las sanciones de multa previstas en la derogada Ley de Licitaciones, actualmente contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas. Memorando 04-00-588 del 23 de septiembre del año 201166

Aplicabilidad de las modalidades de selección de contratistas y exigencia de las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas a las empresas del Estado. Memorando 04-00-236 del 18 de abril del año 201276

Competencia del Servicio Nacional de Contrataciones para aplicar las sanciones previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, ante la presentación de solvencias laborales presuntamente falsas, en el marco del procedimiento para la selección de contratistas. Memorando 04-00-313 del 24 de mayo del año 2012	81
Posibilidad de que el órgano de adscripción autorice a un ente adscrito, a que realice la contratación de obras y servicios bajo la modalidad de adjudicación directa. Memorando 04-00-331 del 29 de mayo del año 2012	84
Posibilidad de que los órganos o entes contratantes administren los aportes en dinero efectivo entregado por los contratistas, en cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social. Oficio N° 01-00-647 del 02 de noviembre del año 2012.....	91

CONTROL FISCAL

Obligación de prestar caución, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, por parte del titular de la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado. Memorando 04-00-137 del 03 de marzo del año 2011	99
Competencia de las Unidades de Auditoría Interna para iniciar potestades investigativas y declarar responsabilidad administrativa derivadas de irregularidades cometidas por contratistas en el desempeño de sus actividades. Memorando 04-00-254 del 27 de abril del año 2011	104
Competencia de la Unidad de Auditoría Interna para ejercer el control, a través del examen de la cuenta, sobre las transferencias, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad que dicha Institución haya otorgado a terceros tales como: asociaciones sindicales, asociaciones gremiales, entre otros. Memorando 04-00-390 del 28 de junio del año 2011	111

Renuncia de los miembros principales y suplentes designados como jurados en el marco del concurso público para la selección del titular de la Unidad de Auditoría Interna. Memorando 04-00-504 del 09 de agosto del año 2011	117
Ejecución de trabajos comunitarios en horas laborales, por parte del personal adscrito a la Unidad de Auditoría Interna de un ente del Estado. Memorando 04-00-549 del 06 de septiembre de 2011	120
Competencia de las Unidades de Auditoría Interna para certificar nóminas de personal. Memorando 04-00-551 del 06 de septiembre del año 2011	123
Competencia de los órganos de control fiscal para ejercer sus potestades sobre operaciones que han sido declaradas confidenciales por parte de la máxima autoridad de una organización pública. Memorando 04-00-717 del 07 de noviembre del año 2011.....	126
Régimen de jubilaciones del personal adscrito a órganos de control fiscal externos en el ámbito municipal. Memorando 04-00-736 del 18 de noviembre del año 2011	133
Posibilidad de que un funcionario que ejerció el cargo de Consultor Jurídico de un órgano de control fiscal por un lapso de cuatro años consecutivos, pueda optar a los Concursos Públicos de Oposición para la designación de Contralores Distritales, Municipales y Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal y sus entes descentralizados. Oficio 04-00-003 del 29 de febrero del año 2012	143
Acciones que deberá tomar la Unidad de Auditoría Interna de un órgano suprimido, en cuanto a las actuaciones fiscales en curso. Memorando 04-00-129 del 29 de febrero del año 2012.....	146
Posibilidad de que la Unidad de Auditoría Interna ejerza funciones de control fiscal en las empresas filiales de un ente descentralizado. Memorando 04-00-168 del 19 de marzo del año 2012.....	150

Inhibición de los funcionarios adscritos a una Unidad de Auditoría Interna, conforme al numeral 4 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Memorando 04-00-338 del 04 de junio del año 2012	158
Trámite conducente para evacuar prueba de experticia grafo-técnica. Memorando 04-00-404 del 27 de junio del año 2012	164
Competencia de los auditores adscritos al área de control posterior para realizar el procedimiento de potestad investigativa. Memorando 04-00-451 del 20 de julio del año 2012	166
Posibilidad de que un funcionario que ejerce funciones de la administración activa pueda ser designado para integrar el panel de una Unidad de Auditoría Interna o viceversa. Memorando 04-00-491 del 03 de agosto del año 2012	170
Dependencias a quienes les correspondería realizar las gestiones de cobro y la emisión de planillas de liquidación, a los fines de hacer efectiva la recaudación de un reparo formulado por la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado. Memorando 04-00-512 del 09 de agosto del año 2012	174
Afectación de la solvencia moral de un funcionario que consignó credenciales para participar en un concurso público y optó al cargo de Auditor Interno cuando se encontraba de reposo médico en el órgano o ente donde presta sus servicios. Memorando 04-00-549 del 28 de agosto de 2012.....	179
Competencia de la Unidad de Auditoría Interna para ejercer el control fiscal a las personas naturales o jurídicas que contraten, negocien o celebren operaciones o reciban aportes, subsidios u otras transferencias o incentivos fiscales por parte del órgano o ente sujeto a su control y, de haber méritos para ello, formalizar la potestad investigativa e iniciar el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades. Memorando 04-00-585 del 25 de septiembre del año 2012	182

Procedimiento que deben seguir las contralorías municipales para aplicar la sanción de multa prevista en el artículo 30 de la Ley de Consejos Locales de Planificación Pública, ante la ausencia de procedimiento en la referida Ley. Memorando 04-00-594 del 02 de octubre del año 2012	190
Adscripción de la Oficina de Atención al Ciudadano. Memorando 04-00-693 del 15 de noviembre del año 2012	195
Posibilidad de que la Unidad de Auditoría Interna de la Gobernación del Estado Anzoátegui ejerza las funciones de control fiscal interno de la Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A. toda vez que esta Sociedad no cuenta con un Órgano de Control Fiscal Interno. Memorando 04-00-750 del 10 de diciembre del año 2012.....	197

CONTROL SOCIAL

Órgano competente ante el cual deben registrarse las contralorías sociales y su ejercicio en órganos y entes de la Administración Pública, así como en personas jurídicas del sector privado. Memorando 04-00-478 del 30 de julio del año 2012.....	203
---	-----

DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO

Presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio por personal contratado a tiempo determinado. Memorando 04-00-454 del 20 de julio del año 2012.....	209
---	-----

DERECHO TRIBUTARIO

Obligación de enterar a favor del tesoro estatal las retenciones impositivas establecidas en la Ley de Timbre Fiscal de ese ente político territorial. Memorando 04-00-696 del 19 de noviembre del año 2012	215
---	-----

FUNCIÓN PÚBLICA

Imposición de sanciones contempladas en la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público por la Contraloría General de la República. Memorando N° 04-00-060 del 02 de febrero del año 2011	221
Compatibilidad del cobro de la pensión de jubilación de manera simultánea con el sueldo derivado del ejercicio de un cargo público. Oficio N° 04-00-022 del 12 de abril del año 2011.....	234
Aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público en las empresas estatales. Memorando N° 04-00-229 del 12 de abril del año 2011	238
Opinión sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público a nivel municipal. Memorando 04-00-329 del 31 de mayo del año 2011.....	243
Pago de emolumentos y demás beneficios sociales del personal de alto nivel y de dirección, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público. Memorando N° 04-00-501 del 09 de agosto del año 2011	262
Salario mínimo de referencia, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público. Memorando 04-00-122 del 29 de febrero del año 2012	265
Aplicación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, prevista en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal a un funcionario que ejerce el cargo de Docente y Vicerrector Administrativo en una universidad nacional. Memorando 04-00-261 del 04 de mayo del año 2012...	269

Derecho a la jubilación de los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Oficio 01-00-325 del 29 de mayo del año 2012.	277
Incompatibilidad que pudiera existir entre el disfrute de la jubilación otorgada por la Contraloría General de la República y la percepción de un sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en una empresa privada, a la cual le fue aplicada la medida de adquisición forzosa mediante decreto presidencial. Oficio 04-00-037 del 21 de junio del año 2012.....	300
Remisión a la Contraloría General de la República de expedientes de funcionarios de alto nivel por estar presuntamente involucrados en la aprobación del pago de un bono de Doctor a personal jubilado de una universidad nacional. Memorando 04-00-447 del 20 de julio del año 2012	303
Procedencia de otorgar la pensión de invalidez a funcionaria que ostenta la cualidad de interesada legítima en una potestad investigativa. Memorando 04-00-307 del 22 de agosto del año 2012	308
Otorgamiento del beneficio de utilidades o uno equivalente al personal pensionado y jubilado. Memorando 04-00-544 del 24 de agosto del año 2012.....	312
Funcionario de alto nivel, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Especial referencia al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Memorando 04-00-547 del 27 de agosto del año 2012	316
Procedencia de otorgar el beneficio de alimentación durante 30 días del mes calendario. Memorando 04-00-611 del 11 de octubre del año 2012.....	320

Ejecución de las sanciones a que alude el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal recaídas en el personal obrero al servicio de la Administración Pública. Memorando 04-00-612 del 11 de octubre del año 2012	325
Compatibilidad entre el ejercicio de un cargo administrativo y docente de manera simultánea en instituciones diferentes, con especial énfasis en el número de horas máximas que se pudiesen desempeñar. Memorando 04-00-691 del 15 de noviembre del año 2012	329
Incidencias salariales que deben utilizarse como base para calcular la pensión de jubilación del personal de una universidad nacional. Memorando 04-00-749 del 07 de diciembre del año 2012	335

LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN, CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO

Aplicabilidad de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) a contralorías municipales. Memorando 04-00-692 del 15 de noviembre del año 2012	345
---	-----

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Presencia, participación y protagonismo de la mujer venezolana en la Gestión de Contraloría Social en la Gran Caracas. Memorando 04-00-200 del 30 de marzo del año 2012.....	355
--	-----

PRESUPUESTO

Lapso para realizar la remisión de las modificaciones presupuestarias a la Asamblea Nacional y a la Oficina Nacional de Presupuesto. Memorando 04-00-205 del 02 de abril del año 2012	365
---	-----

REGISTRO DE AUDITORES, CONSULTORES Y PROFESIONALES INDEPENDIENTES EN MATERIA DE CONTROL

Contrataciones reguladas por el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, dictado por este Organismo Contralor. Oficio N° 03-01-01-091 del 26 de marzo del año 2012.....	371
Posibilidad de que mediante Resolución o Acto Administrativo, se autorice a un particular para laborar como profesional independiente en inspecciones de obras. Oficio N° 01-00-000401 del 28 de junio del año 2012	377
Necesidad o no de exigirle a los profesionales independientes que deseen suscribir contrato como ingeniero inspector de obras en un ente público, la Certificación de Inscripción y Calificación emanada del Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control. Oficio N° 03-01-01-186 del 07 de noviembre del año 2012	382

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Procedencia de prorrogar el período de la comisión de servicio, así como las implicaciones de hecho y derecho que de ello se deriven. Memorando 04-00-659 del 01 de noviembre del año 2012	389
--	-----

PRESENTACIÓN

En el marco del 76° aniversario de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela, se presenta el Tomo N° XXII de la colección de libros que contiene una selección de los Dictámenes emitidos por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, durante los años 2011 y 2012.

Con la seguridad de que las opiniones vertidas en este libro constituyen un importante aporte pedagógico fundamental en el incesante combate de la corrupción, al sentar las bases para la correcta administración de los bienes y fondos públicos, al tiempo que permite fortalecer la doctrina administrativa en materia de control.

Adicionalmente, permitirá ampliar la visión de los servidores públicos que tienen a su cargo la delicada y trascendente labor de administrar los bienes o fondos públicos para lograr el cumplimiento de los cometidos superiores del Estado venezolano, redundando en mejores bienes y servicios para la colectividad en el marco del Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es por ello que, en el presente libro se abordan diversos tópicos relacionados con: Administración Descentralizada, Administración Pública, Contraloría General de la República, Contrataciones Públicas, Control Fiscal, Control Social, Declaración Jurada de Patrimonio, Derecho Tributario, Función Pública, Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, Participación Ciudadana, Presupuesto, Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control y Responsabilidad Administrativa.

ADELINA GONZÁLEZ

Contralora General de la República (E)

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Competencia de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos para el manejo, control, seguimiento y cumplimiento de las actividades hípcas de esa institución.

Le corresponde a la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos el manejo, control, seguimiento y cumplimiento de las actividades administrativas que se deriven como consecuencia de la explotación como titular de los derechos, sobre el uso, disposición y comercialización de la programación hípcica oficial de carreras.

Memorando 04-00-375 del 15 de junio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre las atribuciones conferidas a este Máximo Órgano de Control Fiscal, en la Providencia N° 173 de fecha 26 de julio del año 2011 que regula el Uso, Difusión y Comercialización de la Programación Hípcica, emanada de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromo, en cuanto a la obligación de velar por el cumplimiento de la Providencia antes mencionada y la colaboración en el proceso de determinación de pago para la utilización y explotación de la programación hípcica.

La Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos fue creada mediante el Decreto N° 422 con Rango, Valor y Fuerza de Ley que suprime y liquida al Instituto Nacional de Hipódromos. Asimismo, esta Junta Liquidadora tiene la facultad de ejercer la administración y disposición de los derechos que conforman el patrimonio del Instituto Nacional de Hipódromos, entre los que se encuentra, el de ejercer sobre el Programa Hípcico las facultades patrimoniales que de allí se deriven, es decir, tiene el derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que a bien considere, y sacar de ella un beneficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley sobre el Derecho de Autor¹, el cual señala:

Artículo 23 *El autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio (...).* (Subrayado propio)

En ejercicio de esa atribución dictó la Providencia *supra* citada, la cual en sus artículos 1, 4 y 8² estipula lo siguiente:

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.638 Extraordinario del 01 de octubre del año 1993.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.721 del 26 de julio del año 2011.

Artículo 1. Titularidad de los derechos sobre el Programa Oficial de Carreras: *todos los derechos relacionados con el uso, difusión y/o comercialización del Programa Oficial de Carreras corresponde a la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos, por lo que su utilización a través de la edición, difusión, divulgación y/o comercialización, debe ser autorizada de forma previa y expresa por la Junta Liquidadora, con la emisión del acto respectivo y con la celebración del contrato correspondiente contentivo de los términos económicos de la autorización.*

Artículo 4. Del Lapso de Adecuación: *Quienes en la actualidad hagan uso del Programa Oficial de Carreras, tendrán un lapso de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Providencia, para adecuarse a las disposiciones de la presente normativa, es decir, solicitar la autorización de la Junta Liquidadora y celebrar el contrato respectivo, en caso de que la Junta Liquidadora apruebe su solicitud.*

La Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos no estará obligada de forma alguna, a otorgar la autorización a ningún solicitante, pues ello dependerá de las condiciones que decida la Junta Liquidadora y de la propuesta, términos y beneficios que ofrezca el interesado, puesto que el ejercicio, explotación y disposición de los derechos sobre el Programa Oficial de Carreras, es plenamente potestativo y discrecional por parte de la Junta Liquidadora.

Las normas transcritas, por una parte, establecen la titularidad que tiene la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos sobre los derechos del Programa Oficial de Carreras y, por la otra, impone la obligación de quienes hagan uso de dicho programa, de adecuarse en un lapso de sesenta (60) días hábiles a la normativa de la referida providencia, a los fines de solicitar la autorización por parte de la Junta Liquidadora para acceder legalmente al uso del programa.

Por su parte, el artículo 8 señala:

Artículo 8. Colaboración de los Órganos Competentes: *se exhorta a la Contraloría General de la República,*

a la Procuraduría General de la República y al Servicio autónomo de Propiedad Intelectual a velar por el cabal cumplimiento de la presente providencia, en virtud de estar involucrados derechos materiales e inmateriales pertenecientes a un ente público nacional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Derecho de Autor, así con fundamento en el principio de colaboración en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el Decreto de Rango, valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

De igual forma se exhorta a los referidos organismos a colaborar en el proceso de determinación de pago que corresponda efectuar a las personas naturales o jurídicas a favor de la Junta Liquidadora, por la utilización y explotación de la programación hípica a lo largo del tiempo. (Destacado propio)

Como se observa, la norma transcrita impone en cabeza de la Contraloría General de la República, la obligación de velar por el cumplimiento cabal de la mencionada Providencia y de colaborar en el proceso de determinación de pago que corresponda efectuar a las personas naturales o jurídicas a favor de la Junta Liquidadora, por la utilización y explotación de la programación hípica a lo largo del tiempo. Sin embargo, se estima que los redactores de esta normativa no consideraron la naturaleza que por mandato Constitucional y Legal tiene atribuida este Máximo Órgano de Control Fiscal.

Así pues, el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³ establece:

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*

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control. (Destacado propio)

Conteste con el dispositivo constitucional transcrito *supra*, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴, dispone:

Artículo 3. *La Contraloría General de la República, en el ejercicio de sus funciones, **no está subordinada a ningún otro órgano del Poder Público. Goza de autonomía funcional, administrativa organizativa e igualmente de la potestad para dictar normas reglamentarias en las materias de su competencia.** (Destacado propio)*

Conforme a la normativa citada, la Contraloría General de la República goza de autonomía, lo cual le garantiza su independencia respecto a las demás ramas del Poder Público, y en ese sentido, no está subordinada a ningún otro órgano, de allí que el exhorto dado en el artículo 8 de la referida Providencia es improcedente, toda vez que esta figura procede entre las mismas categorías jerárquicas de la estructura del Estado o desde un nivel jerárquico superior a los fines de impartir funciones o actividades a los entes bajo su adscripción, **no siendo a todas luces la posición que ostenta este Órgano Contralor.**

En ese sentido, se aprecia que al momento de dictar este tipo de normativas, los órganos o entes respectivos deben tomar en consideración la supremacía Constitucional y Legal que ostentan determinados Órganos del Poder Público Nacional.

Ahora bien, sobre la base de lo expuesto, la intervención que puede realizar la Contraloría General de la República es a través del ejercicio del control fiscal externo sobre las operaciones administrativas de las entidades que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11 de su Ley, en la forma que lo determinan artículos 2 y 46 *eiusdem* que establecen:

Artículo 2. *La Contraloría General de la República, en los términos de la Constitución de la República 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*

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismo y entidades sujetos a su control. (Omissis).

Artículo 46. *La Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal externo, en el ámbito de sus competencias, podrán realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en los entes u organismos sujetos a su control, para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de las políticas de las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión. (Subrayado propio)*

De manera que le corresponde a la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos el manejo, control, seguimiento y cumplimiento de las actividades administrativas que se deriven como consecuencia de la explotación como titular de los derechos, sobre el uso, disposición y comercialización de la programación hípica oficial de carreras.

Memorando 04-00-375 del 15 de junio de año 2012.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Competencia de la Junta Directiva de una empresa del Estado, para delegar en su Comité de Normalización, la aprobación de su normativa interna.

La Junta Directiva como máxima autoridad que detenta la competencia para la aprobación de la normativa interna y de los manuales de normas y procedimientos en la Empresa Noroccidental de Mantenimiento y Obras Hidráulicas, C.A., no puede delegar en su Comité de Normalización, la aprobación o desaprobación de los manuales y demás normativa interna; es por tanto que, toda la normativa interna, incluyendo los manuales de normas y procedimientos que hubiesen sido aprobados por dicho Comité, carecerían de validez por no emanar de la autoridad competente.

Memorando 04-00-656 del 31 de octubre de 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en torno a la procedencia de que la máxima autoridad de la Empresa Noroccidental de Mantenimiento y Obras Hidráulicas, C.A., delegue en su Comité de Normalización, la aprobación y desaprobación de todos los manuales y normativas internas de dicha Empresa.

Sobre el particular, cabe indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, corresponde a las máximas autoridades de cada ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a su naturaleza, estructura y fines, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22 de las Normas Generales de Control Interno⁶, dictadas por esta Contraloría General de la República, según las cuales, los manuales técnicos y de procedimientos deben ser aprobados por las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entes que ejercen el Poder Público.

En este sentido, las normas, manuales de procedimientos, indicadores de gestión, entre otros, son instrumentos específicos que permiten el funcionamiento del sistema de control interno en cada órgano o ente, cuyo contenido debe estar en consonancia con las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República, a quien le corres-

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17 de junio del año 1997.

ponde su evaluación con el objeto de verificar, que tales instrumentos aprobados por las máximas autoridades jerárquicas⁷ en el ejercicio de la Potestad Organizativa, se adecúen a las normativas dictadas por este Órgano Contralor, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley Orgánica que rige sus funciones.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de que la Junta Directiva de la Empresa delegue en su Comité de Normalización, la aprobación de todos los manuales y la normativa interna que se requiera para el funcionamiento de la Empresa, es importante tener en cuenta la figura de la Delegación como fórmula de desviación del Principio de la Competencia, la cual se encuentra consagrada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁸, en la que se distinguen, la Delegación Intersubjetiva que se presenta cuando un órgano de la Administración Pública Nacional, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios delegue sus competencias a un ente descentralizado funcionalmente (Artículo 33); y la Delegación Interorgánica, que se materializa cuando se transfieren atribuciones entre órganos pertenecientes a una misma Administración (Artículo 34).

De acuerdo con lo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, los requisitos de la Delegación Interorgánica son: 1. Subjetivos: los órganos delegantes previstos en el artículo 34, a saber, la Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, así como las demás funcionarias o funcionarios superiores de dirección; y 2. Formales: el acto contentivo de la Delegación debe ser motivado, identificar los órganos entre quienes se transfiere el ejercicio de la competencia y la fecha de inicio de su vigencia; las delegaciones y su revocatoria deben publicar-

7 El Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009, dispone en su artículo 6° que a los efectos de la Ley, así como de este Reglamento, se considerará máxima autoridad jerárquica a quien corresponda la dirección y administración del órgano o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable. En caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta directiva, junta administradora, consejo directivo u Órgano similar, serán éstos los que se considerarán máxima autoridad jerárquica.

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

se en la Gaceta Oficial de la Administración Pública correspondiente; las resoluciones administrativas que se adopten por Delegación deben indicar expresamente esta circunstancia, considerándose dictadas por el órgano delegante; la traslación de la competencia es indefinida, y por tanto esencialmente revocable en cualquier momento, sin embargo, mientras dure la Delegación el delegante no podrá ejercer la competencia delegada.

Asimismo, la mencionada Ley impone como limitaciones a la Delegación en su artículo 35, las siguientes: 1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo; 2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso; 3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por Delegación; y 4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.

Así pues, de acuerdo con la disposición citada, las competencias referidas a la adopción de disposiciones normativas no pueden ser delegadas, por tanto, en el caso consultado, la Junta Directiva como máxima autoridad que detenta la competencia para la aprobación de la normativa interna y de los manuales de normas y procedimientos en la Empresa antes referida, no puede delegar en el citado Comité, ni en ningún otro órgano de esta, la aprobación o desaprobación de los manuales y demás normativas internas, toda vez que es una competencia que es indelegable, dada la importancia que tienen en el funcionamiento de la Empresa.

Por otra parte, se observa que se somete a la consideración de la Junta Directiva -y así fue aprobado- la modificación de la estructura del Comité de Normalización de la Empresa Noroccidental de Mantenimiento y Obras Hidráulicas, C.A., en el que se propuso, se cita textualmente "...que esté conformado por los titulares de las Gerencias y Coordinaciones Generales, constituyéndose en un órgano colegiado con competencia para evaluar, discutir, modificar y direccionar todas aquellas acciones que sean necesarias para aprobar o desaprobado los manuales de normativa interna que requiera el funcionamiento de la empresa...". De su contenido se evidencia que en el punto de la Agenda, no se plantea la Delegación de una competencia atribuida a la Junta Directiva, sino que se le está otorgando al Comité de manera directa la referida competencia, contraviniendo lo previsto en el artículo 36 de la

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que le confiere esta atribución a las máximas autoridades jerárquicas, entendiéndose por éstas, a quien corresponde la dirección y administración del órgano o entidad de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable o la junta directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, en caso de que existan en los órganos o entidades, según lo previsto en el artículo 6 del Reglamento del mencionado instrumento legal.

Siendo ello así, toda la normativa interna, incluyendo los manuales de normas y procedimientos que hubiesen sido aprobados por el Comité de Normalización de la Empresa Noroccidental de Mantenimiento de Obras Hidráulicas, C.A., en uso de la atribución conferida de acuerdo con el punto N° 3 de la Agenda N° ENMOHCA-JD-002 de fecha 25 de agosto del año 2010, así como cualquier otra decisión tomada por el Comité relacionada con la normativa interna, carecerían de validez por no emanar de la autoridad competente.

Así las cosas, no cabe duda de que es una atribución exclusiva e indelegable de la Junta Directiva de la referida empresa del Estado, en su carácter de Máxima Autoridad Jerárquica, la aprobación de los manuales de organización, de cargos, de normas y procedimientos y cualesquiera otra normativa o instructivo de carácter interno, que permita la implantación y el fortalecimiento del sistema de control interno.

Finalmente, este Máximo Órgano Contralor estima que la elaboración de dichos instrumentos normativos por parte del citado Comité de Normalización, como una unidad especializada dentro de la estructura organizativa de la Empresa, podría constituir un mecanismo de instrumentación del sistema de control interno, cuya evaluación y posterior aprobación le correspondería en atención a las normativas antes citadas, a la Junta Directiva.

Memorando 04-00-656 del 31 de octubre de 2012.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Naturaleza del aporte efectuado por el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER, C.A.) a la Caja de Ahorro de sus trabajadores y trabajadoras.

Los aportes que realiza el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER C.A.), conjuntamente con los de sus trabajadores y trabajadoras acreditados periódicamente a la Caja de Ahorro, a los fines de incentivar el ahorro, son recursos públicos sujetos al control del órgano competente, pues su condición de público se pierde solo cuando pasan a formar parte de las cuentas personales e individuales de los asociados.

Memorando 04-00-690 del 14 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre si los aportes que efectúa el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER C.A.), en su condición de patrono a la Caja de Ahorro de los Trabajadores y Trabajadoras (CAJABANMUJER), pueden ser considerados como dinero perteneciente al Patrimonio Público.

Como punto previo, se estima pertinente señalar que el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER C.A.), es una compañía anónima creada formalmente el 8 de marzo del año 2001, mediante el Decreto 1.243¹, adscrito al Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas (Para la fecha de emisión de este Dictamen, Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas), y en el año 2009 fue adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Mujer e Igualdad de Género, conformado con un capital social de cinco mil millones de bolívares representado en cinco millones de acciones, que constituyen el cien por ciento (100%) del Capital Social, el cual ha sido suscrito y pagado totalmente por la República Bolivariana de Venezuela; por tal motivo es un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya organización y funcionamiento está regido por un sistema mixto de Derecho Público y Privado.

Esta Institución financiera, tiene como objetivo primordial brindar microcréditos y demás productos financieros a las mujeres de bajos ingresos, en situación de pobreza extrema, pobreza relativa o en proceso de empobrecimiento, las cuales se encuentran excluidas del sistema

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.154 del 8 de marzo del año 2001.

financiero tradicional, auto-empleadas o desempleadas, asociadas o no, para generar capacidades productivas y emprendedoras en beneficio del ingreso familiar, con el propósito de apoyar su inserción en el desarrollo en las comunidades urbanas y rurales del país. Igualmente se encuentra regulada por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y, en consecuencia, por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN).

En tal sentido, el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A. (BANMUJER C.A.), cuenta con una Caja de Ahorro que lleva por nombre **Caja de Ahorro de los Trabajadores y Trabajadoras del Banco de Desarrollo de la Mujer (CAJABANMUJER)**, la cual, conforme al artículo 1 de sus estatutos, es una Asociación Civil sin fines de lucro, autónoma, con patrimonio y personalidad jurídica propia, de carácter social y participativo constituido por los trabajadores y trabajadoras de dicho Banco.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares², señala:

***Artículo 3.** A los efectos de la presente Ley, se entiende por cajas de ahorro a las asociaciones civiles sin fines de lucro, creadas, promovidas y dirigidas por sus asociados, destinadas a fomentar el ahorro, quienes reciben, administran e invierten los aportes acordados.*

Efectuadas estas consideraciones, y a los fines de precisar si los aportes que realiza el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A., (BANMUJER C.A.) a la Caja de Ahorro de sus Trabajadores y Trabajadoras, pueden considerarse dinero del Patrimonio Público, se debe traer a colación lo establecido en el artículo 66 de la precitada Ley que señala que los aportes de los asociados consisten en un porcentaje de su salario, **que será deducido de la nómina de pago por el empleador**, y el aporte de éste último se acordará por convenio celebrado entre las partes o en las convenciones colectivas de trabajo, a los fines de ser **entregados por el empleador a la asociación** dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe la deducción.

Asimismo, se encuentra estipulado en los Estatutos de la Caja de Ahorro de los Trabajadores y Trabajadoras del Banco de Desarrollo de la Mujer (CAJABANMUJER) en el Título III Del Sistema Económico de

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.553 del 16 de noviembre del año 2010.

la Caja de Ahorro. Capítulo I referente Del Patrimonio y Capítulo II De los Aportes a la Caja de Ahorros en los artículos 33 y 35, que señalan:

Artículo 33. *El patrimonio de CAJABANMUJER estará constituido por:*

- 1. El aporte del asociado o asociada, hasta un diez por ciento (10%) de su sueldo o salario.*
- 2. El aporte del Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A., como estímulo al ahorro que será por un porcentaje igual al aporte que haga el asociado o asociada, hasta el diez por ciento (10%) del sueldo o salario del asociado o asociado.*
- 3. Las utilidades o beneficios netos obtenidos por CAJABANMUJER en las operaciones que se realicen.*

Artículo 35. *El monto de los aportes del asociado o asociada, así como los del Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A., se acordará por convenio celebrado entre las partes o en su defecto por lo que BANMUJER acuerde aportar. El aporte del asociado o asociada, **será deducido de la nómina de pago por parte de la Oficina Pagadora.** Ambos aportes, deberán ser entregados a la Asociación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que se efectuó la deducción. (Destacado propio)*

De acuerdo con la interpretación de los artículos mencionados, la masa de dinero constituida por el aporte patronal y del asociado conforman el ciento por ciento 100%, el cual, como se evidencia, provienen del presupuesto del Banco, toda vez que son deducidos de la remuneración que el Banco cancela al trabajador así como el aporte patronal para ser depositado a la Asociación Civil para su debida administración, por tanto, aun cuando estos aportes se trasladen a ésta, continúan siendo patrimonio público y por ende sujetos al control, vigilancia, inspección y fiscalización del órgano de control fiscal que le compete, en el caso particular a la Unidad de Auditoría Interna de BANMUJER C.A., toda vez que estos fondos o aportes solo pierden esta condición, cuando cumplan la finalidad para lo cual fueron creados y se acrediten en las cuentas personales de los asociados.

De ahí que el órgano de control fiscal competente está plenamente facultado para efectuar las inspecciones, fiscalizaciones, exámenes,

estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza y ante la ocurrencia de cualquier irregularidad detectada en el manejo de esos fondos, puede realizar las actuaciones e investigaciones respectivas de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del Sistema Nacional de Control Fiscal³, a los fines de ejercer la Potestad Investigativa, así como la potestad resarcitoria y/o sancionatoria a tenor de lo establecido en los artículos 82, 85 y 93 *eiusdem*, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Contraloría General de la República en el artículo 67 de la citada Ley, que establece que los órganos de control fiscal externo están facultados, **dentro de los límites de su competencia**, para vigilar que los **aportes**, subsidios y otras transferencias realizadas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o **privadas** sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuadas.

Conforme a lo expuesto anteriormente, se puede concluir que los aportes que realiza el Banco de Desarrollo de la Mujer, C.A., (BANMUJER C.A.), conjuntamente con los de sus trabajadores y trabajadoras acreditados periódicamente a la Caja de Ahorro, a los fines de incentivar el ahorro, seguirán siendo recursos públicos sujetos al control del órgano competente, pues su condición de público se pierde solo cuando pasen a formar parte de las cuentas personales e individuales de los asociados.

Memorando 04-00-690 del 14 de noviembre del año 2012.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Procedimiento correspondiente para la desincorporación y enajenación de los bienes que conforman el patrimonio de la Empresa CVG Aluminio de Carabobo, S.A. (CVG ALUCASA).

La desincorporación y enajenación de los bienes pertenecientes a los entes u organismos que conforman el Sector Público, debe realizarse de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos, el Reglamento y las directrices que dicte la Superintendencia de Bienes Públicos, en el caso de la Empresa CVG Aluminio de Carabobo, S.A. (CVG ALUCASA), le corresponde a la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público conferir la autorización que corresponda, siguiendo para ello las estipulaciones y procedimientos establecidos.

Memorando 04-00-743 del 07 de diciembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el procedimiento correspondiente para la desincorporación y enajenación de Bienes del Estado, específicamente los vinculados con las empresas básicas como lo es CVG Aluminio de Carabobo, S.A., (CVG ALUCASA), así como ante qué ente gubernamental deben dirigirse en caso de la desincorporación de activos.

La empresa CVG Aluminio de Carabobo, S.A., (CVG ALUCASA) es una empresa del Estado con personalidad jurídica tutelada por la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) y, por ende, forma parte de la Administración Pública Nacional descentralizada, la cual tiene por objeto la transformación, fabricación y comercialización de productos laminados de muy bajo espesor (láminas y papel de aluminio) y de alto valor agregado, conexos y relacionados con el aluminio y su funcionamiento desde sus inicios se debe a Aluminio del Caroní C.A. (CVG ALCASA), empresa pionera en la producción de aluminio primario.

Definida la naturaleza jurídica de la aludida empresa del Estado, se tiene a bien precisar que la Ley Orgánica que regula la enajenación de bienes del sector público no afectos a las industrias básicas¹, fue derogada al entrar en vigencia el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos².

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.951 Extraordinario del 07 de enero del año 1987.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.945 del 15 de junio del año 2012.

La precitada Ley, dispone en su artículo 1 que el objeto principal es establecer las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema de Bienes Públicos, como parte integrante del Sistema de la Administración Financiera del Estado, y su ámbito de aplicación está previsto en el artículo 2 *eiusdem*, en los términos siguientes:

Ámbito de Aplicación

Artículo 2. *Las normas contenidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, normas reglamentarias y aquellas que emita la Superintendencia de Bienes Públicos, son de estricto cumplimiento por las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienes Públicos, así como para las personas naturales o jurídicas que custodien o ejerzan algún derecho sobre un Bien Público, con las excepciones de Ley, dejando a salvo las competencias y autonomía atribuidas en la materia por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes correspondientes.*

Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se aplicarán sin perjuicio de las competencias de control, vigilancia y fiscalización que corresponden a la Contraloría General de la República sobre los bienes de la Nación.

En el artículo 3, se establece que sus disposiciones son de orden público y se aplican con preferencia a cualquier otra Ley del mismo rango. A su vez, el artículo 4 enumera los entes y órganos que conforman el Sector Público entre los que se mencionan:

Órganos y entes que conforman el Sector Público

Artículo 4. *Para los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se entiende por:*

Sector Público: Comprende los entes u órganos que de seguidas se enumeran:

(Omissis)

10. *Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.*

11. *Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social.*

De ahí, que los bienes adscritos a la empresa CVG Aluminio de Carabobo, S.A., (CVG ALUCASA) para su uso y funcionamiento así como los que haya adquirido, son en definitiva bienes propiedad de la República Bolivariana de Venezuela y, por ende, Bienes Nacionales conforme a la definición prevista en el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos que señala:

Definición

Artículo 5. *Se consideran Bienes Públicos:*

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valor, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, se hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan;

2. *Los bienes, mercancías o efectos, que se encuentran en el territorio de la República y que no tienen dueño;*

3. *Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos provenientes de las herencias yacentes;*

4. *Las mercancías que se declaren abandonadas;*

5. *Los bienes, mercancías o efectos que sean objeto de una medida de comiso firme mediante acto administrativo o sentencia definitiva, y los que mediante sentencia firme o*

procedimiento de Ley sean puestos a la orden del Tesoro Nacional.

Dentro de los Bienes Públicos, se establecen las siguientes categorías:

Bienes Nacionales. Son Bienes Nacionales, los bienes públicos, de dominio público o privado propiedad de la República, de los institutos autónomos y de las empresas del Estado, de las demás personas en que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y de las consideradas fundaciones del Estado.

(Destacado propio)

En tal sentido, es evidente que las empresas del Estado para proceder a desincorporar o enajenar sus bienes están obligados a cumplir con los requisitos previstos en la mencionada Ley, que establece el artículo 73 el deber que tienen los órganos y entes del sector público de enajenar los bienes públicos de su propiedad que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades y los que hubiesen sido desincorporados por obsolencia o deterioro.

Sobre este particular, la Empresa a los fines de dar cumplimiento a esta obligación, de conformidad con lo previsto en la cláusula DÉCIMA QUINTA, numeral 15 de sus estatutos, debe a través de su Junta Directiva, solicitar a la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos la autorización para desincorporar o enajenar sus bienes conforme lo establecen los artículos 28 y 75 que señalan:

Comisión de Enajenación de Bienes Públicos

***Artículo 28.* Se crea la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, como órgano de la Superintendencia de Bienes Públicos **facultado para autorizar la enajenación de los bienes públicos que sean propiedad, o que se encuentren adscritos a alguno de los órganos o entes que conforman el Poder Público Nacional, en todas las instancias**, la cual estará conformada por el Superintendente o la Superintendente Nacional de Bienes Públicos**

quien presidirá la misma, y cuatro (4) miembros principales y sus respectivos suplentes, de libre elección y remoción del Presidente de la República.

***Pérdida, deterioro
u obsolescencia de bienes***

Artículo 75. *Cuando un Bien Público sufra pérdida o deterioro que imposibilite de manera permanente su utilidad, deberá ser desincorporado del inventario de Bienes Públicos del respectivo ente u organismo, **previa autorización de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos.** (...). (Destacado propio)*

Por otra parte, es importante tener presente que la enajenación es un término amplio que implica la cesión definitiva de los derechos de uso o goce de un bien, en el que puede existir el cobro de una contraprestación, en otras palabras, es una compra-venta, amplitud conceptual que fue acogida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos, en el artículo 76 que establece:

Modalidad para la enajenación de bienes

Artículo 76. *La enajenación de los bienes regulados por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, podrá efectuarse a través de las siguientes modalidades:*

- 1. Venta;*
- 2. Permuta;*
- 3. Dación de Pago;*
- 4. Aporte del bien al capital social de sociedades mercantiles del Estado;*
- 5. Donación;*
- 6. Mediante otros tipos de operaciones legalmente permitidas.*

La enajenación de Bienes Públicos deberá realizarse conforme a las normas y procedimientos que establezca la presente Ley, su Reglamento y las disposiciones que a tal efecto dicte la Superintendencia de Bienes Públicos.

Sin embargo, cabe destacar que al tratarse de los supuestos relacionados con los numerales 3, 4, 5 y 6, el procedimiento que habrá de seguirse para la enajenación lo acuerda la Comisión; situación distinta se prevé, para la enajenación conforme con los numerales 1 y 2, (venta y permuta), en cuyo caso la operación debe hacerse mediante el procedimiento de Oferta Pública a que alude el artículo 79, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 80 *eiusdem*.

De manera que, conforme a lo expuesto, la desincorporación y enajenación de los bienes pertenecientes a los entes u organismos que conforman el Sector Público, debe realizarse de acuerdo con lo establecido en la citada Ley, en cuyo caso le corresponde a la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público autorizarlo.

Siendo así, la CVG Aluminio de Carabobo, S.A. (CVG ALUCASA), para proceder a la desincorporación y enajenación de bienes de su propiedad, debe dirigirse a la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público, a los fines de que ésta le confiera la autorización que corresponda, siguiendo para ello las estipulaciones y procedimientos establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos, el Reglamento y las directrices que dicte la Superintendencia de Bienes Públicos.

Memorando 04-00-743 del 07 de diciembre del año 2012.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Obligación que tienen los jueces y las juezas de la República, de presentar Acta de Entrega de acuerdo con lo establecido en las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entes de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias.

Los jueces o juezas, además de la función principal de impartir justicia, también administran, manejan y custodian fondos y bienes públicos, así como privados, y en ese sentido, están obligados al finalizar su gestión, a elaborar el Acta de Entrega de su respectivo tribunal o juzgado conforme a las formalidades, estipulaciones y requisitos establecidos en las normas.

Memorando 04-00-658 del 01 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la obligación que tienen los Jueces de la República, cualquiera sea su naturaleza, al momento de cesar en sus cargos, de efectuar la Acta de Entrega siguiendo las formalidades previstas en la Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias¹ (en lo sucesivo LAS NORMAS).

LAS NORMAS, en su artículo 1 establecen que su objeto es **regular la entrega de los órganos y entidades de la Administración Pública y de sus respectivas oficinas y dependencias**, mediante acta que se elaborará, presentará, suscribirá y verificará, de acuerdo con lo dispuesto en ese instrumento. A su vez, el artículo 3 determina que la obligación de **entregar formalmente el órgano, entidad, oficina o dependencia de la cual sea responsable**, recae en **todo servidor público que administre, maneje o custodie recursos o bienes públicos**, quien deberá hacerlo al cesar en su empleo, cargo o función.

Adicionalmente, el artículo 5 *eiusdem* delimita el ámbito subjetivo de aplicación de LAS NORMAS, que comprenden a grandes rasgos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus entes descentralizados. El artículo 6 del citado texto normativo, expresa que se considerarán **responsables** de las oficinas o dependencias de los órganos y entidades a que se refiere el artículo 5 *eiusdem*, los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico, y en caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.229 del 28 de julio del año 2009.

directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, será su Presidente o denominación equivalente, el responsable de la entrega.

Como puede apreciarse, del contenido de las disposiciones señaladas se colige con meridiana claridad que, la obligación de hacer **entrega formal** mediante Acta, recae en aquellos servidores públicos considerados como **responsables** de las oficinas o dependencias de los entes y organismos sujetos a su ámbito de aplicación, que administran, manejan o custodian recursos o bienes públicos, funciones que no son desarrolladas comúnmente por todos los funcionarios, empleados, obreros o particulares al servicio de un organismo o entidad, sino que son responsabilidades en su mayoría realizadas por servidores públicos que intervienen en la administración o gestión del organismo o entidad de que se trate, a saber, en principio, las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades del sector público, así como en los gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo específico.

De allí que LAS NORMAS, en el artículo 2, definen a la servidora o servidor público como toda persona investida de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, nombramiento, designación o contrato otorgado por la autoridad competente, que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio de los organismos y entidades indicados en el artículo 9 numerales 1 al 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², el cual a los fines de la consulta, se cita parcialmente en los términos siguientes:

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

1. *Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.*

Por su parte, el numeral 1 del artículo 5 de LAS NORMAS establece:

Artículo 5°- *Están obligados a hacer entrega formal mediante acta, todos los servidores públicos que ejerzan funciones en:*

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

1) *Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.* (Subrayado propio)

En el entendido, y de la interpretación del citado dispositivo, no solo es el deber de los jueces y juezas, sino de todos los servidores públicos al servicio de un órgano o ente del Estado.

Siendo así, cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, en su artículo 136 señala que **el Poder Público Nacional** se divide en Legislativo, Ejecutivo, **Judicial**, Ciudadano y Electoral; y el artículo 253 *eiusdem*, establece que “el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.” De allí que es indubitable que los jueces y juezas como servidores públicos que se desempeñan dentro de entidades a las que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional (como son los Tribunales), se encuentran bajo el ámbito subjetivo de aplicación de LAS NORMAS.

Por otra parte, es importante destacar, que de conformidad con la definición de bienes públicos establecida en el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos⁴, así como de la definición de patrimonio público estatuida en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción⁵, no deja lugar a dudas que los jueces o juezas, además de la función principal de impartir justicia,

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

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.945 del 15 de junio del año 2012. “Artículo 5. Se consideran Bienes Públicos:

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan; (Omissis)

Dentro de los Bienes Públicos, se establecen las siguientes categorías:

Bienes Nacionales. Son Bienes Nacionales, los bienes públicos, de dominio público o privado propiedad de la República, de los Institutos Autónomos y de las empresas del Estado, de las demás personas en las que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% de capital social y de las consideradas fundaciones del Estado. (Omissis).”

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 7 de abril del año 2003. “Artículo 4. Se considera patrimonio público aquel que pertenece por cualquier título a:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.”

también administran, manejan y custodian fondos y bienes públicos, así como privados, y en ese sentido, están obligados al finalizar su gestión, a elaborar el Acta de Entrega de su respectivo tribunal o juzgado conforme a las formalidades, estipulaciones y requisitos establecidos en las normas dictadas al efecto.

Respecto a las cuentas bancarias que utilizan los Tribunales de la República, cualquiera sea su jurisdicción, categoría y competencia, para el depósito de las cantidades de dinero o valores consignados por los interesados y las partes, es preciso que se distinga su procedencia para determinar si deben incorporarse en el Acta de Entrega. En ese sentido, si los recursos provienen de fondos pertenecientes a organismos o entidades públicas deben ser incorporados, si por el contrario proceden de patrimonios privados no son considerados públicos y, por tanto, se hace nugatoria la posibilidad de rendir cuenta de ellos y de exigir responsabilidad administrativa por irregularidades detectadas en el manejo de estos. A todo evento, queda a salvo la responsabilidad disciplinaria, civil y penal de ser el caso.

Memorando 04-00-658 del 01 de noviembre del año 2012.

CONTRALORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Competencia de la Contraloría General de la República para revisar las cuentas y declarar la ilegitimidad e inhabilitación de los miembros directivos de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente Núcleo Sucre (STUDONS).

La consecuencia jurídica que se origina del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, es la inelegibilidad de los miembros de la Junta Directiva sindical, siendo la autoridad competente para conocer de este tipo de controversias el órgano electoral sindical.

Se escapa de las competencias legalmente atribuidas al Contralor o Contralora General de la República, declarar la ilegitimidad e inhabilitación de los miembros directivos de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente Núcleo Sucre (STUDONS), en razón de que la sanción accesoria que le está dada imponer a la aludida autoridad supone ineludiblemente la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y se circunscribe al ejercicio de las funciones públicas, sin más limitaciones que las que establece el propio texto legal en comento en cuanto a la duración de la sanción.

Memorando 04-00-550 del 06 de septiembre del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la revisión de las cuentas del Sindicato de la Universidad de Oriente Núcleo, Sucre (STUDONS); así como la declaratoria de ilegitimidad del Secretario General y del Secretario de Organización en lo relativo al trámite de peticiones, convenciones colectivas, pliegos de peticiones, normativas laborales, reclamos colectivos y otros actos señalados en los estatutos de la organización sindical, así como la inhabilitación de los referidos miembros directivos, hasta que se realice el examen de las cuentas y los miembros del sindicato estén conformes con los resultados.

Resulta jurídicamente improcedente la revisión de las cuentas del referido Sindicato, por cuanto de la documentación remitida no se evidencia el cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo¹ vigente para la fecha de la consulta, actual artículo 433 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo². Del mismo modo, esta Institución Contralora carece de competencia para declarar tanto la ilegitimidad del Secretario General y del Secretario de Organización, así como sus inhabilidades.

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.024 Extraordinario del 06 de mayo del año 2011.

El artículo 433 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo (establecido en iguales términos en el artículo 441) prevé un recurso que permite a los miembros de las organizaciones sindicales acudir ante la Contraloría General de la República para solicitar el examen de las cuentas. En efecto, el aludido dispositivo legal dispone:

Artículo 433. *A solicitud de un diez por ciento (10%) o más de los miembros de una organización sindical, el órgano contralor de la federación o de la confederación respectiva examinará las cuentas o una determinada operación, según se solicite, y rendirá el informe correspondiente a los interesados dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud.*

Parágrafo Primero: *Las confederaciones velarán para que las contralorías de los organismos sindicales afiliados a ellas inspeccionen los actos de las personas que administren fondos sindicales con miras a garantizar su rectitud o establecer la responsabilidad, según sea el caso.*

Parágrafo Segundo: *En aquellos casos donde el órgano contralor de la federación o de la confederación respectiva no se pronuncie en el lapso de los sesenta (60) días sobre la averiguación solicitada o, no se estuviere conforme con los resultados, el diez por ciento (10%) por lo menos de los afiliados a la organización sindical, podrá acudir por ante la Contraloría General de la República para solicitar que se investiguen las cuentas de la administración respectiva. (Destacado propio)*

Conforme se desprende de la norma *supra* transcrita, la procedencia del examen de las cuentas del sindicato por parte de este Organismo Contralor está supeditada al cumplimiento, de manera concurrente:

- Que, al menos un diez por ciento (10%) de los miembros de una organización sindical hubiere interpuesto la solicitud ante el órgano contralor de la federación o confederación, y que dicho órgano no hubiere dado respuesta dentro de los 60 días siguientes a la solicitud o que no se estuviere conforme con los resultados; y

- Que, luego de haberse agotado la instancia anterior, al menos un diez por ciento (10%) de los miembros sindicales, requiera la revisión de las cuentas ante la Contraloría General de la República.

Ahora bien, de la revisión efectuada al escrito de la solicitud y sus anexos, se observa que no se acompañó el Estatuto actualizado del Sindicato donde conste la totalidad de sus integrantes, lo que impide a esta Contraloría General de la República, verificar si la solicitud fue suscrita por el diez por ciento (10%) de los miembros y, en segundo lugar, no existe documentación fehaciente que demuestre que la revisión de cuentas fue solicitada al órgano contralor de la federación o confederación, tal como lo dispone la normativa que rige sus funciones, y que la misma no fue respondida oportunamente o que no se estuvo conforme con los resultados.

Estas omisiones impiden *per se* que este Máximo Órgano Contralor proceda a la revisión de las cuentas del referido Sindicato, y por tal motivo, se debe instar a la peticionante a cumplir los requisitos de fondo que exige el artículo 433 del precitado Decreto, o de ser el caso, demostrar su cumplimiento, para que esta Contraloría General pueda ejercer la potestad de control que le confiere el mencionado artículo.

Por otra parte, en lo que respecta a la declaratoria de ilegitimidad del Secretario General y del Secretario de Organización de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente Núcleo Sucre (STUDONS), es necesario destacar que la obligación de rendir cuentas y la responsabilidad derivada del ejercicio de la función pública, tienen su fundamento en los artículos 141 y 244 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, de cuyo contenido desprenden normas que garantizan la obligación de parte de las personas que recauden, administren, reciban, paguen o custodien fondos o bienes de terceros, de rendir cuenta de su administración.

Es así, como se prevé en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 432 (antes artículo 441) la obligación por parte de la Junta Directiva de una Organización Sindical de rendir cuentas, cuyo texto es del tenor siguiente:

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

Artículo 432. *La junta directiva estará obligada a rendir a la asamblea, cada año, cuenta detallada y completa de su administración.*

Quince (15) días antes, por lo menos, de la fecha en que vaya a celebrarse la asamblea, la junta directiva colocará una copia de la cuenta que proyecte presentar, en lugar visible de las oficinas sindicales, para que pueda ser examinada por los socios.

Los funcionarios sindicales que no hayan cumplido esta obligación no podrán ser reelectos.

Ello en concordancia con el artículo 127 de su Reglamento⁴, que prevé: “La junta directiva de las organizaciones sindicales deberá rendir cuenta detallada y completa de su administración. Quienes no hayan cumplido con esta obligación estarán inhabilitados para ser reelectos.”

Sobre este particular se ha pronunciado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 135 de fecha 13 de octubre del año 2005⁵, en la cual sostuvo:

(...) es claro que la norma establece una causal de inelegibilidad como consecuencia del incumplimiento de uno de los deberes vinculados a la administración de los sindicatos, por parte de los directivos de los mismos (...).

Del marco conceptual antes esbozado y recogido en el criterio jurisprudencial invocado, se deriva que cualquier interpretación que se adopte respecto de lo dispuesto en el artículo 441 bajo análisis, debe estar orientada por las anteriores premisas, y por consiguiente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 441 sólo resulta aplicable al supuesto de hecho previsto en el mismo, todo ello sin menoscabo de lo que dispongan los estatutos de los sindicatos, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 423, letra “L”, de la Ley Orgánica del Trabajo, pueden regular la forma y oportunidad de presentación de las cuentas de la administración, así como los requisitos que deben reunir.

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

5 Expediente AA70-E-2004-000015.

En el caso de autos, y con el objeto de dar por esclarecida la interrogante fundamental planteada por la parte recurrente, esta Sala Electoral observa que el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo contempla una causal de inelegibilidad, que sólo resulta aplicable para el supuesto de hecho relativo al incumplimiento de la obligación de los directivos sindicales, de rendir cuentas en los términos allí establecidos, todo ello sin perjuicio de lo que establezcan los estatutos de los sindicatos (...).

Bajo esas premisas conceptuales y hermenéuticas, procede entonces pronunciarse sobre las interrogantes específicas planteadas por la representación del órgano rector del Poder Electoral, no sin antes dejar sentado que este órgano judicial se limitará a dictar pautas generales al respecto, puesto que la solución de cada caso particular, evidentemente dependerá de las peculiaridades procesales y sustantivas que se evidencien del examen del supuesto específico, por lo que escapa al objeto de esta decisión pretender solucionar de forma definitiva y exhaustiva una serie de hipótesis que bien podrían presentar diversos matices a considerar de acuerdo con la situación fáctica y jurídica acaecida. Aclarado esto, debe señalarse:

- 1. El principio general es que el incumplimiento de la presentación oportuna de las cuentas legalmente exigida ante la Asamblea de Trabajadores del Sindicato por parte de la Junta Directiva del Sindicato acarrea la imposibilidad de los miembros de esta última para la reelección (causal de inelegibilidad).*
- 2. En los Estatutos de cada organización sindical puede establecerse un plazo distinto y unas formalidades adicionales para la presentación de las cuentas, conforme al principio de la autonomía sindical, recogido en este aspecto en el artículo 423, letra “L” de la Ley Orgánica del Trabajo. En tal caso, la aplicación de la causal de inelegibilidad legalmente exigida deberá interpretarse en armonía con lo dispuesto estatutariamente.*

3. La presentación del informe de gestión por parte de los directivos sindicales al final del período de ejercicio de la junta directiva en caso de que así lo dispongan los estatutos sindicales, no exime del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 432 de la Ley Orgánica del Trabajo a los efectos de la reelección, sin menoscabo de que esta última obligación resulte cumplida cabal y acumulativamente en la oportunidad de la presentación del informe de gestión (...).

Conforme a lo sostenido en la *supra* citada sentencia, la consecuencia jurídica que se origina del incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas, es la **inelegibilidad de los miembros de la Junta Directiva sindical, siendo la autoridad competente para conocer de este tipo de controversias el órgano electoral sindical**, sin perjuicio de los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes que tengan a bien interponer los interesados ante los órganos electorales.

Como se puede apreciar, en el contexto legal y jurisprudencial expuesto no se colige competencia alguna para que este Organismo Contralor declare la ilegitimidad de los miembros directivos que actúen en contravención con la obligación de rendir cuenta de su gestión. En virtud de ello, **esta Dirección General debe sostener la improcedencia de que el titular de la Contraloría General de la República declare la ilegitimidad del Secretario General y del Secretario de Organización de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente, Núcleo Sucre (STUDONS).**

Finalmente, respecto a la declaratoria de inhabilitación del Secretario General y del Secretario de Organización de la mencionada organización sindical, resulta necesario mencionar que la inhabilitación que le está dada imponer al Contralor o Contralora General de la República, es producto de la potestad sancionatoria especial que le confiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶, que consagra lo siguiente:

Artículo 105. *La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa pre-*

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

*vista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. **Corresponderá al Contralor o Contralora General de la República** de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, **acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo** por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; **e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años**, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes (...).* (Destacado propio)

Conforme se desprende del dispositivo transcrito, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas constituye una de las sanciones de naturaleza disciplinaria (al igual que la suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo o destitución), de acuerdo con la gravedad del ilícito administrativo cometido, cuya imposición corresponde de manera exclusiva y excluyente al Contralor o Contralora General de la República, sin que medie ningún otro procedimiento distinto al de determinación de responsabilidades, toda vez que, dicha sanción constituye un acto consecuencia de la decisión que determina la responsabilidad administrativa, mediante un procedimiento legal previo, preparatorio y necesario para su aplicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. A través de este procedimiento, se comprueba el ilícito administrativo y se determina la responsabilidad, el cual cumple este Organismo Contralor o cualesquiera de los demás órganos de control fiscal, teniendo estos a su vez, la obligación legal de remitir la decisión y demás documentos a la Contraloría General de la República, a los fines de que su titular imponga la referida sanción.

De manera que, resulta forzoso concluir que escapa de las competencias legalmente atribuidas al Contralor o Contralora General de la

República, declarar la inhabilitación de los miembros directivos de la Organización Sindical de la Universidad de Oriente, Núcleo Sucre (STU-DONS), en razón de que la sanción accesoria que le está dada imponer a la aludida autoridad, supone ineludiblemente la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y se circunscribe al ejercicio de las funciones públicas, sin más limitaciones que las que establece el propio texto legal en comento en cuanto a la duración de la sanción.

Memorando 04-00-550 del 06 de septiembre del año 2011.

CONTRATACIONES PÚBLICAS

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Obligación de la Contraloría General de la República y de los órganos con autonomía funcional para solicitar la aprobación de la Comisión Central de Planificación, a los fines de publicar en prensa el aviso de llamado a Concurso Abierto a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Contrataciones Públicas.

La Contraloría General de la República y los órganos con autonomía funcional no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación por no formar parte de la Administración Pública en sentido estricto, y en consecuencia no están obligados a solicitar la aprobación de esta Comisión a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Memorando 04-00-156 del 11 de marzo del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si son aplicables a este Organismo Contralor y a los órganos con autonomía funcional, las disposiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación¹, en el sentido de requerir la aprobación de esta Comisión antes de proceder a la publicación en prensa del llamado a Concurso Abierto.

Aduce el Servicio Nacional de Contrataciones que este Organismo en el referido procedimiento omitió la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas², cuyo artículo 57 señala:

Artículo 57. *Los órganos o entes contratantes **deben publicar en su página web oficial**, el llamado a participar en concursos abiertos hasta un día antes de la recepción de sobres; igualmente **debe remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, el llamado a participar** en los concursos abiertos para que sean publicados en la página web de ese órgano durante el mismo lapso.*

*Igualmente los órganos o entes contratantes en **casos excepcionales, y previa aprobación de la máxima autoridad de la Comisión Central de Planificación, podrán publicar los llamados a concursos abiertos***

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.604 del 28 de enero del año 2011.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

en medios de comunicación de circulación nacional o regional, especialmente en la localidad donde se vaya a suministrar el bien o servicio, o ejecutar la obra. Adicionalmente podrán divulgar el llamado a través de otros medios de difusión. (Destacado propio)

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación³, este tiene como finalidad, garantizar la armonización y adecuación de las actividades y actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública, asociadas con el desarrollo nacional, bajo un esquema de administración soberana, independiente y sustentable de los recursos naturales. Señala que su propósito fue crear un órgano colegiado de planificación, de carácter permanente, integrado por miembros del alto gobierno que se constituyen en órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central y que tendrá como atribución fundamental la elaboración de lineamientos, políticas y planes, en correspondencia con el Plan Económico y Social de la Nación, las cuales adquirirán carácter obligatorio a partir de su aprobación por el Presidente de la República y de su publicación en la Gaceta Oficial, **debiendo ser acatados por quienes laboren en todos los órganos y entes de la Administración Pública.**

Como puede apreciarse, a través de esta Ley Orgánica se crea la **Comisión Central de Planificación**, como órgano permanente del gobierno nacional, para reforzar la función rectora y estratégica de este en materia de planificación y coordinación de la gestión pública, con la finalidad de colocar punto final a la existente “atomización” o “independencia” mal ejercida por los órganos y entes de la Administración Pública, pasando a una etapa superior de políticas articuladas y coherentes, acompañadas de medidas y acciones de seguimiento y evaluación en la transformación de la calidad de vida de la población y en la satisfacción de sus necesidades, sobre la base de la consolidación de la soberanía y la independencia nacional.

Esta Comisión tiene como misión fortalecer las figuras existentes de planificación y de control de tutela, sometiéndolas a los lineamientos estratégicos, políticas y planes aprobados en función de los intereses

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.841 Extraordinario del 22 de junio del año 2007.

de la Nación en el desarrollo del Plan Económico y Social, cuyo ámbito de aplicación de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, es de obligatorio cumplimiento por parte de todos los **órganos y entes de la Administración Pública**, y a su vez se observa en el artículo 4 *eiusdem*, que prevé las atribuciones de la Comisión Central de Planificación, que su cumplimiento es obligatorio para los Ministerios del Poder Popular, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados.

De la interpretación de las referidas normas se colige que los obligados a su cumplimiento son los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada funcionalmente.

Siendo ello así, es importante precisar que a tenor de lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁴, la expresión “**administración pública**” es entendida en su acepción más común como un aspecto de la actividad del conjunto de los órganos y entes subordinados al Poder Ejecutivo, el cual está integrado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, La Oficina Central de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado.

Así las cosas, no cabe duda de que la Contraloría General de la República y los órganos dotados de autonomía funcional no están incluidos dentro del ámbito de aplicación de dicha normativa, dirigida como se señaló anteriormente **a los órganos y entes de la Administración Pública**, pues no forman parte de la Administración Pública Nacional en sentido estricto, toda vez que **gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa sin subordinación a otro órgano del Poder Público en el ejercicio de sus funciones**, independencia y autonomía que se refleja al momento de ejercer sus funciones específicas en materia de control, e incluso en el manejo administrativo que no depende de otros órganos; lo que implica libertad de funcionamiento y de no adscripción respecto a las

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio del año 2008.

demás ramas del Poder Público, lo que implica autodeterminación en casi todas las esferas: contractual, financiera y administración de personal.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que la Contraloría General de la República y los órganos con autonomía funcional, no se encuentran comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley que crea la Comisión Central de Planificación, y por ende no están obligados a solicitar la autorización de la Comisión a que alude el artículo 57 de la Ley de Contrataciones Públicas, para proceder a publicar en la prensa el aviso de llamado a Concurso Abierto que tengan a bien efectuar.

Memorando 04-00-156 del 11 de marzo del año 2011.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Obligatoriedad de que las decisiones tomadas por la Comisión de Contrataciones de la C.A. Hidrológica de la Región Suroeste (HIDROSUROESTE), respecto a los procesos de selección de contratistas, sean con la presencia de la mayoría y con voto favorable de todos sus miembros.

La Comisión de Contrataciones debe realizar con el voto favorable de la mayoría, en cualquiera de las fases en que se encuentre el proceso de selección del contratista, las reuniones y las decisiones tomadas, con el fin de garantizar la validez de los procesos, observando y respetando los principios enunciados en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas, así como el artículo 12 de la referida Ley.

Memorando 04-00-332 del 31 de mayo del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, con la finalidad de establecer si en el Proceso de Selección de Contratistas bajo la modalidad de Concurso Abierto por acto separado, donde se realiza una charla inductiva y aclaratoria, mediante un Acto Público, se requiere la presencia de la mayoría de los miembros de la Comisión de Contrataciones Públicas, por cuanto la misma está representada por el área jurídica, técnica y económica-financiera; considerando, a su vez, que en esta charla se toman decisiones, las cuales constan en acta, y es menester saber si es necesario que las mismas sean tomadas por el voto favorable de la mayoría, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Contrataciones Públicas¹.

Como punto previo, es importante advertir que la Contraloría General de la República, por mandato del artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², en concordancia con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, que rige sus funciones, le corresponde ejercer el control, la vigilancia y 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° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

Así mismo, la 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.*

De lo antes expuesto, se considera que emitir un pronunciamiento categórico en torno al asunto planteado, implicaría un acto de coadministración, actividad que no le está permitida a los Órganos de Control Fiscal, en atención a las competencias que constitucional y legalmente tienen atribuidas. Sin embargo, de conformidad con el rol orientador que debe imperar en estos órganos y en aras de coadyuvar en el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, este Organismo Contralor y Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, considera necesario resaltar el principio de colaboración que debe existir entre los distintos órganos que conforman el Poder Público, en cualesquiera de los niveles políticos-territoriales que integran la estructura organizativa del Estado venezolano, de conformidad con el contenido del artículo 136 de la Carta Fundamental, y en forma enfática concluye que la opinión que emitan los Órganos de Control Fiscal, sobre los temas que son de competencia exclusiva de la Administración Activa, en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por el Estado venezolano, no tienen carácter vinculante, y sólo sirven de orientación, a los fines de que esta tome las acciones administrativas que estime pertinentes, con el más estricto apego a la legalidad, principio este que rige el actuar de la Administración Pública.

En este sentido, como punto previo, es importante señalar que el legislador en la Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y

Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁴, señaló entre otros aspectos de gran importancia, que el objeto de la Ley es preservar el patrimonio público, asegurar la transparencia de las actuaciones de la Administración Pública, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía, mediante la modernización de las modalidades de selección de contratistas. Asimismo, indicó que a diferencia del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones⁵, la Ley de Contrataciones Públicas, regula los tiempos de cada modalidad de selección, de manera que los resultados de los procedimientos se cumplan con mayor celeridad, evidenciando la posibilidad de contar con procesos dinámicos que ofrezcan resultados inmediatos y permitan responder a la comunidad para la satisfacción de intereses colectivos que deben atender los órganos y entes del Estado dentro de sus competencias.

Adicionalmente, como corolario de lo anterior, es preciso mencionar que el procedimiento aplicable en la materia de contrataciones está regulado en la Ley en comento que consagra:

Artículo 1. *La presente Ley, tiene por objeto 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 la presente Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía.*

Artículo 2. *Las disposiciones de la presente Ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.*

Igualmente es importante precisar, que la Ley de Contrataciones Públicas consagra lo relacionado con la validez de reuniones y decisiones de la Comisión de Contrataciones en el artículo 12 que señala:

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895 del 25 de marzo del año 2008. (reimpresa por fallas del original)

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

Artículo 12. *Las comisiones de contrataciones deben constituirse válidamente con la presencia de la mayoría de sus miembros y sus decisiones serán tomadas con el voto favorable de la mayoría. Todo lo relativo al régimen de inhabilidades y disentimiento se regulará en el Reglamento de la presente Ley.*

En este contexto, igualmente el artículo 16 en sus numerales del 1 al 20 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁶, desarrolla las atribuciones de la Comisión de Contrataciones, entre la que se precisa mencionar la siguiente:

6. Velar porque los procedimientos de contratación se realicen de conformidad con lo establecido en la legislación vigente que rige la materia, cuando ello fuere aplicable, y con la normativa interna de cada órgano o ente contratante.

Así las cosas, en torno a la consulta formulada, se observa que la Comisión de Contrataciones Públicas de esa empresa realizó una charla inductiva y aclaratoria, procedimiento que no está previsto en la Ley de Contrataciones Públicas, salvo el derecho de aclaratoria el cual deberá ser ejercido de conformidad con lo establecido en el artículo 47 *eiusdem* que consagra lo siguiente:

Artículo 47. *Cualquier participante tiene derecho a solicitar por escrito, aclaratorias del pliego de condiciones dentro del plazo en él establecido. Las solicitudes de aclaratoria deben ser respondidas por escrito a cada participante con un resumen de la aclaratoria formulada sin indicar su origen. Las respuestas a las aclaratorias deben ser recibidas por todos los participantes con al menos un día hábil de anticipación a la fecha fijada para que tenga lugar el acto de entrega de manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso. Las respuestas a las aclaratorias pasarán a formar parte integrante del pliego de condiciones y tendrán su mismo valor.*

Como se indicó anteriormente, la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento establecen un conjunto de disposiciones que regulan, entre otros aspectos, las modalidades de selección de contratistas, relativas

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

al pliego de condiciones y su contenido; los plazos de manifestación de voluntad; para las modificaciones; el derecho de aclaratoria y su plazo; la prórroga de las ofertas; la ampliación de lapsos en modalidades de contratación; la contratación conjunta; la disponibilidad presupuestaria para contratar; y la apertura de los sobres, razón por la cual la normativa aludida no deja lugar a dudas respecto a las atribuciones y obligaciones de los distintos actores que intervienen en el proceso, y en tal sentido deben observar y respetar los principios enunciados en el artículo 2 *eiusdem*, de conformidad con el artículo 12 de la referida Ley, la Comisión de Contrataciones para garantizar la validez de las reuniones y las decisiones, deben ser tomadas con el voto favorable de la mayoría, en cualesquiera de las fases en que se encuentre el proceso de selección del contratista.

Como bien puede observarse del contenido de las referidas disposiciones, se deja por sentado que el propósito y espíritu del legislador es privilegiar en todo momento el proceso de contrataciones, como mecanismo de escogencia de los contratistas, asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a la Ley, al establecer que las modalidades de selección de contratistas deben observar y respetar los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, para asegurar la selección de la mejor oferta y con ello el cumplimiento de los principios antes referidos, necesarios en un procedimiento competitivo de selección, con sujeción plena a la Ley, y al derecho de conformidad con el principio de legalidad administrativa consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁷.

Memorando 04-00-332 del 31 de mayo del año 2011.

⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio del año 2008.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Competencias de la Contraloría General de la República para aplicar las sanciones de multa previstas en la derogada Ley de Licitaciones, actualmente contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas, la Contraloría General de la República carece de competencia para aplicar la sanción de multa cuando la conducta de un determinado funcionario encuadre en alguno de los supuestos de hecho contenidos en el artículo 138 de Ley de Contrataciones Públicas, correspondiéndole tal competencia al Servicio Nacional de Contrataciones, quien deberá observar a tal efecto, el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, que el hecho de que dicho Servicio Nacional de Contratista pueda imponer, con fundamento en el artículo 54 del Reglamento del aludido texto legal, una sanción de inhabilitación a los particulares no se traduce en una dualidad de sanciones, pues ambas medidas son impuestas por autoridades distintas y poseen fundamentación jurídica diferente, además persiguen distintos propósitos.

Memorando 04-00-588 del 23 de septiembre del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con las competencias de esta Contraloría General de la República en la aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Contrataciones Públicas¹ y las que establecían el derogado Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones².

Con base en la remisión efectuada por el Servicio Nacional de Contrataciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 numeral 14 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones³ de 410 expedientes, correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009, instruidos a los Alcaldes y Presidentes de los Concejos Municipales del país por presunto incumplimiento de los artículos 23 y 24 de la citada Ley⁴, que prevén la obligación de remitir al precitado Servicio la información vinculada con la programación de obras, servicios y adquisición de bienes a contratar para el próximo ejercicio fiscal, así como el sumario de contrataciones que deben informar trimestralmente.

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre 2010.

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

3 Competencia actualmente prevista, con ciertas modificaciones, en el artículo 22 de la Ley Contrataciones Públicas.

4 Actualmente corresponden a los numerales 1 y 2 del artículo 23 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Luego de hacer un esbozo de las normas sancionatorias contenidas en el derogado Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones y en la vigente Ley de Contrataciones Públicas, así como de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, respecto al procedimiento único previsto en los artículos 95 al 111 y a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas establecida en el artículo 105 *eiusdem*, se concluye en i) una presunta existencia de dualidad en sanciones; ii) la indeterminación del procedimiento aplicable en la Ley de Contrataciones Públicas y iii) la presunta atribución simultánea de competencia para la imposición de la sanción de inhabilitación.

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

El Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, vigente hasta 14 de marzo del año 2008, en los artículos 19 numeral 14; 23; 24 y 114, expresamente, establecía:

Artículo 19. El Servicio Nacional de Contrataciones debe ejercer la autoridad técnica en las materias reguladas por el presente Decreto Ley. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones:

(omissis)

14. Elaborar los expedientes que contengan irregularidades a efectos de ser remitidos a la Contraloría General de la República a los fines de que aplique las sanciones, previstas en el presente Decreto Ley.

Artículo 23. Los entes sujetos al presente Decreto Ley, están en la obligación de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, en el mes de octubre antes del cierre de cada ejercicio fiscal, la programación de obras, servicios y adquisiciones de bienes a contratar para el próximo ejercicio fiscal; Salvo aquellas contrataciones que por razones de seguridad de estado estén calificadas como tales.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

Artículo 24. Los entes sujetos al presente Decreto Ley, deben remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, dentro de los primeros quince (15) días continuos siguientes al vencimiento de cada trimestre, un sumario de contrataciones realizadas en dicho plazo, por cada procedimiento previsto en el presente Decreto Ley, que contendrá la identificación de cada procedimiento, su tipo, su objeto, el nombre de las empresas participantes, de la adjudicataria y el monto del contrato.

Artículo. 114. Independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa, serán sancionados con multa de cien unidades tributarias (100 U.T.) a mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a los funcionarios de los entes sujetos a la presente Ley y su Reglamento que:

(omissis)

4. Omitan suministrar dentro de los plazos establecidos en el presente Decreto Ley, al Servicio Nacional de Contrataciones la información a que estén obligados de conformidad con el presente Decreto Ley y su Reglamento. (Destacado y subrayado propio)

Por su parte, la actual Ley de Contrataciones Públicas, en sus artículos 22, 23, 138 y 139, dispone:

Artículo 22. El Servicio Nacional de Contrataciones debe ejercer la autoridad técnica en las materias reguladas por la presente Ley, tendrá las siguientes competencias:

(omissis)

16. Denunciar ante la Contraloría General de la República, las posibles irregularidades que se detecten y remitir el expediente administrativo respectivo, a los fines de determinar y aplicar las sanciones administrativas correspondientes.

Artículo 23. Los órganos o entes sujetos a la presente Ley, están en la obligación de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones:

1. Dentro de los quince días continuos, siguientes a la aprobación del presupuesto, la programación de

obras, servicios y adquisición de bienes a contratar para el próximo ejercicio fiscal, salvo aquellas contrataciones que por razones de seguridad de Estado estén calificadas como tales, o que hayan sobrevenido y que por su naturaleza no puedan ser planificadas.

En caso de que esta programación sufra modificaciones, deberán ser notificadas al Servicio Nacional de Contrataciones dentro de los quince días siguientes, contados a partir de la aprobación de la modificación.

2. Dentro de los primeros quince días continuos siguientes al vencimiento de cada trimestre, un sumario de contrataciones realizadas en dicho plazo, por cada procedimiento previsto en la presente Ley, que contendrá la identificación de cada procedimiento, su tipo, su objeto, el nombre de las empresas participantes, de la adjudicataria y el monto del contrato.

Artículo 138. Independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa, serán sancionados o sancionadas con multa de cien unidades tributarias (100 UT.) a quinientas unidades tributarias (500 UT.), a los funcionarios o funcionarias de los órganos y entes contratantes sujetos a la presente Ley que:

1. Cuando procedan a seleccionar por la modalidad de contratación directa o consulta de precios en violación de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento.
2. Acuerden o nieguen de manera injustificada la inscripción y actualización en el Registro Nacional de Contratistas, o incumplan los plazos establecidos para ellos.
3. Nieguen injustificadamente a los participantes, el acceso al expediente de contratación o parte de su contenido.
4. **Incumplan el deber de suministrar al Servicio Nacional de Contrataciones, la información requerida de conformidad con la presente Ley y su Reglamento.**
5. Cuando la máxima autoridad administrativa del órgano o ente contratante se abstenga injustificadamente

a declarar la nulidad del acto o del contrato, según lo previsto en la presente Ley.

Artículo 139. 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 (...). (Destacado y subrayado propio)

De igual forma, cabe citar el dispositivo contenido en el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁶ el cual establece:

Artículo 54. Además de las competencias establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas, el Servicio Nacional de Contrataciones tendrá las siguientes atribuciones: (omissis)

4. Declarar la inhabilitación de aquellas personas naturales, una vez que la Contraloría General de la República determine la responsabilidad administrativa correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas. (Destacado y subrayado propio)

Del examen concatenado de las precitadas normas, surge incuestionable que con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto con

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo del año 2009.

Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁷, operó en el ordenamiento jurídico nacional un cambio radical en el régimen competencial existente para la aplicación de las sanciones de multa por hechos derivados del incumplimiento de los deberes formales, por parte de funcionarios públicos ante el Servicio Nacional de Contrataciones.

En efecto, del contexto normativo *supra* transcrito se desprende con diáfana claridad, que tanto el derogado Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones como la actual Ley de Contrataciones Públicas, a través de sus respectivos articulados, sancionan con multa el incumplimiento de las obligaciones de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, las informaciones requeridas en dichos textos legales, lo que evidencia la vigencia en el tiempo del propósito y la razón del legislador en ese aspecto y no respecto al régimen de competencias, pues mientras que en el primero de los instrumentos legales citados, la competencia para imponer las aludidas sanciones estaba expresamente atribuida a la Contraloría General de la República, correspondiéndole al aludido Servicio solo la facultad de sustanciar los procedimientos administrativos a ser remitidos al Organismo Contralor (art. 19.14); en el segundo, se limita la competencia de la Contraloría General de la República para conocer acerca de las denuncias formuladas por el Servicio Nacional de Contrataciones, así como para determinar y aplicar las sanciones administrativas correspondientes (art. 21.16), las cuales no son otras que las establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; en consecuencia desconocer los planteamientos precedentes, sería tanto como negar a la Contraloría General de la República su carácter de órgano de creación constitucional dotado de autonomía, que como tal se rige por una ley especial que desarrolla su competencia y modo de actuar.

En este orden de ideas, es importante destacar que para el momento en que este Organismo Contralor emitió el Oficio N° 01-00-000-762 de fecha 28 de septiembre del año 2006, a través del cual devolvió los expedientes administrativos remitidos por el Servicio Nacional de Contrataciones, a los efectos de que fuesen debidamente sustanciados por el aludido Servicio, a los fines de imponer la sanción de multa correspondiente, estaba en vigencia el Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones que conforme se ha señalado, atribuía a este Órgano de

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895 del 25 de marzo del año 2008.

Control la competencia para aplicar las sanciones de multa previstas en dicho instrumento normativo, situación que cambió a partir de la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, reforma que transfiere dicha competencia al Servicio Nacional de Contratistas.

Queda claro entonces, que en la actualidad la competencia para aplicar sanciones por los supuestos previstos en el artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas, se encuentra expresamente atribuida al Servicio Nacional de Contrataciones, a quien le corresponde imponer las sanciones de multa por el incumplimiento por parte de los Alcaldes y Presidentes de los concejos municipales del país, de los deberes formales contenidos en los artículos 23 y 24 del derogado Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, actualmente previstos en términos idénticos en el artículo 23 de la citada Ley de Contrataciones Públicas. Por tanto, es jurídicamente improcedente que esta Institución Contralora aplique las sanciones en cuestión, por lo que se recomienda devolver, a la brevedad, los expedientes al Servicio Nacional de Contrataciones a los efectos de que en ejercicio de la competencia que tiene atribuida proceda a resolver sobre la imposición o no de las sanciones de multa.

En lo que respecta al segundo aspecto, referido al procedimiento que debe observar el Servicio Nacional de Contrataciones para aplicar las sanciones de multa, esta Dirección General estima pertinente señalar que ante la ausencia de un procedimiento administrativo especial previsto en la Ley de Contrataciones Públicas, debe seguirse el procedimiento ordinario desarrollado en el Título III, Sección Segunda de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁸; ello en primer lugar, en aplicación del artículo 1° de la citada Ley, que ordena a la Administración Pública Nacional a ajustar su actividad a las prescripciones en ella contenidas; y en segundo lugar, en virtud de las remisiones expresas que a dicho instrumento hace la Ley de Contrataciones Públicas.

Finalmente, en lo que respecta a la supuesta dualidad de sanciones de inhabilitación, resulta significativo destacar que ciertamente tanto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como en el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, se contemplan

8 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio del año 1981.

la inhabilitación, lo que *prima facie*, podría crear la errada conclusión de que se está incurriendo en una dualidad de sanciones.

Al efecto importa precisar, que el principio constitucional del *non bis in ídem*, que comporta la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho es de arraigo penal, y transpolar esta figura tanto en su ámbito sustancial como procesal al derecho administrativo sancionador, ha ocasionado disfuncionalidades que apenas la doctrina y la jurisprudencia comienzan a advertir, pues los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado en la aludida rama del Derecho ha sufrido adaptaciones que han modificado los escenarios que se perfilaron totalmente esclarecidos en el Derecho Penal.

El *non bis in ídem* constituye un postulado constitucional del cual deriva la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por los mismos hechos y que se manifiesta también en el derecho administrativo sancionador como límite de que el administrado sea sancionado dos veces por una misma conducta antijurídica. En consecuencia, para que se verifique el principio enunciado debe existir identidad de sujetos, de hechos y de fundamento jurídico. Así, la aplicación del principio en comento, en la esfera estrictamente administrativa opera de distinta manera, al no contraponérsele de cara al derecho penal y se admite excepciones respecto a dicho principio.

Sobre este particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 1260/2002⁹, sostuvo que:

*(...) si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el ius puniendi del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, **tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración.***
(Destacado propio)

Lo afirmado no puede conducir al desconocimiento del principio del *non bis in ídem*, por el contrario, implica el reconocimiento de su núcleo central y que determina que dentro del ámbito administrativo no

9 Fechada el día 11 de junio del año 2002 y recaída en el expediente N° 00-1406.

es posible imponer dos o más sanciones de la misma naturaleza, sean del mismo o distinto orden jurídico, así como tampoco es posible observar dos o más procedimientos administrativos por los mismos hechos.

En este contexto, es pertinente señalar que las sanciones que pudiera aplicar la Contraloría General de la República como consecuencia de las denuncias y remisión de los respectivos expedientes que realice el Servicio Nacional de Contrataciones de conformidad con lo establecido en el artículo 22.16 de la Ley de Contrataciones Públicas, son aquellas derivadas de la aplicación del procedimiento único previsto en los artículos 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y desarrollados en su respectivo Reglamento¹⁰, una vez que se haya verificado la ocurrencia de actos, hechos u omisiones que conlleven a la declaratoria de responsabilidad administrativa, pero única y exclusivamente por los supuestos generadores de responsabilidades tipificados en el artículo 91 de la citada Ley.

La declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la imposición de multa por el órgano de control fiscal que la declara; la suspensión del ejercicio del cargo, sin goce de sueldo, por un periodo no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del funcionario declarado responsable; así como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta de manera exclusiva y excluyente por el Contralor o Contralora General de la República, sin necesidad de cumplir para ello otro procedimiento distinto al de determinación de responsabilidades.

En este contexto, importa hacer notar que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas a que alude el aludido artículo 105 -punto ya tratado en la consulta- difiere de la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, pues a pesar de que ambas se aplican como consecuencia de una previa declaratoria de responsabilidad administrativa¹¹, poseen distinta fundamentación jurídica, y en virtud de ello,

¹⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

¹¹ Aun cuando el artículo reglamentario en comento sólo alude a la responsabilidad administrativa declarada a los particulares por la Contraloría General de la República, debe entenderse que se extiende igualmente a las declaradas por los demás órganos de control fiscal.

la primera, solo **puede ser impuesta por el Contralor General de la República, y conlleva a la imposibilidad, para el declarado responsable, de ejercer funciones públicas** durante el período impuesto, que en ningún caso podrá ser mayor a quince (15) años, en tanto que la segunda, **la impone el Servicio Nacional de Contrataciones única y exclusivamente a los particulares** y su propósito es evitar que estos integren o formen sociedades de cualquier naturaleza que puedan contratar con los órganos y entes de la Administración Pública.

En razón de los particulares que anteceden, se puede afirmar que al aplicar las sanciones contenidas en la normativa analizada no se configura la dualidad de sanciones por parte de esta Institución Contralora y el Servicio Nacional de Contrataciones, toda vez que las sanciones están previstas en instrumentos jurídicos diferentes y atienden a finalidades igualmente diversas, aunado a que la normativa contenida en la Ley de Contrataciones Públicas y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal **prevén expresamente el principio de independencia de sanciones que supone la concurrencia de estas multas con otras sanciones que sean aplicables.**

Por los argumentos precedentemente expuestos, esta Dirección General concluye, que a partir de la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, la Contraloría General de la República carece de competencia para **aplicar** la sanción de multa cuando la conducta de un determinado funcionario encuadre en alguno de los supuestos de hecho contenidos en el artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas, correspondiéndole tal competencia al Servicio Nacional de Contrataciones, quien deberá observar a tal efecto el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, que el hecho de que el Servicio Nacional de Contratista pueda imponer, con fundamento en el artículo 54 del Reglamento del aludido texto legal, una sanción de inhabilitación a los particulares no se traduce en una dualidad de sanciones, pues ambas medidas son impuestas por autoridades distintas y poseen fundamentación jurídica diferente, además que, persiguen distintos propósitos.

Memorando 04-00-588 del 23 de septiembre del año 2011.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Aplicabilidad de las modalidades de selección de contratistas y exigencia de las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas a las empresas del Estado.

Las empresas del Estado no están exceptuadas de la aplicación de las modalidades de contratación previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, en cuyo caso deben participar en igualdad de condiciones con las demás participantes. Sin embargo, no deben exigirse la presentación de las garantías, toda vez que gozan de las prerrogativas que como órganos o entes del Poder Público establece la Ley y el Reglamento de la mencionada Ley.

Memorando 04-00-236 del 18 de abril del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el régimen aplicable a las empresas del Estado proveedoras de bienes y servicios, respecto a si están exceptuadas de las modalidades de selección de contratistas, así como de la constitución de las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas y la posibilidad de adjudicar por contratación directa.

Las empresas del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹ son definidas como “... *personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo con las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social*”.

Ahora bien, una vez definidas conceptualmente a las empresas del Estado, es importante señalar que estas se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas², cuando en su artículo 3 dispone que las mismas se encuentran sometidas al cumplimiento de sus regulaciones en los términos siguientes:

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

Ámbito de Aplicación

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.*** (Destacado propio)

De la norma transcrita se interpreta que, en principio, las referidas empresas se encuentran sometidas al cumplimiento de las regulaciones previstas en la citada Ley, y se dice en principio, toda vez que es preciso indicar que la Ley establece un régimen de exclusiones en las que se encuentran involucradas las empresas del Estado, cuando prevé en su artículo 5 lo siguiente:

Exclusión de las Modalidades de Selección

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.

El Presidente o Presidenta 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 propio)

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas³ consagra en su Disposición Transitoria Primera lo siguiente:

Disposiciones Transitorias Primera

Los órganos o entes contratantes podrán elaborar procedimientos internos que permitan la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras señalados 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 las 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 propio)

Como puede observarse, de las disposiciones transcritas se infiere que cuando un órgano o ente contratante decide contratar con un órgano o ente de la Administración Pública, como sería el caso de una empresa del Estado, para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, estos quedan exceptuados **solo** del cumplimiento de las modalidades de selección de contratista (concurso abierto, cerrado, consulta de precios y contratación directa), por tanto están obligados al cumplimiento del resto de las disposiciones de la Ley y el Reglamento, respetándoseles además, las prerrogativas que le son aplicables. Asimismo, los órganos o entes contratantes elaboraran los procedimientos internos que permitan concretar las contrataciones, con la debida observancia y con apego a los principios a que alude el artículo 2 *eiusdem*⁴, a saber: economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad.

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

⁴ Artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas, en concordancia con el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

Ahora bien, no obstante la exclusión prevista en el numeral 7 del artículo 5 de la Ley en comento, la Administración no está obligada a actuar siempre por esta vía, sino por el contrario, el órgano o ente contratante tiene la potestad de elegir, y de considerarlo necesario, optar por la modalidad de contratación que de acuerdo con los requerimientos proceda.

De esta manera, la Comisión de Contrataciones cuando dio inicio al procedimiento bajo la modalidad de concurso cerrado, a los fines de garantizar que el suministro sea realizado por el candidato más idóneo, con base en los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, que rigen en materia de contrataciones públicas, procedió a invitar a varias empresas entre las que se encuentra participando una empresa del Estado, quien manifiesta no estar obligada al cumplimiento de las modalidades de contratación y que lo procedente es la adjudicación directa.

Sobre el particular es preciso destacar, tal como se señaló *supra*, que dicha exclusión procede **solo** cuando el órgano o ente contratante decide encomendar al órgano o ente del Estado la contratación que a bien tiene que efectuar, situación que no fue la decidida por el contratante, toda vez que optó por llamar a concurso cerrado, en cuyo caso, la referida empresa está en la obligación de participar en igualdad de condiciones con los demás participantes.

Por otra parte, respecto a la exigibilidad de garantías cuando el oferente es una empresa del Estado, la Ley en comento consagra como principio general que en toda contratación celebrada por el Estado deben exigirse las garantías necesarias como son: **la caución de mantenimiento de la oferta, fianza de anticipo, la de fiel cumplimiento, la laboral**, a los fines de salvaguardar y proteger el patrimonio público frente a los eventuales incumplimientos de los contratos celebrados.

Sin embargo, este principio admite sus excepciones, las cuales se derivan de lo dispuesto en los artículos 102, 127 y 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, toda vez que estas disposiciones eximen del cumplimiento de las garantías cuando se trata de contrataciones celebradas entre órganos y entes del Sector Público; no obstante, en estos casos debe considerarse lo previsto en el aparte único del artículo 3 del Reglamento referido al establecimiento de los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir

el órgano o ente contratista, pues una de las finalidades de la Ley es preservar el patrimonio público, todo ello en concordancia con lo establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, que establece la obligación al organismo de control interno del órgano o ente contratante de verificar que exista disponibilidad presupuestaria, que el gasto esté debidamente imputado, que los precios sean justos y razonables, entre otros aspectos, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen compromisos financieros.

Los razonamientos que anteceden permiten concluir, en este caso específico, que la empresa del Estado participante en la modalidad de concurso cerrado no está exceptuada de la aplicación de las modalidades de contratación previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, en este caso debe participar en igualdad de condiciones con las demás participantes. Sin embargo, no deben exigirse la presentación de las garantías, toda vez que gozan de las prerrogativas que como órganos o entes del poder Público establece la Ley y el Reglamento.

Memorando 04-00-236 del 18 de abril del año 2012.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Competencia del Servicio Nacional de Contrataciones para aplicar las sanciones previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, ante la presentación de solvencias laborales presuntamente falsas, en el marco del procedimiento para la selección de contratistas.

Corresponde al Servicio Nacional de Contrataciones la imposición de la sanción, sin embargo, para ello es necesario que el órgano o ente contratante, a través de la Comisión de Contrataciones, instruya el respectivo procedimiento administrativo con la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa del participante, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, una vez concluida la sustanciación del expediente, lo deberá remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, ello sin menoscabo de las funciones de esta 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.

Memorando 04-00-313 del 24 de mayo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto al presunto ilícito administrativo ocurrido durante un proceso de selección de contratistas celebrado por este Organismo Contralor, en el cual una de las empresas participantes introdujo en el mencionado proceso una solvencia laboral presuntamente falsa, situación que fue informada al Servicio Nacional de Contrataciones.

Esta Dirección General considera que el órgano o ente contratante ante la presunción de falsedad de un documento recibido, debe proceder de conformidad con el artículo 36 de la Ley de Contrataciones Públicas¹, que dispone lo siguiente:

Suficiencia de la Acreditación

Artículo 36. *En las modalidades de contratación regidas por la presente Ley, el órgano o ente contratante para efectuar la calificación legal y financiera, no podrá solicitar a los participantes la presentación de documentación o información suministrada, cuando formalizó su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas. **No obstante, el órgano o ente contratante podrá verificar la validez de la información y de resultar falsa se procederá***

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

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. (Destacado propio)

Por su parte el artículo 139 *eiusdem*, señala lo siguiente:

Sanciones a los particulares

Artículo 139. 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.

(Omissis)

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 en cualesquiera otros procedimientos previstos en la presente Ley. (Destacado y subrayado propio)

Como puede observarse, la imposición de la sanción corresponde al Servicio Nacional de Contrataciones, sin embargo, para ello es necesario que el órgano o ente contratante, a través de la Comisión de Contrataciones, debe previamente instruir el respectivo procedimiento administrativo con la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa del participante, conforme a lo previsto en el artículo 49

de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², una vez concluida la sustanciación del expediente, deberá remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones para que imponga la sanción de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 139, ello sin menoscabo de las funciones de esta Contraloría General de la República y del Órgano de Control Fiscal que corresponda, en el ámbito de sus competencias para determinar la responsabilidad administrativa, de ser el caso.

En ese sentido, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, se ratifica la opinión de esta Dirección General contenida en el memorándum N° 04-00-411 de fecha 17 de septiembre del año 2010, en un caso similar.

Memorando 04-00-313 del 24 de mayo del año 2012.

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

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Posibilidad de que el órgano de adscripción autorice a un ente adscrito, a que realice la contratación de obras y servicios bajo la modalidad de adjudicación directa.

El Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario no debería autorizar a la Presidenta del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias para que proceda a la contratación de las obras y servicios bajo la modalidad de adjudicación directa, toda vez que la referida decisión corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente contratante, en cuyo caso, la Junta Administradora, esto de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Contrataciones Públicas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Reglamento Interno del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias.

Memorando 04-00-331 del 29 de mayo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la aprobación por parte de la Ministra del Poder Popular para el Servicio Penitenciario del Punto de Cuenta N° 22-A de fecha 30 de agosto de 2011, a través del cual aprueba la solicitud de autorización formulada por la Presidenta del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias (FONEP), en el cual le permite mediante la contratación directa proceder a la adquisición de bienes y prestación de servicios, en aquellos casos que por su cuantía superen las 2.500 unidades tributarias, al igual que la ejecución de obras que superen las 10.500 unidades tributarias, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de Contrataciones Públicas¹ y el artículo 115 de su Reglamento².

Esta aprobación, según el contenido del mencionado Punto de Cuenta, se fundamentó en las razones siguientes: i) Por Decreto Presidencial N° 8.266 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°39.721 del 26 de julio del año 2011, en el que se ordena la adscripción del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias (FONEP) al Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, y se establece efectuar los trámites necesarios a los fines de adecuar los instrumentos legales a la nueva adscripción y el

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

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

régimen de transferencia de competencias, circunstancias que afectan al Fondo; ii) las instalaciones de reclusión de adultos, de adolescentes y las sedes administrativas requieren atención emergente y constante, por ello deben tomarse medidas inmediatas referidas a la contratación de obras y servicios, que permitan darle continuidad a los procesos productivos inherentes a las competencias propias de ese órgano; iii) el actual estatuto del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias (FONEP) está constituido en instrumento de imposible aplicación por decaimiento legal, generando la imposibilidad del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la contratación de las obras y servicios.

Como punto previo, es importante señalar que al momento de emitir la opinión se indique que las tareas asignadas a este Máximo Órgano de Control Fiscal, tanto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 287)³, como por la Ley que rige sus funciones (artículo 2) consiste en ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. En ese sentido, sus actuaciones se orientan a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control. Esta actividad se ejerce en forma posterior, es decir, se realiza una vez se hayan ejecutado las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de control, de allí que no le esté dado actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fuera parte de ella, ni interfiriendo en la órbita de competencias propiamente administrativas, asumiendo una responsabilidad coadministradora, sino, precisamente, la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, lo que a su vez supone, también, la del órgano o ente sujeto a control, por ello no debe participar en las labores que estos cumplen para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control fiscal.

Ello es así, debido a que su función empieza, justamente, cuando la Administración culmina la suya, sin embargo, apegados al principio de colaboración consagrado en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se procede a emitir opinión, sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

El Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario fue creado mediante Decreto N° 8.266 de fecha 14 de junio del año 2011, y de conformidad con su artículo 3, se estableció la adscripción, entre otros, del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias. Al respecto, es preciso destacar que la Ley de creación del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias⁴ prevé en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1. *Se crea un Fondo, con **personalidad jurídica y patrimonio propio, autónomo e independiente del Fisco Nacional**, que se denominará Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias.*

El Fondo estará adscrito al Ministerio de Justicia y se regirá por las disposiciones de esta Ley y su Reglamento.
(Destacado propio)

De allí que este Fondo, por su forma de creación y características específicas, es un Instituto Autónomo integrado a la Administración Pública Nacional Descentralizada, y así lo ha sentado la jurisprudencia patria en Sentencia N° 06013 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26 de octubre del año 2005⁵.

En este sentido, de acuerdo con su Ley de creación, el Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias estaba adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, y por disposición del artículo 3 del Decreto *supra* señalado, pasó a formar parte de los entes adscritos al recién creado Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, y a su vez, el artículo 4 *eiusdem* prevé que se realicen los trámites necesarios, a los fines de que este Fondo adecúe su normativa en la adscripción al nuevo Ministerio; circunstancia, que a juicio de esta Dirección General, no limita o impide que el referido Fondo continúe ejerciendo sus funciones sin ningún tipo de impedimento.

Ahora bien, en virtud de esta adscripción, le corresponde al Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, ejercer el control de adscripción o de tutela sobre sus entes adscritos, el cual implica la definición de las políticas a desarrollar, impartir directrices sobre la coordinación, supervisión y control a los fines de evaluar en forma

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.737 del 21 de junio del año 1995.

5 Ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa. Caso: Reforman Vs. Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias.

continúa el desempeño de la gestión del ente adscrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 y siguientes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁶; control que no involucra la facultad para impartir instrucciones directas de obligatorio cumplimiento en el actuar, por parte del ente tutelado.

Así lo ha expresado la jurisprudencia mediante sentencia N° 1.685 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de agosto del año 2004, cuando señala:

*(...) es desde el sentido que informa a la norma contenida en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que se deben interpretar **las competencias que el artículo 117 del mismo texto legal atribuye a los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, entre ellas que se encuentran: [...] 2) ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control -de tutela-;** (...)*

*En criterio de esta Sala, ninguna de las atribuciones que la norma comentada confiere a los órganos de adscripción de la Administración Central respecto de los entes descentralizados funcionalmente adscritos permite considerar que el control de adscripción -denominado por la legislación anterior control de tutela- es equivalente al control de jerarquía, dado que el primero supone una relación entre establecimientos públicos que integran la organización administrativa de personas jurídicas diferentes (carácter intersubjetivo), **en virtud de lo cual el órgano de adscripción no está habilitado para impartir instrucciones directas al ente adscrito a fin de que éste realice actuaciones específicas vinculadas, verbigracia, con la prestación del servicio público que tiene encomendado, o con la administración de los recursos que les son asignados por las leyes de presupuesto de cara***

⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio del año 2008.

a la consecución de los fines a los que atiende su actividad, o con la designación, remoción, dirección y supervisión del personal subalterno que labora en el respectivo ente descentralizado funcionalmente, sino únicamente para ejercer un control de tutela, a través de las formas que contemplan los artículos 118 al 128 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, respecto de la actuación del respectivo ente, con el propósito de que no contradiga o se aparte de las políticas económicas, sociales, culturales, etc, adoptadas por el gobierno nacional, estatal, metropolitano o municipal, según el caso; en cambio, el control de jerarquía implica la subordinación de un órgano inferior respecto de un órgano superior, y por ello sólo tiene lugar en las relaciones que se producen en el interior de una misma estructura u organización administrativa (carácter intraorgánico) integrada (...). (Destacado propio)

De acuerdo con lo expresado, el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario como órgano de adscripción, solo puede ejercer sobre el Fondo el control de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 117 al 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con las demás atribuciones que expresamente señalen la Ley de creación del Fondo, su Reglamento Interno⁷ y los Estatutos; correspondiendo al Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias ejercer de manera autónoma las competencias que legalmente tiene atribuidas, sin que estribe como obstáculo el mandato contenido en el artículo 4 del *supra* citado Decreto, que ordena realizar los trámites necesarios para que los instrumentos jurídicos del ente adscrito se adecúen a la nueva adscripción, situación que no implica el decaimiento legal de los referidos instrumentos, pues conservan su aplicabilidad y por ende la plena facultad para que el Fondo cumpla de manera adecuada con las funciones para el cual fue creado, en resguardo de la continuidad de la actividad administrativa tanto del Ministerio creado, como de sus entes tutelados.

En atención a lo indicado, no debería el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, en ejercicio de este control, autorizar a la

⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.941 del 19 de mayo del año 2004.

Presidenta del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias para que proceda a la contratación de las obras y servicios bajo la modalidad de adjudicación directa, toda vez que la referida decisión corresponde a la **máxima autoridad del órgano o ente contratante** de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Contrataciones Públicas, que dispone:

*Se podrá proceder excepcionalmente a la contratación directa, independientemente del monto de la contratación, **siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:***

(Omissis). (Destacado propio)

En este sentido, es importante mencionar lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁸, el cual precisa a quien debe considerarse como máxima autoridad, al señalar:

*(...) se considerará máxima autoridad jerárquica **a quien corresponda la dirección y administración del órgano o entidad**, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable.*

*En caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta directiva, **junta administradora**, consejo directivo u órgano similar, **serán éstos los que se considerarán máxima autoridad jerárquica.*** (Destacado propio)

Conforme a la norma transcrita y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Reglamento Interno del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias, la competencia para autorizar las contrataciones la tiene la Junta Administradora como máxima autoridad y a quien le corresponde en cumplimiento de los numerales 5, 8 y 9 del artículo 15 del citado Reglamento, aprobar la programación de obras, servicios y adquisiciones de bienes a contratar en el ejercicio fiscal, así como autorizar los contratos que suscriba el Fondo por un monto superior a once mil quinientas unidades tributarias (11.500 U.T.), toda vez que aquellas que estén por debajo de este monto le corresponde al Presidente o Pre-

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

sidenta del Fondo como máxima autoridad ejecutiva por disposición del numeral 8 del artículo 27 del precitado Reglamento Interno.

Por último, se estima importante señalar que el Fondo, a los fines de proceder por la vía de la adjudicación directa, debe cumplir a cabalidad los extremos previstos para esta modalidad en la Ley de Contrataciones Pública y su Reglamento.

Memorando 04-00-331 del 29 de mayo del año 2012.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: Posibilidad de que los órganos o entes contratantes administren los aportes en dinero efectivo entregado por los contratistas, en cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social.

El Compromiso de Responsabilidad Social aplica en los contratos que el órgano o ente contratante suscriba con ocasión de los procedimientos iniciados mediante la modalidad de concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y excepcionalmente contratación directa, de allí que es posible que los aportes entregados en dinero efectivo por los contratistas, en cumplimiento de este, puedan ser administrados por intermediación del órgano o ente contratante a los fines de no hacer nugatorio el contenido de la Ley en cuanto al propósito de esta obligación.

Oficio N° 01-00-647 del 02 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la diferencia entre el contenido del artículo 6 numeral 19 de la Ley de Contrataciones Públicas¹ y el artículo 41 de su Reglamento², al consagrar el primero que el aporte de responsabilidad social puede ser en dinero o en especie, mientras la norma Reglamentaria estipula que solo podría ser en especies. Así como, en lo relativo a la correcta ejecución del Compromiso de Responsabilidad Social, específicamente en cuanto a la posibilidad de que los órganos o entes contratantes administren los recursos en dinero efectivo aportados por los contratistas en cumplimiento de esta obligación y, de ser viable orientar sobre su instrumentación.

Dentro del marco del Sistema Socioeconómico establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, se prevé que el **Estado conjuntamente con la iniciativa privada**, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional, con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, que garantice la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática participativa y de consulta abierta, de conformidad con lo previsto en el artículo 299 Constitucional.

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre del año 2010.

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

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

Esta previsión, conjuntamente con el artículo 135 *eiusdem*, constituyen las normas marco en materia de Responsabilidad Social en Venezuela, a los fines de incorporar al sector privado de manera **co-responsable** en la consecución de uno de sus fines esenciales, como es el bienestar del pueblo, de manera que no se trate únicamente de obtener beneficios o utilidades, a través del ejercicio de la **actividad económica desarrollada por el sector privado**, sino que se realicen aportes a la población para contribuir al 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.**

Partiendo de estos dispositivos Constitucionales, se observa en el marco de las contrataciones públicas con el Estado venezolano, que de conformidad con lo previsto en el numeral 19 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, se define al **Compromiso de Responsabilidad Social**, como:

*(...) todos aquellos acuerdos que los **oferentes** establecen en su **oferta**, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con:*

- a. La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario;*
- b. La creación de nuevos empleos permanentes;*
- c. Formación socio productiva de integrantes de la comunidad;*
- d. Venta de bienes a precios solidarios o al costo;*
- e. Aportes en dinero o especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro; y*
- f. Cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante.*
(Destacado propio)

Estos acuerdos se generan y ejecutan en el ejercicio de la actividad que realizan los entes y órganos del Sector Público para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con el propósi-

to de cumplir la misión para la cual han sido creados. En ejercicio de esta actividad, el Compromiso de Responsabilidad Social aplica en los contratos que el órgano o ente contratante suscriba con ocasión de los procedimientos iniciados mediante la modalidad de concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y excepcionalmente contratación directa.

De allí que, el mencionado Compromiso de Responsabilidad Social constituye una obligación dentro de las contrataciones del Estado, el cual es fijado por el órgano o ente contratante en el pliego de condiciones o en las condiciones de contratación⁴, y asumido por los participantes u oferentes, personas naturales o jurídicas, en sus ofertas y en caso de no indicarlo es causal de rechazo⁵ y será cumplido por el beneficiario a quien se le adjudique total o parcialmente el contrato respectivo.

No obstante, es importante señalar que el mencionado compromiso no aplica para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratados directamente a órganos o entes del Estado, consejos comunales u otras organizaciones de base comunitaria; o cuando la selección del contratista es encomendada a éstos⁶; así como tampoco en la contratación de bienes o servicios fuera del país con empresas extranjeras sin filiales o domicilio en Venezuela⁷.

Ahora bien, las modalidades previstas tanto en los artículos 6, numeral 19 de la Ley de Contrataciones Públicas, así como en el 41 de su Reglamento, constituyen un marco referencial de materias sobre las cuales se pueden satisfacer las demandas sociales, dejando abierta efectivamente la posibilidad de que dicho compromiso pueda ser previsto para atender las necesidades sociales del entorno del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas que hagan vida en las áreas de influencia de los mismos, asimismo es viable que estos aportes sean en dinero o en especies, toda vez que la diferencia entre la regulación legal y la reglamentaria, se resuelve tomando en cuenta la primacía de la Ley sobre la disposición reglamentaria. De allí que es

4 Artículo 34, 37, y 41 de la Ley de Contrataciones Públicas.

5 *“Artículo 71. La comisión de contrataciones, en el proceso posterior del examen y evaluación de las ofertas, debe rechazar aquellas que se encuentren dentro de algunos de los supuestos siguientes: (...) 8. Que se presente sin el compromiso de responsabilidad social.”*

6 Artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas.

7 Artículo 48 del Reglamento de Ley de Contrataciones Públicas.

perfectamente posible que el aporte sea dado en dinero o en especie, conforme se estipule en las condiciones de contratación.

Conforme a lo señalado, el establecimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, estatuye para el órgano o ente contratante una obligación de fijar y exigir su cumplimiento y para el oferente adjudicatario del contrato, el deber ineludible de cumplirlo cuando este se haya pactado en especies. Sin embargo, cuando el compromiso se pacte en cantidades de dinero por tratarse de contrataciones celebradas con grandes empresas o con transnacionales, entre otras, a los fines de no hacer nugatorio el contenido de la Ley en cuanto al propósito del Compromiso de Responsabilidad Social, se estima procedente que su cumplimiento se efectúe a través de la intermediación del órgano o ente contratante, mediante el manejo de estos aportes por cualesquiera de los instrumentos financieros existentes en el mercado.

Así pues, y con el sano propósito de canalizar esos aportes en el cumplimiento del objetivo para el cual es exigido, se considera que podría utilizarse la figura del contrato de fideicomiso⁸ celebrado con una entidad financiera del Estado, por constituir una modalidad contractual que regula una relación jurídica, donde una persona llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario. De allí que es un instrumento que ofrece seguridad y ventajas, pues permite manejar el patrimonio de manera autónoma y separada en pro de la finalidad para el cual fue creado, y, en el caso particular sería el financiamiento de los proyectos sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro y cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o

8 El fideicomiso se encuentra regulado básicamente por el derecho privado y es definido en la Ley de Fideicomiso (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 496 Extraordinario del 17 de agosto del año 1956) como una relación jurídica en la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a una persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos a favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario. El fideicomiso de administración supone la transferencia de ciertos bienes para que el fiduciario los administre y con las ganancias, rentas o utilidades favorecer al beneficiario. Sin embargo, mediante esta modalidad contractual se encuentran limitados los atributos del derecho de propiedad del fiduciario cuya obligación principal es de conservarlos. Este fideicomiso es considerado como un patrimonio separado del patrimonio general del fiduciario, por cuanto los bienes que lo constituyen se encuentran afectados a un fin específico que le ha sido asignado por el fideicomitente, sin que tales bienes se integren al patrimonio general del fiduciario ni puedan ser afectados a responder de las cargas de ese patrimonio general, así los bienes transferidos no pertenecen a la prenda común de sus acreedores y sólo estarán sujetos a cumplir con las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización.

ente contratante; cuyas estipulaciones deben contemplarse de manera clara y específica en el respectivo convenio de financiamiento y en las cláusulas contractuales.

De manera que es factible la utilización del fideicomiso u otra modalidad, toda vez que los aportes en dinero entregados por los contratistas en cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social son recursos financieros⁹ los cuales, bajo ninguna circunstancia podrían constituir ingresos presupuestarios del órgano o ente contratante, así como tampoco está permitido utilizarlos para atender requerimientos que formen parte de sus propias obligaciones¹⁰, aunado a ello existe la imposibilidad de que los órganos y entes contratantes puedan crear entes descentralizados para el manejo de estos aportes; motivos más que suficientes para que los aportes en dinero por concepto de Compromiso de Responsabilidad Social puedan ser manejados extrapresupuestariamente, por los entes u órganos contratantes en los términos indicados. Sin embargo, es preciso indicar que los recursos que se reciban antes de la constitución del fideicomiso u otra modalidad, deben registrarse dentro de la contabilidad del órgano o ente contratante, de forma tal que permitan diferenciarlos claramente y de manera inequívoca de sus propios recursos.

A todo evento, dentro de la estructura del ente u órgano contratante debe funcionar, conforme lo prevé el artículo 44 del Reglamento de Ley de Contrataciones Públicas¹¹ una unidad que se encargue del cumplimiento de los trámites y actividades que implica la asunción de estos aportes, con el propósito de garantizar la eficacia en el manejo de esos recursos, y que permita, entre otros, evaluar la viabilidad técnica, jurídica y financiera de los proyectos sociales comunitarios a costear; vigilar que se celebren los respectivos convenios o contratos de financiamiento y que los recursos sean manejados a través de instrumentos distintos a los utilizados para el manejo de los recursos presupuestarios

9 Artículos 16.18 del Reglamento de Ley de Contrataciones Públicas.

10 Artículo 43 del Reglamento de Ley de Contrataciones Públicas. “El compromiso de Responsabilidad Social no podrá utilizarse para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones de los órganos o entes contratantes; así mismo, la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras que se sugieran para el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social en los pliegos o condiciones de contratación no podrán corresponder a las contempladas en los Planes Operativos de los órganos o entes contratantes.”

11 “Artículo 44. Los órganos o entes contratantes velarán por el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social asumidos por los Contratistas, para ello definirán dentro de su estructura una unidad técnica administrativa que se encargue del seguimiento y control de su ejecución y cumplimiento.”

del órgano o ente contratante, y realizar el seguimiento, supervisión, control y evaluación de los recursos otorgados, a fin de alcanzar el fin último del Compromiso de Responsabilidad Social.

Por otra parte, es necesario destacar que independientemente de la modalidad a utilizar para la administración financiera de estos aportes, el órgano o ente contratante está en la obligación de establecer un eficiente sistema de control interno¹² que garantice el buen uso de los recursos y contemple entre otros elementos, la implementación de registros contables de ingresos y egresos correspondientes al Compromiso de Responsabilidad Social, así como de los intereses que éstos generen, que permitan conocer el uso dado a los referidos aportes y distinguirlos de los recursos pertenecientes al respectivo ente u organismo, de tal manera que estas operaciones puedan reflejarse en cuentas de orden, constituidas en el sistema contable de la institución, a fin de garantizar la transparencia en el manejo de esos recursos y la obligación de rendir cuentas, de manera clara y eficiente a la ciudadanía o a quien lo solicite, sobre el destino dado a las cantidades de dinero recibidas de parte de los contratistas para la satisfacción de las demandas y necesidades sociales que se derivan del cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social.

Oficio N° 01-00-647 del 02 de noviembre del año 2012.

12 Artículo 95 de la Ley de Contrataciones Públicas.

CONTROL FISCAL

CONTROL FISCAL: Obligación de prestar caución, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, por parte del titular de la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado.

Dentro de las funciones atribuidas a las Unidades de Auditoría Interna no se encuentran asignadas actividades relacionadas con la administración y liquidación de ingresos nacionales o con la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, considerando a su vez, que estas no integran la estructura para la ejecución del presupuesto de gastos, aspectos que permiten afirmar que los funcionarios adscritos a esos órganos de control fiscal interno, no están obligados a prestar la caución establecida en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y su Reglamento Sobre el Sistema Presupuestario.

Memorando 04-00-137 del 03 de marzo del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto al alcance del artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, en cuanto a la obligación que tendría el titular de la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado, de prestar la caución prevista en la norma en comentario, antes de entrar al ejercicio de su cargo, en la cuantía y forma que determine el Reglamento del mencionado instrumento legal.

Sobre el asunto consultado, esta Dirección General tiene a bien ratificar el criterio contenido en el memorándum N° 04-02-169 de fecha 22 de agosto del año 2003², oportunidad en la que se sostuvo entre otros puntos lo siguiente:

(...) se destaca que la naturaleza jurídica del ente consultante, es la de ser una empresa pública de derecho privado por lo cual califica legalmente dentro de la categoría de entes del sector público, sometidos a un régimen jurídico mixto, es decir, se le aplica el derecho privado por estar constituido bajo la figura de una sociedad anónima, y el derecho público porque su configuración económica debido

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.556 del 19 de noviembre del año 2010.

2 Publicado en el libro de Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, Tomo XVIII, años 2003-2004. Páginas: 23-27.

*a la participación del Estado, permite ubicarla dentro de la estructura u organización general del Estado*³.

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

Partiendo de estas consideraciones, es preciso atender lo que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴, respecto a las atribuciones de las Unidades de Auditoría Interna.

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

Artículo 40. (...) *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.*

En el mismo orden de argumentación el artículo 41 *eiusdem* prevé:

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

Las normas transcritas establecen claramente las funciones que deben desempeñar las Unidades de Auditoría Interna, entre las que se

³ Dictamen N° DGSJ-1-100 del 16-07-86 y el DGSJ-1-05 del 17-12-82, Tomos IX y VII.

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre del año 2001. (Para el momento de emisión de este Dictamen, esta era para la fecha la Ley vigente)

destacan la evaluación de los sistemas de control interno, examinar los registros y los sistemas financieros, realizar inspecciones, auditorías, fiscalizaciones, exámenes, estudios etc.; situación que evidencia que la misión de estas unidades es la de controlar, a los fines de verificar la sinceridad, legalidad y corrección de las operaciones efectuadas por los entes sujetos a su control.

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

La caución es definida por Manuel Osorio⁵ en su obra “**Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas**”, como:

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

En virtud de esta definición se puede inferir que la caución, aplicada al ámbito público, es una medida que puede adoptar el legislador para asegurar o garantizar en forma suficiente los resultados de la gestión del funcionario (...).

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

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

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

(Omissis)

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

Por su parte, los artículos 52 y 53 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema Presupuestario⁶ establecen:

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

Artículo 53. *Los funcionarios a que se refiere el artículo anterior no podrán tomar posesión de sus cargos hasta tanto presten caución suficiente para el ejercicio de sus funciones, ante la Auditoría Interna de la respectiva unidad administradora, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.*

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

De modo pues, que los artículos 52 y 53 del Reglamento antes identificado, están referidos únicamente a la caución que deben prestar todos aquellos sujetos que intervengan directa o indirectamente en la administración de los fondos o bienes públicos, producto de la designación de

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 5.592 Extraordinario del 27 de junio del año 2002.

los distintos créditos presupuestarios girados a la unidad bajo su cargo o emitidos en favor de otra unidad.

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

Así se tiene que el deber de prestar esta caución, es de carácter obligatorio para todos aquellos funcionarios que se encuentren en los supuestos de hecho previstos en las referidas normas y, por tanto, es condición indispensable prestarla, a los fines de poder investir el cargo y como consecuencia ejercer las funciones que le competen.

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

Memorando 04-00-137 del 03 de marzo del año 2011.

CONTROL FISCAL: Competencia de las Unidades de Auditoría Interna para iniciar potestades investigativas y declarar responsabilidad administrativa derivadas de irregularidades cometidas por contratistas en el desempeño de sus actividades.

Corresponde al Servicio Nacional de Contrataciones, aplicar las sanciones de suspensión del Registro Nacional de Contratistas, la imposición de multa prevista en la Ley de Contrataciones Públicas, así como la inhabilitación de los contratistas para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales puedan contratar con la Administración Pública, sin menoscabo de las competencias asignadas a las Unidades de Auditoría Interna a quienes corresponde- sin perjuicio de las funciones de la Contraloría General de la República- en el ámbito de sus competencias, el ejercicio de las potestades investigativas y sancionatorias de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorando 04-00-254 del 27 de abril del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si las Unidades de Auditoría Interna de los institutos autónomos estatales, tienen competencia para ejercer la potestad investigativa, así como la sancionatoria, en los casos remitidos por la Comisión de Licitaciones, de conformidad con el numeral 16 del artículo 16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas¹, tomando en consideración que el artículo 54 numeral 4 de citado Reglamento señala como competencia del Servicio Nacional de Contrataciones “*Declarar la inhabilitación de aquellas personas naturales, una vez que la Contraloría General de la República determine la responsabilidad administrativa correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas*”.

Sobre el asunto consultado, esta Dirección General tiene a bien indicar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² en su artículo 290 se refiere a la visión sistémica e integral del “Control Fiscal” como un “Sistema Nacional”; enfoque que se reafirma en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, que además de constituir el principal texto de

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

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

rango legal regulador de las actuaciones que le corresponde ejercer a este Organismo Contralor, se configura en la Ley Orgánica que regula dicho Sistema, cuyo objetivo, conforme a lo dispuesto en su artículo 23, es fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de los organismos y entidades aludidos en el artículo 9, numerales 1 al 11, de la citada Ley.

En ese sentido, se tiene que los principios y normas fundamentales a ser aplicados en esta materia especial y compleja como es el control fiscal, están contenidos en la mencionada Ley, donde la responsabilidad del ejercicio del Control Fiscal es confiada a órganos especializados del Estado, que funcionan coordinadamente entre sí bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, entre los cuales se incluyen las Unidades de Auditoría Interna (artículo 26), quienes tienen la función específica y principal de ejercer el control fiscal posterior en el ámbito interno del organismo o entidad y son competentes para ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, a través de la realización de auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el órgano o entidad sujeto a su control.

En efecto, las Unidades de Auditoría Interna, 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 y su Reglamento⁴, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público⁵, son competentes para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de las políticas y de las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión, **y tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la citada Ley.** Los mencionados artículos señalan textualmente lo siguiente:

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.556 del 19 de noviembre del año 2010.

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.*

Artículo 135. *La auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen. Dicho servicio se prestará por una unidad especializada de auditoría interna de cada ente u órgano, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculados de las operaciones sujetas a su control.*

Estas competencias se reafirman, además de lo establecido en los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna⁶, instrumento elaborado por este Organismo Contralor sobre la base de criterios técnicos y en las experiencias y conocimientos de la Contraloría General de la República como Órgano Rector del Sistema. Esta normativa en el Capítulo V “*De las funciones de la Unidad*

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril del año 2010.

de Auditoría Interna”, establece que las competencias que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público les confieren a las unidades de auditoría interna, son fundamentalmente, las siguientes:

7. *Ejercer la potestad investigativa, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento.*

8. *Iniciar, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos para la formulación de reparos, declaratoria de responsabilidad administrativa o imposición de multas, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento.*

Asimismo, cabe hacer mención a otras normas que prevén competencias a los órganos de control fiscal interno, como es el caso del artículo 16 numeral 16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, que establece a cargo de las Comisiones de Contrataciones el deber de remitir a la Unidad de Auditoría Interna del órgano o ente contratante, los casos producto de la evaluación de actuación o desempeño del contratista, donde estén presentes supuestos que puedan generar averiguación administrativa para la determinación de responsabilidades y establecimiento de las sanciones correspondientes.

Como puede apreciarse, la citada norma no hace más que ratificar las competencias atribuidas a las Unidades de Auditoría Interna para iniciar las potestades investigativas y sancionatorias atribuidas por la Ley Orgánica que rige nuestro funcionamiento, como órgano competente para efectuar el seguimiento y control posterior de todas las actividades que realice el organismo o entidad sujeto a control, facultándolas de esta manera para determinar las responsabilidades en los casos a que hubiere lugar.

Ahora bien, el artículo 54 numeral 4 del señalado Reglamento, dispone lo siguiente:

Artículo 54. *Además de las competencias establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas, el Servicio Nacional de Contrataciones tendrá las siguientes atribuciones:*

(Omissis)

4. Declarar la inhabilitación de aquellas personas naturales, una vez que la Contraloría General de la República determine la responsabilidad administrativa correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas.

Por su parte, en la Ley de Contrataciones Públicas⁷, en el artículo 139 prevé lo siguiente:

Sanciones a los particulares

Artículo 139. *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 U.T.), 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:*

⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 6 de septiembre del año 2010.

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.* (Destacado y subrayado propio)

En este sentido, y luego del análisis realizado a las normas *supra* citadas, se infiere que corresponde al Servicio Nacional de Contrataciones, aplicar las sanciones de suspensión del Registro Nacional de Contratistas, la imposición de multa prevista en la Ley de Contrataciones Públicas, así como **la inhabilitación** de los contratistas para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales puedan contratar con la Administración Pública.

Como puede apreciarse, las normas citadas en modo alguno menoscaban las competencias que por Ley están asignadas a las Unidades de Auditoría Interna como órganos de control fiscal a quienes corresponde- sin perjuicio de las funciones de la Contraloría General de la República- en el ámbito de sus competencias, el ejercicio de las potestades investigativas y sancionatorias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, normas que por ser su especialidad por la materia, son de aplicación preferente por sobre los instrumentos normativos legales y sublegales, anteriores, posteriores o contemporáneos a su entrada en vigencia, cuyo contenido sea

más general o que tengan una vinculación menos directa con el control fiscal, que justamente constituye su especialidad.

Memorando 04-00-254 del 27 de abril del año 2011.

CONTROL FISCAL: Competencia de la Unidad de Auditoría Interna para ejercer el control, a través del examen de la cuenta, sobre las transferencias, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad que dicha Institución haya otorgado a terceros tales como: asociaciones sindicales, asociaciones gremiales, entre otros.

La Unidad de Auditoría Interna podrá evaluar el control interno aplicado por la máxima autoridad jerárquica o la unidad ejecutora o dependencia encargada del otorgamiento de los recursos públicos en el ente sujeto a su control y realizar la evaluación de las operaciones efectuadas, entre otras actividades. De igual manera, el cumplimiento de las formalidades previstas sobre la obligación de celebrar convenios; obligaciones de los sujetos que reciben subsidios, aportes u otras transferencias, así como los requisitos para hacer entregas subsiguientes. Igualmente, podrá verificar el cumplimiento de actuaciones e investigaciones respectivas, a los fines de ejercer la potestad investigativa, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, así como ejercer la potestad resarcitoria y/o sancionatoria.

Memorando 04-00-390 del 28 de junio del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en cuanto a las competencias atribuidas a las Unidades de Auditoría Interna, para efectuar la revisión de las rendiciones de cuentas de terceros (asociaciones gremiales y organizaciones sindicales) que administran, manejan o custodian recursos provenientes de los entes y organismos sometidos a su control, en forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar. Igualmente, se eleva a la consideración de esta Contraloría General, evaluar la posibilidad de ejercer el control fiscal en sentido genérico, por parte de las Unidades de Auditoría Interna, sobre la administración de fondos públicos recibidos en las formas antes mencionadas, por entidades públicas o privadas, toda vez que tal posibilidad solo se encuentra contemplada en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹ como una atribución de los órganos de control fiscal externo.

En este contexto, como punto previo, se requiere señalar que este Organismo Contralor mediante Oficio N° 06-00-1185 de fecha 06 de agosto del año 2010, solicitó a esa Unidad de Auditoría Interna

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

a los efectos de obtener una mejor comprensión del asunto sometido a estudio, el análisis jurídico contentivo de la naturaleza jurídica de las asociaciones gremiales y organizaciones sindicales, a las cuales el Banco Central de Venezuela les entrega contribuciones y/o aportes, así como la normativa interna que rige su organización y funcionamiento. Adicionalmente, se consideró necesario conocer los mecanismos de control interno implantados por las máximas autoridades jerárquicas del Banco, a tenor de lo dispuesto en el Capítulo VI del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², referido al control de los subsidios, aportes y otras transferencias, en concordancia con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, relacionados con el sistema de control interno. En este sentido, mediante comunicación N° VAI-836 de fecha 25 de octubre del año 2010, esa Unidad remitió la información solicitada, señalando lo siguiente:

(...) las Organizaciones Sindicales y Gremiales a las cuales el Banco Central de Venezuela Emisor, efectúa contribuciones y/o aportes, por concepto de transferencias, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar, son (...):

- 1. Sindicato de Funcionarios Públicos del Banco Central de Venezuela*
- 2. Sindicato Nacional de Obreros del Banco Central de Venezuela*
- 3. Asociaciones de Profesionales Universitarios del Banco Central de Venezuela*
- 4. Asociación de Jubilados del Banco Central de Venezuela*
- 5. Núcleo de economistas del Banco Central de Venezuela*

(...) el mecanismo actualmente vigente en el Banco central de Venezuela para el control de los subsidios, aportes y otras transferencias, es el manual de Normas y Procedimientos Sobre Contribuciones Otorgadas por el Banco Central de Venezuela, con vigencia desde el 15 de julio de 2002 (...).

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

En este contexto, es preciso señalar que en el Título II, Capítulo IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se encuentra regulado lo relativo a las Cuentas, específicamente la disposición contenida en el artículo 52, que copiado a la letra es del tenor siguiente:

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 o administradoras que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones previstas en esta Ley. (Subrayado propio)

La norma transcrita establece por una parte, la obligación de quienes reciben recursos públicos por cualquiera de las vías allí descritas, destinados al cumplimiento de finalidades de interés público, de establecer un sistema de control interno y de rendir cuentas de las operaciones de su gestión en la forma y oportunidad que se establezca en la Resolución, que al efecto dicte el Contralor General de la República, y por otra parte, señala las responsabilidades en que pudieran incurrir los administradores por el manejo inadecuado de esos recursos.

Ahora bien, la Resolución a que alude la citada disposición, que permitiría la instrumentación material del examen de la cuenta allí previsto, aún no ha sido dictada, motivo por el cual esa Unidad de Auditoría Interna, no cuenta en la actualidad con el instrumento normativo de rango sublegal que le permita realizar un examen formal de la cuenta de los aportes entregados a las instancias de participación por los conceptos contenidos en los contratos de financiamiento, en los términos a que se contrae el antes referido artículo 52. No obstante, el ciudadano Contralor General de la República de conformidad con la potestad que le otorga el artículo 55 de la citada Ley, podría en cualquier momento dictar la normativa dirigida a los entes de la Administración Pública

Descentralizada, a los efectos de que las Unidades de Auditoría Interna de los entes en comento, tengan la competencia para realizar el examen selectivo o exhaustivo, así como la declaratoria de fenecimiento de las cuentas.

Sin embargo, es oportuno indicar que en atención al principio general de Rendición de Cuentas, previsto en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, todo aquel que administre, custodie y maneje recursos públicos, deberá formar la respectiva cuenta anual de ingresos, gastos y bienes, a los fines de tenerla preparada para el momento en que éste Máximo Órgano Contralor, mediante Resolución que dicte al efecto, determine el órgano de control fiscal competente para examinarla, quien será el que realice las actividades de control posterior tendientes a verificar la sinceridad y exactitud de las operaciones realizadas, el cumplimiento de los objetivos y metas en la captación, manejo y uso de los recursos públicos durante la gestión y determinar si se han cumplido las disposiciones constitucionales, legales y sublegales respectivas, por lo que le corresponderá organizar, enumerar y clasificar los libros, registros, comprobantes y demás documentos que demuestren las transacciones realizadas con los recursos públicos, de manera que la información sobre ello, esté claramente dispuesta para su rendición y revisión en la oportunidad de que les sea requerida.

Por su parte, esa Unidad de Auditoría Interna puede practicar actuaciones de control fiscal para verificar la utilización de los recursos públicos entregados por el Banco Central de Venezuela a las organizaciones mencionadas, con fundamento en el ejercicio de sus 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, en concordancia con los artículos 20, 32, 33, 34 y 35 de su Reglamento y el 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁴.

De allí que es incuestionable el ejercicio de las funciones de control posterior sobre las unidades ejecutoras o dependencias que contemple la estructura organizativa del ente u organismo a la cual esté adscrita,

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

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.556 del 19 de noviembre del año 2010.

y en ese sentido esta Unidad de Auditoría Interna puede realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el cumplimiento de sus funciones de control.

En este contexto, la Unidad de Auditoría Interna, si bien se encuentra limitada para realizar de manera formal el examen de la cuenta de los recursos públicos entregados a las organizaciones señaladas en su comunicación, puede en el ejercicio de sus funciones de control verificar el cumplimiento por parte de la dependencia encargada de aplicar el Manual de Normas y Procedimientos sobre Contribuciones Otorgadas con vigencia desde el año 2002, y en atención a las previsiones establecidas en los Instrumentos mediante los cuales el Banco otorga dichos recursos (contratos, convenios, entre otros), comprobar el acatamiento de sus cláusulas, asegurándose de la correcta utilización de los recursos en el cumplimiento de los específicos para los cuales fueron entregados, toda vez que se trata de operaciones que tienen implicaciones en el manejo de recursos públicos asignados presupuestariamente.

Cabe resaltar, que el artículo 34 del Reglamento de la Ley Orgánica que rige el funcionamiento de esta Institución Contralora, establece las obligaciones de los sujetos que reciben subsidios, aportes u otras transferencias en los términos siguientes:

Artículo 34. *Quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los órganos o entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, en la forma de subsidios, aportes u otras transferencias están obligados a establecer un sistema de control interno que garantice el uso adecuado y transparente de dichos recursos.*

Asimismo, están obligados a informar de manera pormenorizada a la máxima autoridad jerárquica del órgano o entidad que las otorgó o a su delegatario, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su recepción, respecto de la utilización de tales recursos, sin perjuicio de que ésta solicite en cualquier momento, la información o documentación que estime pertinente.

En este sentido, la Unidad de Auditoría Interna podrá, en relación con el caso bajo análisis, evaluar el control interno aplicado por la máxima autoridad jerárquica, así como a través de la unidad ejecutora o dependencia encargada dentro de la estructura organizativa del Banco Central de Venezuela del otorgamiento de los recursos públicos en el ente sujeto a su control y realizar la evaluación de las operaciones realizadas, entre otras actividades. Igualmente, podrá verificar el cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos 32, 33 y 35 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que contemplan la obligación de celebrar convenios; obligaciones de los sujetos que reciben subsidios, aportes u otras transferencias, así como los requisitos para hacer entregas subsiguientes.

Asimismo, podrá realizar las actuaciones e investigaciones respectivas, de conformidad con las atribuciones previstas en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de ejercer la potestad investigativa, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, así como ejercer la potestad resarcitoria y/o sancionatoria, a tenor de lo dispuesto en los artículos 62, 63 y 93 *eiusdem*.

Todo lo anterior, sin menoscabo del ejercicio de las competencias consagradas en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, al establecer que los órganos de control fiscal externo están facultados, dentro de los límites de su competencia, para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados.

Memorando 04-00-390 del 28 de junio del año 2011.

CONTROL FISCAL: Renuncia de los miembros principales y suplentes designados como jurados en el marco del concurso público para la selección del titular de la Unidad de Auditoría Interna.

La renuncia de uno o varios de los miembros del Jurado Calificador da lugar a la suspensión inmediata de los lapsos establecidos 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 y la debida e inmediata notificación de los aspirantes y, a su vez, es necesaria la designación del nuevo o nuevos miembros del Jurado Calificador, por parte de la misma autoridad que hubiese designado a los renunciantes.

Memorando 04-00-504 del 09 de agosto del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a solicitudes presentadas por el Superintendente Nacional de Auditoría Interna, a través de las cuales se informa la situación que surgió en los procesos de concurso para la selección de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna en dos entes descentralizados, motivo por el cual solicita pronunciamiento de este Organismo Contralor, en los términos del artículo 54 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 Descentralizados¹, toda vez que en dichos procesos luego de cumplida la etapa de evaluación de credenciales y antes de la realización de la entrevista de panel, miembros principales y suplentes del jurado calificador presentaron cartas de renuncia, originando una falta del quórum reglamentario que imposibilita la continuación de los respectivos procesos públicos.

Sobre el particular planteado, esta Contraloría General de la República tiene a bien destacar que el procedimiento de selección mediante concurso público de los titulares de los órganos de auditoría interna, guarda correspondencia con la doctrina del control público, según la cual debe procurarse la puesta en vigor de los mecanismos institucionales que garanticen el ejercicio de las funciones inspectivas y fiscalizadoras del patrimonio público, con independencia y objetividad, aunque el

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero del año 2010.

órgano al que se encomienden esas tareas así como su titular, sean parte de la estructura interna de las organizaciones. En ese contexto, el proceso de concurso público persigue “*garantizar la mejor selección entre los participantes y la objetividad e imparcialidad del procedimiento*”, conforme lo prescribe el artículo 1° del citado 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.

En efecto, el aludido texto reglamentario tiene por objeto establecer las bases que regirán 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 Fiscal², con las excepciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley, así como establecer la metodología aplicable para evaluar credenciales, experiencia laboral, entrevista de panel y el nivel en que los aspirantes satisfacen o superan los requisitos mínimos exigidos para el cargo, ello en aras de **garantizar la mejor selección entre los participantes y la objetividad e imparcialidad del procedimiento**.

De modo pues, que los órganos y entidades que conforman el Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, deben cumplir con el llamado a Concurso Público de los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna, de conformidad con lo establecido en el Reglamento *in commento* y dar estricto cumplimiento al mismo.

Sin embargo, es perfectamente posible que durante la realización de dichos procesos ocurran, **por excepción**, situaciones imprevistas asociadas a eventos fortuitos o de fuerza mayor que pueden obstaculizar su curso o, incluso, impedir su continuación, como sucede en los casos planteados en los Oficios objeto de la consulta, donde previamente a la realización de la entrevista de panel, tuvo lugar la renuncia de miembros principales y suplentes que conforman el Jurado Calificador, lo que aparejó una falta de quórum reglamentario y, en consecuencia, impidió la realización de la entrevista de panel.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

En tal sentido, es significativo destacar, que **la renuncia de algún o algunos de los miembros del Jurado Calificador, al margen de las implicaciones que tal conducta podría tener en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos que se encuentran ejerciendo temporalmente tales funciones, en particular cuando la renuncia es inusual o intempestiva, no puede, por una parte, afectar el procedimiento de la selección del auditor interno al extremo de dejarlo sin efecto, pues ello se traduciría en una pérdida de recursos públicos, administrativos, humanos, entre otros y, por la otra, afectar las expectativas legítimas de quienes han atendido a la convocatoria a un concurso público.**

Con fundamento en lo expuesto, este Organismo Contralor tiene a bien señalar que la renuncia de uno o varios de los miembros del Jurado daría lugar, en primer término, a la suspensión inmediata de los lapsos establecidos 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 y la debida e inmediata notificación de los aspirantes y, en segundo lugar, a la urgente designación, del nuevo o nuevos miembros del Jurado Calificador, por parte de la misma autoridad que hubiese designado al o a los renunciantes.

A todo evento, es significativo mencionar que los miembros de Jurados sustitutos de los renunciantes quedan investidos de las más amplias facultades para efectuar las revisiones, evaluaciones y correcciones a que hubiere lugar, atinentes a las tramitaciones y actuaciones ya ejecutadas, a los efectos del pronunciamiento definitivo cumplidas como hayan sido las demás etapas reglamentarias del procedimiento.

Memorando 04-00-504 del 09 de agosto del año 2011.

CONTROL FISCAL: Ejecución de trabajos comunitarios en horas laborales, por parte del personal adscrito a la Unidad de Auditoría Interna de un ente del Estado.

Los trabajos comunitarios no son de carácter obligatorio, por tanto su realización por parte del personal de la Unidad de Auditoría Interna debe ser de manera voluntaria. En cuanto a la realización de los trabajos comunitarios con cargo a los recursos de la empresa, esta deberá contar con disponibilidad presupuestaria y se debe verificar que se hayan asignado los recursos para su cumplimiento y que los mismos sean invertidos exclusivamente en tal fin.

Memorando 04-00-549 del 06 de septiembre de 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la procedencia de enviar al personal de auditores adscritos a la Unidad de Auditoría Interna a realizar trabajos comunitarios en horas laborales y con recursos del ente descentralizado del cual forma parte.

Sobre el particular, es importante señalar, que el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, en términos categóricos, prevé:

Artículo 135. La auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen. Dicho servicio se prestará por una unidad especializada de auditoría interna de cada ente u órgano, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculados de las operaciones sujetas a su control. (Destacado y subrayado propio)

De igual manera, los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², disponen que las Unidades de Auditoría Interna son las encargadas de prestar el servicio de auditoría interna para evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y efi-

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.741 del 23 de agosto del año 2011.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

cacia de los sistemas de administración y de información gerencial del órgano o ente sujeto a su control, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia, confiabilidad y la evaluación de la eficacia, eficiencia y economía, en el marco de las operaciones realizadas, tales como auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo en dicho ente, y además tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia.

En este mismo orden de ideas, el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, así como del literal a), numeral 4 del Capítulo 1 de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna⁴, establecen, que la unidad de auditoría interna debe estar **adscrita al máximo nivel jerárquico de la estructura administrativa de la cual forma parte y “...gozará del mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar.”** (Destacado propio)

Por su parte, el Decreto N° 2.621 mediante el cual se dicta el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional⁵, en sus artículos 23, 26 y 27, así como las Normas Generales de Control Interno⁶ en su artículo 11, disponen que **las Unidades de Auditoría Interna dependerán del máximo nivel jerárquico** de la estructura organizativa del ente u órgano, el cual, conforme a los dispositivos citados, es el encargado de dotarlas del recurso humano idóneo y necesario, así como de suficientes recursos presupuestarios, materiales y administrativos que le faciliten la efectiva coordinación del sistema de control interno y el ejercicio de las funciones de vigilancia y fiscalización, **por cuanto es a aquél a quien le corresponde ejercer la administración del personal y la potestad jerárquica respecto del mismo en cada institución.**

De allí que, **la Unidad de Auditoría Interna es una dependencia más dentro de la estructura administrativa del ente u órgano del**

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°39.408 del 22 de abril del año 2010.

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

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N°36.229 del 17 de junio del año 1997.

cual forma parte, que está adscrita al máximo nivel jerárquico de éste y sujeta a una relación de subordinación, por lo que no goza de autonomía orgánica, funcional ni administrativa, pero sí de independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones y carácter técnico en el ejercicio del control fiscal, conforme a los principios rectores del Sistema Nacional de Control Fiscal consagrados en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Con fundamento en lo antes expuesto y sobre la base de este caso en particular, se debe destacar que siendo política de la máxima autoridad de la empresa del Estado que su personal realice trabajos comunitarios, esas órdenes e instrucciones se extienden inclusive al personal adscrito a la Unidad de Auditoría Interna, toda vez que, como se señaló anteriormente, es una dependencia más dentro de la estructura organizativa de la empresa, carente de autonomía funcional, orgánica y administrativa.

No obstante a lo expuesto, hay que tener presente que los trabajos comunitarios no son de carácter obligatorio, salvo el caso de los estudiantes universitarios quienes por mandato constitucional están obligados a prestar servicio a la comunidad. Por tanto la realización de dichos trabajos por parte del personal de la Unidad de Auditoría Interna debe ser de manera voluntaria y, en modo alguno puede afectar el ejercicio de las funciones específicas de control interno que tienen asignadas estas unidades especializadas; en virtud de lo cual se considera que no es recomendable que dicha actividad se efectúe en horario de trabajo.

Finalmente, en cuanto a la realización de los trabajos comunitarios con cargo a los recursos del ente, es importante destacar que la aludida empresa deberá tomar en consideración los principios presupuestarios que rigen la formulación y ejecución del presupuesto de ingresos y gastos, por lo que además de contar con disponibilidad presupuestaria se debe verificar que se hayan asignado los recursos para su cumplimiento y que los mismos sean invertidos exclusivamente en tal fin.

Memorando 04-00-549 del 06 de septiembre del año 2011.

CONTROL FISCAL: Competencia de las Unidades de Auditoría Interna para certificar nóminas de personal.

Las Unidades de Auditoría Interna carecen de competencia para certificar nóminas de personal, por ser una función específica de las direcciones de recursos humanos o sus equivalentes. Estas solo pueden expedir copias certificadas de los documentos que reposan en sus Archivos y en los Archivos de las dependencias del órgano o ente sujeto a su control que la Contraloría General de la República les solicite en su carácter de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorando 04-00-551 del 06 de septiembre del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la competencia de la unidad de auditoría interna para certificar la nómina del personal docente, administrativo y obrero de la Universidad Nacional Experimental de las Artes (UNEARTE).

En ese sentido, se considera pertinente destacar que el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, en términos categóricos, establece que:

Artículo 135. La auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen. Dicho servicio se prestará por una unidad especializada de auditoría interna de cada ente u órgano, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculados de las operaciones sujetas a su control. (Destacado propio)

De igual manera, los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², disponen que las Unidades de Auditoría Interna **son las encargadas de prestar el servicio de auditoría interna para evaluar el**

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.741 del 23 de agosto del año 2011.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial del órgano o ente sujeto a su control, así como el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia, confiabilidad y la evaluación de la eficacia, eficiencia y economía en el marco de las operaciones realizadas, podrá a tal efecto realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios análisis e investigaciones de todo tipo en dicho ente, y además tienen atribuidas potestades investigativas y sancionadoras dentro del ámbito de su competencia.

En este mismo orden de ideas, es oportuno señalar que conforme a lo previsto en el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, así como en el literal a), numeral 4 del Capítulo 1 de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna⁴, la unidad de auditoría interna debe estar adscrita al máximo nivel jerárquico de su estructura administrativa y *[...]gozará del mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar.*

De modo que, a las Unidades de Auditoría Interna de acuerdo con los preceptos normativos anteriormente citados, les corresponde evaluar el sistema de control interno de los entes u órganos de los cuales forman parte y, en modo alguno, les está permitido **actuar** dentro de los procesos internos de la administración activa y, por ende, es evidente que **carecen de competencia para certificar nóminas de personal**, por ser una función específica de las direcciones de recursos humanos o sus equivalentes.

En refuerzo de lo anterior, resulta imperativo destacar que las Unidades de Auditoría Interna sólo podrán expedir copias certificadas de los documentos que reposan en sus Archivos y en los Archivos de las dependencias del órgano o ente sujeto a su control, que la Contraloría General de la República les solicite en su carácter de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo VIII, numerales 15 y 16 de la Resolución N° 01-00-000068 del 15

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril del año 2010.

de abril del año 2010, relativa a los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna.

Con fundamento en lo expuesto, cabe señalar que la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad Nacional Experimental de las Artes (UNEARTE) no es competente para certificar nóminas de personal docente, administrativo y obrero de dicha casa de estudios, pues dicha competencia le corresponde a la administración activa de la mencionada Universidad.

Memorando 04-00-551 del 06 de septiembre del año 2011.

CONTROL FISCAL: Competencia de los órganos de control fiscal para ejercer sus potestades sobre operaciones que han sido declaradas confidenciales por parte de la máxima autoridad de una organización pública.

Si bien los ciudadanos tienen garantizado el derecho a la información y su participación en los asuntos públicos, en virtud de lo cual pueden solicitar de los órganos y entes del Estado, la información que requieran como medio para ejercer control sobre estos, sin embargo, también tienen límites a ese derecho constituido por la confidencialidad y reserva.

El único límite para el ejercicio de control fiscal se encuentra circunscrito a que el mismo sea ejercido en el ámbito de competencia que cada órgano tiene establecido.

En cuanto a las amplias facultades de investigación y fiscalización de las cuales están dotadas las Unidades de Auditoría Interna, es preciso señalar que la declaratoria de confidencialidad no es oponible a éstos órganos, quienes se encuentran facultados para investigar, en el ejercicio del control posterior, todas las actuaciones de las unidades administrativas que componen el órgano o ente en el cual funcionan.

Memorando 04-00-717 del 07 de noviembre del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en cuanto al pronunciamiento de este Máximo Órgano de Control, específicamente a si la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control¹ establece alguna excepción o límite para el ejercicio de las funciones de control, por parte de los órganos de control fiscal dentro del ámbito de su competencia, en razón de que la Junta Directiva del Instituto Oficial de Beneficencia Pública y Asistencia Social del Estado Táchira (Lotería del Táchira) acordó considerar como de “carácter confidencial y de uso reservado, algunas contrataciones de cuentas en participación con terceros para la distribución, mercadeo y desarrollo de estrategias de mercado de los productos de juegos de loterías.”

En razón de lo anteriormente señalado, se pronuncia esta Entidad Fiscalizadora Superior, en relación con las siguientes interrogantes:

1. ¿Cómo queda la obligación por parte de los Entes y Organismos del sector público y particulares de suministrar información, en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, así como lo relativo al control perceptivo necesario previsto en el artículo 64 de la citada Ley Orgánica?;

2. ¿Se limita la facultad que tienen los funcionarios de la Contraloría General de la República y de los demás órganos de control fiscal externo previsto en el artículo 47 de la referida Ley Orgánica?;
3. ¿Se limitan las facultades de las Unidades de Auditoría Interna establecidas en el artículo 41 de la Ley Orgánica?.

En primer lugar, es importante señalar que el Sistema Nacional de Control Fiscal se encuentra definido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual dispone:

Artículo 4. *A los fines de esta Ley, se entiende por Sistema Nacional de control Fiscal, 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 y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.*

Asimismo, la referida Ley en el artículo 24, indica como integrantes del referido Sistema, a los Órganos de Control Fiscal indicados en el artículo 26 de la misma, estos son: la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, 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 1 de la Ley, y a los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública.

Ahora bien, es pertinente aclarar que el objetivo del Control Fiscal, establecido en el articulado de la citada Ley Orgánica, es el de fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de

irregularidades relacionadas con la gestión de los órganos y entes que conforman la Administración Pública. Para el logro de estos propósitos, los Órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal han sido dotados de las más amplias potestades de fiscalización e investigación, según se desprende del contenido de los artículos 40, 41, 46 y 47 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En ese mismo orden, se ha establecido el deber de colaboración de los entes y organismos del sector público y de los particulares para con los órganos que conforman Sistema Nacional de Control Fiscal, en el sentido de atender los requerimientos que éstos realicen en el ejercicio de sus competencias, tal como lo dispone el artículo 7 del mencionado instrumento legal, inclusive, se ha previsto como un supuesto generador de responsabilidad administrativa la negativa a permitir las visitas de inspección o fiscalización o la falta de entrega de los documentos que les sean requeridos (artículo 91 numeral 24 *eiusdem*).

Por todo lo anterior, puede afirmarse que dada la importancia que se le ha otorgado al Sistema Nacional de Control Fiscal, en atención a la magnitud de los propósitos que tiene asignados, el único límite para el ejercicio de control fiscal se encuentra circunscrito a que el mismo sea ejercido en el ámbito de competencia que cada órgano tiene establecido.

Partiendo de la premisa expuesta, es preciso analizar las consecuencias que conlleva la declaratoria por parte de la Junta Directiva del carácter confidencial y de uso reservado de las contrataciones de cuentas en participación con terceros para la distribución, mercadeo y desarrollo de estrategias de mercado de los productos de juegos de loterías autorizados.

Como preámbulo, se puede señalar que la confidencialidad ha sido entendida como la propiedad de prevenir la divulgación de información a personas o sistemas no autorizados, ha sido definida por la Organización Internacional de Estandarización (Iso) en la Norma Iso-1 7799 como “propiedad por la que se garantiza que la información es accesible sólo para aquellos autorizados a tener acceso” y es considerada una de las piedras angulares de la seguridad de la información. Sin embargo, es necesario señalar que la declaratoria de confidencialidad o reserva

de un documento o de una información se contraponen a la libertad de información en su doble vertiente, derecho a informar y de ser informado.

Respecto al derecho a la información, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² define en el artículo 58, que la comunicación es libre y plural y comporta derechos y responsabilidades, toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura.

De igual forma, el principio de participación y el derecho a la información se encuentra en los artículos 62 y 143 *eiusdem*, que indican:

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

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

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

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

Por su parte, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública³, en el mismo sentido expresa:

Artículo 7. *Las personas en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:*

1.-. *Conocer, en cualquier momento, el estado de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en los archivos que se lleven a tales efectos, siempre y cuando no estén calificados como reservados o confidenciales de conformidad con la normativa aplicable, a excepción de los jueces y las partes interesadas.*

(Omissis)

4.- *Obtener copias certificadas de expedientes o documentos en los términos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y demás normativa aplicable.*

(Omissis)

8.- *Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás normativa aplicable.*

Igualmente, en la normativa que ha dictado la Contraloría General de la República, existen regulaciones relativas al derecho a la información relacionado con la participación ciudadana. En tal sentido, el artículo 8 de las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana⁴ indica lo siguiente:

Artículo 8. *En atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Contra la Corrupción, los organismos y entidades a que se refieren 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, están en la obligación de suministrar la información que en ejercicio del control sobre la gestión pública, solicite la ciudadanía respecto*

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

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

de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde con la descripción y justificación de su utilización y gasto.

Ahora bien, de los artículos anteriormente transcritos, se evidencia que si bien los ciudadanos tienen garantizado el derecho a la información y su participación en los asuntos públicos, en virtud de lo cual pueden solicitar de los órganos y entes del Estado la información que requieran como medio para ejercer control sobre estos, sin embargo, también tienen límites a ese derecho constituido por la confidencialidad y reserva.

En tal sentido, es importante destacar que la libertad de obtener información no escapa a los límites generales establecidos para la libertad en general, a saber: la libertad de los demás y la preeminencia del bienestar general sobre el interés particular, por lo que, la libertad de información debe equilibrarse con el derecho a la confidencialidad, a la intimidad que corresponde a cada individuo. Por ello, las normas que consagran la libertad de información se complementan, señalando los límites que puedan existir derivados de la declaratoria de reserva o confidencialidad, con base en la normativa que resulte aplicable.

Al respecto, en Venezuela la única normativa sobre esta materia es de reciente data y se encuentra en la Providencia Administrativa N° 009-10 de fecha 22 de octubre del año 2010⁵, dictada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, relativa a la Normativa de Clasificación y Tratamiento de la Información en la Administración Pública. Las disposiciones de esta Providencia son de obligatorio cumplimiento por todos los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, que creen, administren, modifiquen, manipulen o eliminen activos de información.

Ahora bien, aun cuando para la fecha de la Resolución de la Junta Directiva del Instituto Oficial de Beneficencia Pública y Asistencia Social del estado Táchira (Lotería del Táchira), mediante la cual acordó otorgarle carácter confidencial y de uso reservado a las contrataciones de cuentas de participación con terceros para la distribución, mercadeo y desarrollo de estrategias de mercados de los productos de juego de lotería autorizados por ella (agosto del año 2009), no se encontraban

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.578 del 21 de diciembre del año 2010.

vigentes las Normas transcritas, pareciera que la señalada declaratoria de la Junta Directiva se encuentra conforme con lo previsto en ellas.

Sin embargo, de acuerdo con lo expresado al inicio de este análisis, en cuanto a las amplias facultades de investigación y fiscalización de las cuales están dotadas las Unidades de Auditoría Interna, como órganos pertenecientes al Sistema Nacional de Control Fiscal, y que el límite para el ejercicio del control fiscal se encuentra circunscrito a que el mismo sea ejercido en el ámbito de competencia que cada órgano tiene expresamente atribuido, es preciso señalar que la declaratoria de “CONFIDENCIALIDAD” no es oponible a éstos órganos, quienes se encuentran facultados para investigar, en el ejercicio del control posterior, todas las actuaciones de las unidades administrativas que componen el órgano o ente en el cual funcionan.

En el caso de que las actuaciones de control, estén dirigidas a procesos clasificados como confidenciales, o en las que se encuentren involucrados documentos así clasificados, se deberán adoptar las medidas necesarias para resguardar la reserva de los mismos, sin que resulte posible con ello que se le oponga a quien realice la actuación, el carácter reservado de la información.

Tal carácter, es aplicable al público en general, terceros ajenos a la gestión, a los particulares y ciudadanos, que en atención al derecho de información y a la participación protagónica que pueden asumir en los asuntos públicos y al control sobre la gestión pública que están llamados a ejercer, requieran información que no sea, de acuerdo con la Normativa citada, de “USO PÚBLICO”.

Memorando 04-00-717 del 07 de noviembre del año 2011.

CONTROL FISCAL: Régimen de jubilaciones del personal adscrito a órganos de control fiscal externos en el ámbito municipal.

Corresponde al Poder Legislativo Nacional regular sobre la seguridad social en general, y sobre el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos en particular, en todos los niveles políticos territoriales, no pudiendo regularse mediante convención colectiva, y que, para la validez de aquellas celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley que establezcan un régimen de jubilaciones y pensiones más favorable, se requiere la autorización del Ejecutivo Nacional.

Memorando 04-00-736 del 18 de noviembre del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el régimen de jubilación de los contralores municipales, así como de cualesquiera de los funcionarios adscritos al órgano de control fiscal local; ello en virtud de la solicitud formulada por el Contralor Municipal de Valencia por medio del Oficio N° 0165/2010 del 05 de febrero del año 2010.

Con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la materia, así como en atención a la doctrina y jurisprudencia patria, esta Dirección considera, en primer término, imperativo destacar que la jubilación se erige como un beneficio laboral que se otorga por medio del sistema de seguridad social, conforme lo prevé el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹; se adquiere en virtud de una relación laboral o funcionarial, una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las normativas que regulan la materia. Asimismo, se establece en el artículo 86 constitucional, el derecho de toda persona a la Seguridad Social, como un servicio público que debe garantizar la salud y la protección en las contingencias de “... *maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social (...).*”

Es por ello, que en desarrollo del texto constitucional, a fin de crear los mecanismos para la regulación del sistema de seguridad social, fue

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

promulgada la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social², que en su artículo 4, prevé: “*La seguridad social es un derecho humano y social, fundamental e irrenunciable, garantizado por el Estado [...] conforme al principio de progresividad (...)*”.

Por cuanto, dentro de las contingencias contempladas en la *supra* citada Ley Orgánica, se creó el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, para cubrir, entre otras, las prestaciones relacionadas con la jubilación, y siendo que, dicho régimen hasta la fecha no ha sido dictado, aún se encuentra vigente la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios³ (antes 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 Municipios⁴), promulgada bajo la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela⁵, con ocasión de lo previsto en el artículo 2° de la Enmienda N° 2, que estableció el beneficio para todos los funcionarios o empleados al servicio de la administración central o descentralizada de la República, de los estados o de los municipios, el cual debía ser regulado en una Ley Orgánica.

En el mismo sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 147, que por ley nacional se establecerá el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos en todos los niveles. De acuerdo con la Exposición de Motivos “*El objetivo de esta norma es mantener dentro de los parámetros razonables y en el contexto de la situación económica del país los niveles de las remuneraciones de los funcionarios públicos.*”

Establecido lo anterior, es conveniente analizar si resulta procedente la aplicación a los Contralores y funcionarios de las Contralorías Municipales, del régimen contenido en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias,

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio del año 2008.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo del año 2010.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.501 del 16 de agosto del año 2006.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.357 Extraordinario del 02 de marzo del año 1984.

Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, que es el asunto específico concerniente.

Al respecto, resulta necesario precisar el ámbito de aplicación de la referida Ley, el cual está previsto en los artículos 1 y 2, que establecen lo siguiente:

Artículo 1. *La presente Ley regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas de los organismos a que se refiere el artículo 2.*

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, a 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 los municipios.*

Del artículo 2 de la citada Ley y del artículo 147 constitucional se infiere, que el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de los Estados y de los Municipios, está referido de manera expresa e inequívoca a todos los funcionarios y empleados de la Administración Pública en sus tres niveles político-territoriales y demás órganos que menciona la Ley, y al estar expresamente sometidos a ella, queda excluida la posibilidad de regular todo lo concerniente al régimen de jubilaciones y pensiones mediante otro acto de inferior jerarquía.

Aunado a lo anterior, en aras de complementar, desarrollar y reiterar las disposiciones normativas, así como la doctrina patria, se considera pertinente traer a colación determinadas posiciones jurisprudenciales que sostienen la improcedencia de regular el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios de la Administración Pública mediante convenciones colectivas.

De esta manera, sobre el otorgamiento del beneficio de jubilación a trabajadores de la Administración Pública, se ha pronunciado el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con Competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, en sentencia de fecha 08 de febrero del año 2007⁶, en la cual la Contraloría General del Estado Delta Amacuro demanda la nulidad de determinadas cláusulas de la convención colectiva celebrada con el Sindicato Único de Trabajadores de dicha Contraloría, entre ellas, de la cláusula 32 relativa a la pensión por incapacidad e invalidez y la cláusula 33 relativa a la jubilación. El aludido Juzgado sostuvo:

*(...) Respecto de los funcionarios, la situación se hace clara respecto de la inaplicabilidad de esta cláusula (la 32) ya que **la competencia para establecer un régimen de pensiones y jubilaciones para los funcionarios públicos en todos los niveles políticos territoriales corresponde al Poder Legislativo Nacional**, que en efecto dictó la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionados o empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, razón por la cual esta era una materia que respecto de los funcionados y empelados (sic) públicos **no podía acordarse por vía de convención colectiva**, por estar expresamente reservada al Poder Nacional **y al hacerlo las partes intervinientes en la negociación colectiva que desembocó en la Convención Colectiva celebrada, usurparon competencia de un Poder Nacional, lo cual hace que todo acuerdo realizado al respecto sea, en referencia a los funcionarios públicos, nulo de nulidad absoluta, siendo estas las razones por las cuales este Tribunal debe proceder a declarar NO APLICABLE la cláusula 32 del***

6 Expediente N° 2654.

Convenio Colectivo celebrado entre la Contraloría del estado Delta Amacuro y el Sindicato Único (sic) de Profesionales y trabajadores de la Contraloría General del estado Delta Amacuro, a los funcionarios y empleados públicos de la Contraloría general del estado Delta Amacuro ...

(Omissis)

Respecto de los funcionarios y empleados públicos, al servicio de la Contraloría del estado Delta Amacuro, la cláusula en estudio, resulta absolutamente inaplicable, por cuanto, como ya quedó expresado lo atinente a las jubilaciones de los funcionarios público (sic), en todos los niveles, políticos territoriales, es de competencia del Poder Legislativo Nacional, lo cual quedó manifestado y regulado al dictarse la Ley del estatuto sobre el régimen sobre jubilaciones y pensiones de los funcionarios o empleados de la Administración Pública Nacional de los estados y de los Municipios, por lo que tal asunto no puede ser objeto en el caso de los funcionarios públicos de negociación colectiva alguna y por tanto, todo acuerdo que se haga en ese sentido resultará contrario a la Constitución por haberlo ésta calificado de reserva legal y será igualmente contrario a la Ley, puesto que mediante la Ley Estatutaria que puede regularse la situación relativa a la jubilación de los funcionarios públicos, cualquiera sea su nivel En consecuencia la cláusula bajo estudio resultará inaplicable a los funcionarios públicos y así se decide. (Destacado propio)

Sentencia ésta, que va en concordancia con lo sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1452 de fecha 03 de agosto del año 2004⁷, en la cual se demanda la nulidad de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal⁸ (hoy Distrito Capital), por cuanto el entonces Concejo Municipal del Distrito Federal dictó la referida Ordenanza regulando una materia de reserva

7 Expediente N° 02-2585.

8 Gaceta Municipal del Distrito Federal N° 1.602 del 03 de julio del año 1996.

legal nacional, usurpando funciones del Poder Público Nacional. La Sala dejó sentado:

Ahora bien, esta Sala, al decidir casos similares precedentes (...) ha dejado claramente sentado que la competencia para legislar sobre el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcionarial, corresponde en exclusiva al Poder Nacional, en atención a lo dispuesto en los artículos 86, 147, 156.22, 156.32, 187.1 del Texto Fundamental vigente, con lo que resulta inconstitucional que los Estados o Municipios dicten leyes y ordenanzas en esa materia.

(Omissis)

[...] resulta evidente que, en el presente caso, el entonces Concejo Municipal del Distrito Federal invadió el ámbito de competencias exclusivas del Poder Legislativo Nacional al sancionar la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, incurriendo así en una usurpación de funciones, lo que lleva a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la citada Ordenanza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)

(omissis)

Ya los Consejos Legislativos y Concejos Municipales están al tanto de la apreciación que ha hecho este Máximo Tribunal acerca de la evidente inconstitucionalidad en que se incurre cuando actos distintos a la ley nacional regulan la materia de la seguridad social. Por ello, **se exhorta a todos esos órganos deliberantes a derogar sus normas sobre esa materia, sin esperar a que sean impugnadas, así como a no legislar esos aspectos en lo sucesivo (...).**

(Destacado propio)

Igualmente, conviene destacar el criterio sentado por la Sala Accidental de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00736 de fecha 27 de mayo del año 2009⁹, donde el Procurador General del Estado Anzoátegui solicita la interpretación del artículo 27 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, reproducido en casi idénticos términos en la Disposición Final Cuarta de la vigente Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Resulta oportuno citar la opinión de los diversos organismos públicos que fueron notificados del referido recurso de interpretación. La representación de la Procuraduría General de la República manifestó su opinión en relación con el artículo 27 de la mencionada Ley, en los términos siguientes:

*(...) de un análisis a nuestro Texto Fundamental, se desprende que **la Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional tiene la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, y la jubilación de un funcionario público se encuentra dentro de ese régimen.***

(Omissis)

*Que **Admitir la negociación de dicho régimen a través de las convenciones colectivas de trabajo sin la autorización del Ejecutivo Nacional, significaría alterar o modificar la propia estructura legal de la Administración, pues no se cumpliría la ley, lo cual sin lugar a equívocos implicaría la violación y trasgresión de la legalidad del sistema, desnaturalizándose la esencia misma del estatuto, ya que éste al ser impuesto por el Estado, tiene un carácter imperativo, no susceptible de ser modificado por convenios particulares que atenten contra la propia legalidad.***

⁹ Expediente N° 2005-5473.

Que en consecuencia, las previsiones en materia de jubilaciones y pensiones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas celebradas por los diferentes sindicatos, no tienen validez si no han cumplido el requisito de aprobación del Ejecutivo Nacional. (Destacado propio)

Por su parte, la representación de la Contraloría General de la República consideró en el caso en comento:

En definitiva, resulta evidente que por ser la materia de prevención y seguridad social de reserva legal, sólo puede ser regulada por la Asamblea Nacional, por lo que cualquier instrumento normativo (leyes estatales, ordenanzas, decretos, convenciones) que se hubiere dictado en dicha materia deben ser derogados y/o desaplicados en atención a las reiteradas exhortaciones realizadas tanto por la Sala Constitucional en sus distintos fallos, como por la Contraloría General de la República, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Legislativo Nacional y en violación del principio de reserva legal nacional contenido en la Constitución. (Destacado propio)

Finalmente, la interpretación que la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal de la República, hace del artículo 27 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 (ahora Disposición Final Cuarta) se resume en los siguientes términos:

(...) En consecuencia, atendiendo al principio constitucional de progresividad de los derechos laborales contenido en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual, de existir dudas acerca de la interpretación de una norma se aplicará el criterio que resulte más favorable al trabajador, a los fines de no desmejorar su situación jurídica, y en atención al sentido evidente de los términos en que fue redactado el artículo 27 que nos ocupa, no existe duda de que la disposición a interpretar permite la ampliación de los beneficios en materia de pensiones y jubilaciones a través de contratos

o convenios colectivos, ello en armonía con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, la cual en su artículo 396 promueve las relaciones colectivas entre trabajadores y patronos (...).

Ahora bien, como se determinó anteriormente en el caso de los contratos o convenios colectivos suscritos en fecha posterior a la entrada en vigencia 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, publicada en la Gaceta Oficial N° 3.850 Extraordinario de fecha 18 de julio de 1986, y en los que se pacten regímenes de jubilaciones y pensiones, para ser válidos y exigibles deberán contar con la aprobación del Ejecutivo Nacional. (Destacado propio)

Conforme se puede apreciar de las *supra* citadas sentencias, ha sido criterio reiterado del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, el sostener que sólo le corresponde al Poder Legislativo Nacional regular sobre la seguridad social en general, y sobre el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos en particular, en todos los niveles políticos territoriales, no pudiendo regularse mediante convención colectiva, y que, para la validez de aquellas celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley que establezcan un régimen de jubilaciones y pensiones más favorable, se requiere la autorización del Ejecutivo Nacional.

Aunado a lo anterior, la doctrina ha sostenido que las convenciones colectivas de trabajo celebradas por organismos de la Administración Pública, lo que vienen es a complementar la regulación normativa que rigen la relación de empleo público. Por ello, la de empleo público, a diferencia de la laboral, es netamente estatutaria, “... es decir, el Estado como protector del interés colectivo es el que determina unilateralmente las condiciones de carrera administrativa, dejando un estrecho margen para que mediante convenciones colectivas se establezcan condiciones que rijan algunos aspectos de la relación del funcionario-administración.” (Millán, M. 2004)

En este caso, el Contralor Municipal de Valencia adjunta copia del acta convenio suscrita para los años 1983-1985, la cual, de acuerdo con la interpretación *supra* citada, tendría perfecta validez por ser anterior a la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto en el año 1986. Sin embargo, en su escrito de solicitud también hace mención a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Municipio Valencia del Estado Carabobo y el Sindicato Único Municipal de Empleados Públicos del Estado Carabobo 2008-2009, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

Siendo así, el texto legal y la interpretación que de él hace el Máximo Tribunal de la República, permiten la ampliación de los beneficios de jubilaciones y pensiones a través de convenciones colectivas, exigiendo para la validez de aquellas celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, la autorización expresa del Ejecutivo Nacional y dicha autorización no consta del escrito de solicitud ni de sus anexos.

En definitiva y como conclusión, se puede sostener que la especial regulación de la convención colectiva en el sector público y el hecho de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela haya apelado a la reserva legal para imponer que solo por esa vía se pueden regular determinadas materias, con exclusión de normas colectivas, no se trata de un acto de injusticia o discriminación; lo que hace es reconocer la superioridad del orden público general sobre el orden público laboral.

Memorando 04-00-736 del 18 de noviembre del año 2011.

CONTROL FISCAL: Posibilidad de que un funcionario que ejerció el cargo de Consultor Jurídico de un órgano de control fiscal por un lapso de cuatro años consecutivos, pueda optar a los Concursos Públicos de Oposición para la designación de Contralores Distritales, Municipales y Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal y sus entes descentralizados.

Toda persona que cumpla los requisitos establecidos en el Reglamento Sobre los Concursos Públicos para la Designación de Contralores Distritales y Municipales y Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados y que no se encuentre inhabilitado, puede participar en el llamado a concurso público para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal en los entes y órganos a que refieren 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. De igual manera, se infiere que el desempeño del cargo como Consultor Jurídico en un órgano de control fiscal, debe tomarse en consideración como criterio de evaluación de la experiencia laboral, en virtud de que la misma fue adquirida en un órgano como el mencionado, aunado a ello, es imperativo que se cumplan los extremos de tiempo previstos para cada caso en particular.

Oficio 04-00-003 del 29 de febrero del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, a los fines de establecer si la experiencia alcanzada, por un lapso mayor a cuatro (4) años consecutivos, con ocasión del ejercicio del cargo de Consultor Jurídico en un órgano de control fiscal, puede ser considerada como experiencia en materia de control fiscal en el marco de los concursos públicos para la designación de contralores distritales, municipales y titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos del Poder Público Nacional; Estatal y Municipal y sus entes descentralizados, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 numeral 6 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 Descentralizados¹.

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero del año 2010.

Con fundamento en el planteamiento formulado, esta Dirección General tiene a bien indicar que el citado texto Reglamentario tiene por objeto establecer las bases que regirán los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal, con las excepciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² y la ley, así como la metodología aplicable para evaluar credenciales, experiencia laboral, entrevista de panel y el nivel en que los aspirantes satisfagan o superan los requisitos mínimos exigidos para optar al cargo de Contralor Distrital, Municipal o Auditor Interno, ello en aras de garantizar la mejor selección entre los participantes y la objetividad e imparcialidad en el procedimiento.

En tal sentido, en el artículo 5 del mencionado Reglamento están establecidas las condiciones del concurso, el cual dispone que estará abierto a todas aquellas personas que reúnan los requisitos previstos en el artículo 16 *eiusdem*, de manera que, toda persona que cumpla los requisitos que expresamente se mencionan en los numerales 1 al 6 de la norma en referencia y que no se encuentre dentro de las inhabilidades previstas en los numerales 1 al 5 del artículo 17 *eiusdem*, puede participar en el llamado a concurso público para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal en los entes y órganos a que refieren 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 Fiscal³.

Ahora bien, el numeral 6 del aludido artículo 16, establece:

Artículo 16. *Para participar en el concurso los aspirantes deberán cumplir los requisitos siguientes:*

(Omissis)

6) Poseer no menos de tres (3) años, equivalentes a treinta y seis (36) meses, de experiencia laboral en materia de control fiscal en órganos de control fiscal; o cinco (5) años, equivalentes a sesenta (60) meses, cuando se trate de concursos para la designación de Contralores de los Distritos; de los Municipios ubica-

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

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

dos en la capital de los Estados o en el Área Metropolitana de Caracas; o de aquellos Municipios que según estimaciones oficiales, posean una población igual o superior a cincuenta mil (50.000) habitantes y un presupuesto estimado al inicio del ejercicio fiscal inmediato anterior, igual o superior a cuatrocientas cinco mil unidades tributarias (405.000 UT); o para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, del Banco Central de Venezuela; y los entes descentralizados u órganos desconcentrados de estos. (Destacado propio)

Del contenido de la norma transcrita, se infiere que el desempeño del cargo como Consultor Jurídico en un órgano de control fiscal, debe tomarse en consideración como criterio de evaluación de la experiencia laboral, en virtud de que la misma fue adquirida en un órgano como el mencionado; aunado a ello, es imperativo que se cumplan los extremos de tiempo previstos para cada caso en particular, es decir tres (3) años en materia de control fiscal en órganos de control fiscal y cinco (5) años cuando se trate de concursos para la designación de Contralores Distritales; de los Municipios ubicados en la capital de los Estados o en el Área Metropolitana de Caracas; o de aquellos Municipios que según estimaciones oficiales, posean una población igual o superior a cincuenta mil (50.000) habitantes y un presupuesto estimado al inicio del ejercicio fiscal inmediato anterior, igual o superior a cuatrocientas cinco mil unidades tributarias (405.000 UT); o para la designación de los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, del Banco Central de Venezuela; y los entes descentralizados u órganos desconcentrados de estos, como lo dispone el numeral 6 del artículo 16 del Reglamento en referencia.

Oficio 04-00-003 del 29 de febrero del año 2012.

CONTROL FISCAL: Acciones que deberá tomar la Unidad de Auditoría Interna de un órgano suprimido, en cuanto a las actuaciones fiscales en curso.

Son llamados a continuar con la tramitación de las actuaciones fiscales que llevaba la Unidad de Auditoría Interna del suprimido Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería, las Unidades de Auditoría Interna del Ministerio creado y del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería.

Memorando 04-00-129 del 29 de febrero del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, relacionada con las acciones que deberían tomarse en la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (MI-BAM), con las actuaciones de control fiscal que se encuentran en curso, a los fines de garantizar los derechos del Estado que se generen de dichas actuaciones, en virtud de la supresión del nombrado Ministerio.

Mediante el Decreto N° 8.609 de fecha 22 de noviembre del año 2011¹, el Presidente de la República considerando que para el cumplimiento de los fines del Estado, se deben adoptar cambios organizativos para optimizar su eficiencia, modernizar la estructura orgánica y funcional de sus órganos y entes, siendo necesario la creación de un Ministerio orientado al desarrollo de las industrias, básicas y ligeras, pequeñas y medianas, con ubicación adecuada en el territorio nacional, así como cualquier otra forma asociativa de carácter mixta o privada, suprimió el Ministerio de Poder Popular para las Industrias Básicas y Minerías y creó el Ministerio del Poder Popular de Industrias, al cual le asignó todas las materias relacionadas con las industrias básicas y ligeras.

Asimismo, transfirió la materia relacionada con la minería al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, que pasó a denominarse Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería.

Igualmente, estableció que los Ministerios involucrados ya citados, debían asumir el ejercicio de las competencias que les fueron asignadas, y coordinar la realización de los trámites necesarios para materializar la transferencia de competencias, en resguardo de la continuidad administrativa y la seguridad jurídica de los solicitantes e interesados, en un

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.058 Extraordinario del 26 de noviembre del año 2011.

lapso de noventa (90) días continuos a partir de la entrada en vigencia del referido Decreto.

Como es de observar, ante la supresión del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minerías y la creación del nuevo **Ministerio del Poder Popular de Industrias**, la cual fue efectuada en virtud de su importancia para el desarrollo económico y social a nivel nacional, regional, o interregional, sobre la base de lo previsto en el artículo 16 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública² que establece:

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 estos. (Destacado propio)

En este mismo orden, quedó establecido que el Vicepresidente Ejecutivo declarará concluida la supresión del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básica y Minería, una vez conste que efectivamente fueron transferidos los bienes, recursos y derechos, así como el ejercicio de las competencias a los nuevos Ministerios.

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

De lo señalado anteriormente, resulta evidente que la supresión del referido Ministerio, comporta el traslado de todas las competencias que tiene asignadas, tanto al nuevo órgano creado en el mismo Decreto, como al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, y una vez materializada esta transferencia, la desaparición definitiva del Ministerio suprimido, y por ende la de todas sus unidades administrativas, en el entendido que a la Unidad de Auditoría Interna le corresponde elaborar el acta de entrega en los términos previstos en la Resolución N° 01-00-000162 del 27 de julio del año 2009³, emanada de esta Contraloría General de la República y que contiene las “*Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias.*”

De allí que, no existe la disyuntiva señalada por el Auditor Interno consultante, en cuanto a que la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minerías, deba continuar con la tramitación de las actuaciones fiscales que se encuentran en curso, así como de los procedimientos de potestad investigativa y de determinación de responsabilidades, en aras de salvaguardar los derechos del Estado, ante la posible existencia de hechos generadores de responsabilidad administrativa que pudieran ocasionar daños al patrimonio público y la posibilidad del fenecimiento de las acciones iniciadas y programadas, en caso de no dársele cumplimiento al principio de continuidad administrativa aludido en el referido Decreto; pues no puede considerarse la subsistencia de la Unidad de Auditoría Interna (ni de ninguna otra unidad administrativa) de un órgano que ha desaparecido.

Más aún cuando, en el mismo Decreto se contempla un lapso perentorio para que el Ministerio del Poder Popular de Industria y el Ministerio del Poder Popular para Petróleo y Minería, asuman el ejercicio efectivo de sus competencias otorgadas, muchas de las cuales eran ejercidas por el suprimido Ministerio de Poder Popular para las Industrias Básicas y Minerías y por el Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología e Industrias Intermedias (que pasó a denominarse Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología). Motivo por el cual, las máximas autoridades de los Ministerios involucrados, están en la obligación de coordinar acciones para la materialización de la

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.229 del 28 de julio del año 2009.

transferencia de competencias en el tiempo previsto, con la finalidad de preservar la continuidad de la actividad administrativa que desarrollan en respeto de los derechos de los administrados.

En atención a lo señalado, lo procedente es que la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio suprimido elabore el acta de entrega correspondiente, cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 10 de las citadas “*Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias*”, y relacione la información, en dos (2) áreas -Industrias y Minería-, de acuerdo con la competencia de cada órgano, en razón del plazo perentorio (90 días continuos) acordado en el Decreto de supresión del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería.

En conclusión, las Unidades de Auditoría Interna, como órganos de control fiscal del Ministerio creado y del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, son los llamados a continuar con la tramitación de las actuaciones fiscales (exámenes de cuenta, revisión de actas de entrega, denuncias y procedimientos) que llevaba la Unidad de Auditoría Interna del suprimido Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería.

Memorando 04-00-129 del 29 de febrero del año 2012.

CONTROL FISCAL: Posibilidad de que la Unidad de Auditoría Interna ejerza funciones de control fiscal en las empresas filiales de un ente descentralizado.

La Corporación de los Andes (CORPOANDES) como ente de adscripción, puede a través de su Unidad de Auditoría Interna asumir excepcionalmente las funciones de control fiscal sobre sus empresas filiales, siempre que obtenga de este Máximo Órgano Contralor autorización expresa.

Memorando 04-00-168 del 19 de marzo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, con la finalidad de establecer si la Unidad de Auditoría Interna de la Corporación de los Andes (CORPOANDES), puede ejercer las funciones de control fiscal sobre sus empresas filiales: Carbones del Suroeste, Fosfatos del Suroeste, Compañía para el Desarrollo de las zonas Industriales del Estado Táchira, Hotelera Colón S.A. y Centro Cívico San Cristóbal.

Como punto previo, es conveniente señalar la naturaleza jurídica de los Entes Descentralizados funcionalmente, así se tiene que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹ establece que son los creados en forma de derecho público (Institutos Públicos y Autónomos) y en forma de derecho privado (las empresas, fundaciones y sociedades civiles del Estado).

En este sentido, se tiene que la Corporación de los Andes (CORPOANDES), es un instituto autónomo integrante de la Administración Descentralizada Funcionalmente; creado por Ley², con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica de sus empresas filiales Carbones del Suroeste³, Fosfatos del Suroeste⁴, Compañía para el Desarrollo de las zonas Industriales del Estado Táchira⁵, Hotelera Colón S.A.⁶ y Centro Cívico San Cristóbal; es preciso mencionar que son empresas del Estado constituidas con forma de derecho

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

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 27.619 del 15 de diciembre del año 1964.

3 La Corporación de los Andes (CORPOANDES) único accionista por la transferencia recibida de la totalidad de las acciones de parte de la extinta Corporación Venezolana del Suroeste (CVS).

4 Capital accionario 100% suscrito por el Instituto Autónomo Corporación para el Desarrollo de la Región de los Andes (CORPOANDES).

5 Capital público aportado por el gobierno del Táchira a través de Fundatáchira, la alcaldía del municipio García de Hevia y la alcaldía de municipio Jáuregui, siendo su principal accionista CORPOANDES.

6 El 97% de la empresa Hotelera Colon S.A., (HOCOSA), pertenece a CORPOANDES.

privado, en las que actualmente la titularidad del control accionario le pertenece a esta Corporación.

Por ello es imperioso indicar, que la regla general es que todos 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 Fiscal⁷, deben tener dentro de su estructura organizativa una Unidad de Auditoría Interna (órgano de control fiscal) que ejerza las funciones de control posterior sobre el ente sujeto a su control, tal como lo prevé el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁸, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 22 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional⁹, mientras que la **excepción** se encuentra establecida en el párrafo único del artículo 26 de la *supra* citada Ley Orgánica que regula nuestro funcionamiento, al señalar que en el caso de organismos o entidades **cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados** no justifiquen el funcionamiento de una Unidad de Auditoría Interna propia, la Contraloría General de la República evaluará dichas circunstancias y de considerarlo procedente, autorizará su eliminación si existe o la no creación, y que las funciones de control fiscal sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción; circunstancia ratificada en el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰.

En adición a lo anterior, el Reglamento antes mencionado establece en sus artículos 48, 49, 50 y 51 lo siguiente:

Supuestos de excepción

Artículo 48. *En caso de órganos o entidades de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de*

7 Publicada su última reforma en Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.741 del 23 de agosto del año 2011.

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

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

los recursos administrados, no justifique el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia, las máximas autoridades jerárquicas de los órganos de adscripción conjuntamente con las máximas autoridades jerárquicas del órgano o entidad adscrita, solicitarán a la Contraloría General de la República autorización para que las funciones de control fiscal en dicho órgano o entidad sean ejercidas por la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción.

Requisitos de la solicitud

Artículo 49. *La solicitud de autorización deberá cumplir los requisitos siguientes:*

1) Estar suscrita por las máximas autoridades jerárquicas tanto del órgano de adscripción como del órgano o entidad adscrita.

2) Acompañarse de un Informe detallado con sus respectivos documentos probatorios, en el cual se expongan los fundamentos conforme a los cuales no se justifica el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia en el órgano o la entidad adscrita, así como la capacidad de la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción para asumir las funciones de control fiscal de dicho órgano o entidad.

3) Opinión de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, cuando se trate de órganos o entes del Poder Ejecutivo Nacional a través de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada Funcionalmente.

La Contraloría General de la República sólo admitirá las solicitudes que cumplan los requisitos señalados en el presente artículo.

Contenido del informe

Artículo 50. *El informe a que se refiere el artículo anterior deberá especificar lo siguiente:*

1) Del órgano o entidad adscrita:

- a) *Estructura organizativa: organización y niveles jerárquicos.*
- b) *Tipo de operaciones: procesos medulares o actividad principal y el número de operaciones.*
- c) *Monto de los recursos administrados: ejecución física y financiera del presupuesto, correspondiente a los dos (2) últimos años.*
- d) *Los objetivos del Plan Estratégico u Operativo Anual de los dos (2) últimos años, y porcentaje (%) de cumplimiento de los mismos.*
- e) *Información referente a los sistemas administrativo, presupuestario y financiero.*
- f) *Información referente a la administración del recurso humano.*
- g) *Evaluación del sistema de control interno realizada por la unidad de auditoría interna, si la hubiere, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley.*

2) Del órgano de adscripción:

- a) *Estructura organizativa: organización y niveles jerárquicos.*
- b) *Número de órganos y entidades adscritas.*
- c) *Tipo de operaciones: procesos medulares o actividad principal, y el número de operaciones.*
- d) *Evaluación del sistema de control interno elaborada por la unidad de auditoría interna, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley.*

3) De las unidades de auditoría interna del órgano de adscripción y del órgano o entidad adscrita, si la hubiere:

- a) *Estructura Organizativa: organización y niveles jerárquicos.*
- b) *Actuaciones de control realizadas en los dos (2) últimos años: número, tipo y dependencia donde se realizaron.*

c) *Relación de todos los expedientes tramitados en los dos (2) últimos años en ejercicio de las potestades de investigación y de los procedimientos administrativos para la determinación de responsabilidades.*

d) *Información sobre el recurso humano: cantidad, distribución y especialización.*

e) *Los objetivos del Plan Operativo Anual de los dos (2) últimos años y su porcentaje (%) de ejecución.*

Lapso para tramitar y resolver la solicitud

Artículo 51. *La Contraloría General de la República tramitará y resolverá la solicitud de autorización, en un lapso que no excederá de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de su recepción. De igual manera se procederá en los casos que se solicite la revocatoria de la autorización.*

Por otra parte, en el Capítulo IV de la Resolución N° 01-00-000068 de fecha 15 de abril del año 2010, que contiene los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna¹¹, dictado por la Contraloría General de la República, se establece:

1. El ámbito subjetivo de actuación de las unidades de auditoría interna se restringe al respectivo órgano o entidad del cual forman parte, incluidos los organismos desconcentrados del respectivo órgano o entidad; salvo que la Contraloría General de la República, autorice el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia, atendiendo a la estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos que administran.

2. Las unidades de auditoría interna, podrán asumir funciones de control en los entes descentralizados funcionalmente adscritos al respectivo órgano o entidad, cuando la Contraloría General de la República haya otorgado la autorización para que las funciones de control fiscal en estos, sean ejercidas por la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción, en virtud de que su estructura, número, tipo de operaciones o monto de

¹¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 del 22 de abril del año 2010.

los recursos administrados no justifican el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia.

*Las autorizaciones aquí indicadas se efectuarán conforme a lo previsto en el **parágrafo único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y en los artículos 48 a 53 de su Reglamento.** (Destacado propio)*

En atención a la disposiciones normativas *supra* transcritas, se observa que **el ámbito subjetivo de actuación de la Unidad de Auditoría Interna de un órgano o entidad se limita a la estructura interna del mismo, pero pueden excepcionalmente ejercer funciones de control fiscal en los entes descentralizados funcionalmente**, siempre que realicen las gestiones pertinentes ante esta Contraloría General de la República y obtengan, de forma expresa, la autorización para la no creación o la eliminación de la Unidad de Auditoría Interna si existe, y para que las funciones de control fiscal en dichos entes sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción.

De manera que, para este caso, el ámbito subjetivo de actuación de la Unidad de Auditoría Interna de la Corporación de los Andes (CORPOANDES), se limita a su estructura interna y solo excepcionalmente podrá ejercer las funciones de control fiscal en los entes que tengan adscritos, siempre que se cumplan los extremos previstos 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 y los requisitos establecidos en los artículos del Reglamento *supra* transcritos.

Ahora bien, al hacer referencia a la autorización prevista en el parágrafo único del mencionado artículo 26, si bien expresa que la misma se otorgará a la Unidad de Auditoría Interna del “**órgano**” de adscripción, la interpretación no puede hacerse de manera literal, toda vez que es preciso recalcar que la adscripción puede darse entre órganos de la administración central y entes públicos, empresas del Estado, fundaciones o asociaciones civiles; o entre entes de la administración descentralizada funcionalmente sobre empresas del Estado, fundaciones o asociaciones civiles; por ello debido a los niveles en que se puede dar la adscripción, la naturaleza del ente adscrito condiciona qué tipo de control se ejercerá; bajo esta concepción la Corporación de los Andes puede ejercer sobre

sus empresas filiales el control de adscripción bajo la modalidad de control accionario, y en adición a ello puede ejercer el control fiscal interno siempre que se cumpla con los extremos antes señalados.

En refuerzo a lo anterior, se observa que el Decreto con Fuerza de Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los Órganos de la Administración Pública¹², prevé que los Institutos Autónomos pueden ejercer el control correspondiente sobre los entes descentralizados funcionalmente adscritos o en propiedad de estos¹³. Asimismo, establece que los Institutos Autónomos, Empresas, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado no previstos expresamente en dicho instrumento, continuarían adscritos a los organismos que se hayan determinado en los respectivos actos jurídicos de creación o constitución¹⁴.

En este sentido, la Corporación de los Andes (CORPOANDES) al ser un Instituto Autónomo facultado por Ley para crear sociedades mercantiles y atendiendo a razones de celeridad, economía, inmediatez y eficiencia para coadyuvar con los cometidos del Estado, creó y adquirió la mayoría de acciones de sus empresas filiales; por ello, en su condición de accionista mayoritario de sus empresas filiales, se reitera que puede ejercer sobre estas, de manera excepcional y previa autorización de este Máximo Órgano Contralor, el control fiscal interno a través de su Unidad de Auditoría Interna; aunado a que conforme al precitado Decreto las empresas filiales de la Corporación en referencia no se encuentran adscritas a ningún Ministerio u órgano de la Administración Central.

Así pues, sobre la base de los razonamientos expuestos, se concluye que la Corporación de los Andes (CORPOANDES), como ente de adscripción, puede a través de su Unidad de Auditoría Interna asumir excepcionalmente las funciones de control fiscal sobre sus empresas filiales, siempre que obtenga de este Máximo Órgano Contralor autorización expresa, de conformidad con lo previsto en el parágrafo único del

¹² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre del año 2011.

¹³ “**Artículo 16:** Los Institutos Autónomos previstos en el presente Decreto Ley, continuarán ejerciendo el control correspondiente sobre los entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos o que le pertenezcan”.

¹⁴ “**Artículo 18:** Los institutos autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado que no hayan sido expresamente previstos en este Decreto Ley, continuarán adscritos a los organismos que se hayan determinado en los respectivos actos jurídicos de creación o constitución”.

artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 48, 49, 50 y 51 del Reglamento de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorando 04-00-168 del 19 de marzo del año 2012.

CONTROL FISCAL: Inhibición de los funcionarios adscritos a una Unidad de Auditoría Interna, conforme al numeral 4 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

No se considera la causal de inhibición prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en atención a que entre las dependencias que integran esa Unidad de Auditoría Interna, específicamente entre el Área de Control Posterior y la de Determinación de Responsabilidades, no se da la relación de servicio o subordinación, toda vez que las referidas dependencias al tener el mismo nivel jerárquico sólo están obligadas a interactuar coordinadamente, pero con independencia en sus funciones.

Memorando 04-00-338 del 04 de junio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la eventual inhibición de los funcionarios adscritos a la Unidad de Auditoría Interna de un ente descentralizado; tomando como consideración que ese Órgano de Control Fiscal Interno, adelanta una potestad investigativa en etapa de informes de resultados, en la cual pudiera estar comprometida la responsabilidad de una funcionaria que actualmente se desempeña como responsable del Área de Control Posterior de esa Unidad de Auditoría Interna; configurándose según su apreciación, la causal de inhibición prevista en el numeral 4 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹ para todo el personal. Surgiendo las interrogantes siguientes: i) Sí se consideran viciadas de nulidad las actuaciones relativas a la potestad investigativa; ii) En el supuesto de que no estén viciadas de nulidad, si es procedente enviarlas al Área de Determinación de Responsabilidades, dado que allí subsiste la supuesta causal de inhibición.

En primer término, es preciso referirse al principio de imparcialidad, como expresión directa del principio constitucional de igualdad, bajo el cual la Administración Pública debe garantizar igual trato a todos los particulares; así la imparcialidad es una garantía para que la Administración Pública sirva con objetividad a todos los intereses generales, sin someterse a parcialidades y actuar con sometimiento pleno a la Constitución y a la Ley. Este principio tiene su desarrollo concreto en la referida Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mediante la figura de la inhibición y sus causales, establecidas con base en razo-

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela 2.818 Extraordinario del 01 de julio del año 1981.

nes de interés, amistad, enemistad, intervención en el asunto, opinión formada y relación de servicio o subordinación del funcionario actuante con el sujeto u objeto del procedimiento administrativo.

En este sentido, es importante puntualizar lo que se entiende por inhibición a la luz de la doctrina. Así, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó², la ha entendido como “*la abstención voluntaria del titular del órgano que ha de actuar en general y a tomar decisiones finales o interlocutorias*”.

Por su parte, el Dr. José Araujo Suárez³ considera:

(...) la inhibición constituye, pues, una técnica para garantizar que las personas físicas que en un momento dado personifican la Administración Pública, van a realizar adecuadamente los fines encomendados, evitando que la recta decisión pueda resultar desviada por las relaciones con las personas o los intereses en juego (...).

De manera que, la inhibición constituye un acto obligatorio para el funcionario incurso en las causales de Ley, que permite garantizar la objetividad y transparencia de los resultados en la actividad administrativa.

A partir de estas consideraciones, es preciso referirse a las causales de inhibición establecidas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ya referida, que dispone:

Artículo 36. *Los funcionarios administrativos deberán inhibirse del conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:*

1. *Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento.*

2 Rondón de Sansó, Hildegard (1986) Lineamientos Generales del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y Municipios. En: Estudios Laborales: ensayos sobre Derecho del Trabajo y disciplinas afines en Homenaje al Profesor Rafael Alfonso Guzmán. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Pág. 402.

3 Araujo-Juárez, José (2010) Derecho Administrativo General: Procedimiento y Recurso Administrativo. Caracas: Ediciones Paredes. Pág. 218-219.

2. *Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.*
3. *Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. Quedan a salvo los casos de revocación de oficio y de la decisión del recurso de reconsideración.*
4. **Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.**

Parágrafo único: *Quedan exceptuados de esta disposición los funcionarios que tengan a su cargo la expedición de certificados adoptados en serie o conformen a modelos preestablecidos, de modo que les resulte en extremo difícil advertir la existencia de causas de inhibición. (Destacado propio)*

La norma citada permite distinguir, en primer lugar, que la inhibición es una figura obligatoria y no potestativa, pues surge la inmediata obligación del funcionario de inhibirse del conocimiento de un asunto si sobre él recae una de estas causales, las cuales aluden principalmente al vínculo del funcionario con el sujeto u objeto del asunto o procedimiento administrativo que le corresponde tramitar, salvo lo previsto en el parágrafo único del mencionado artículo 36. En segundo lugar, la oportunidad en que estas causales originan la inhibición; toda vez que estas deben ser concurrentes o simultáneas en el tiempo con el inicio o desarrollo del procedimiento en el que actúe dicho funcionario; y a partir de allí, es cuando surge la oportunidad para que el funcionario obligado a inhibirse formule su inhibición o para que el superior jerárquico de oficio o a solicitud de parte ordene la misma.

Ahora bien, en el caso específico de la causal prevista en el numeral 4 del *supra* citado artículo 36, la jurisprudencia⁴ ha considerado lo siguiente:

(...) la relación de servicio o subordinación, tiene lugar cuando la autoridad u órgano del cual se depende provee de los medios materiales o bienes económicos que precisa la subsistencia del dependiente o subalterno, en virtud de la existencia de un vínculo laboral, económico o de índole financiero entre ambos que afecta la independencia e imparcialidad del funcionario del conocimiento del asunto cuya competencia le está legalmente atribuida (...).

De allí que, para considerar la relación de servicio o subordinación como causal de inhibición, deben concurrir las circunstancias siguientes: **primero**, la actuación de un funcionario competente por ley en un asunto o procedimiento administrativo; **segundo**, existencia de un vínculo laboral, económico o de índole financiero entre la autoridad u órgano y el dependiente o subalterno; **tercero**, el solicitante o interesado directo en el asunto o procedimiento debe **ser el superior jerárquico del funcionario actuante**⁵; **cuarto**, dicha relación debe existir para la fecha en que el funcionario bajo dependencia efectivamente actúe en el procedimiento; **quinto**, esta causal sólo procede entre el funcionario actuante y su superior jerarca siempre que se dé dentro de la misma esfera de competencia material y territorial.⁶

En este contexto, es importante señalar en términos generales que las Unidades de Auditoría Interna, están conformadas por una estructura básica, integrada por el despacho del titular de la Unidad de Auditoría Interna y dos dependencias, la de control posterior y la de determinación de responsabilidades, **dependencias especializadas que tienen el mismo nivel o rango jerárquico**⁷, motivo por el cual no existe entre las dependencias de una Unidad de Auditoría Interna relación de servicio o subordinación, con excepción del Despacho del

4 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, n° de expediente AP42-R-2008-000384, sentencia del 03 de marzo del año 2009. Caso: Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

5 Rondón de Sansó, Hidelgard y Otros (1981) Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Estudio Preliminar, Guía de Lectura, Sistemática General e Índice Alfabético. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Página 43.

6 Ídem, Pág. 44.

7 Capítulo II de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 39.408 del 22 de abril del año 2010.

Auditor; toda vez que ninguna tiene sobre la otra, poder de dirección, organización, vigilancia o disciplina⁸, ni hay sumisión que implique el cumplimiento de órdenes y reglas entre ellas⁹.

De manera que, en el caso bajo análisis no se da la relación de servicio o subordinación entre las dependencias que integran esa Unidad de Auditoría Interna, específicamente entre el Área de Control Posterior y la de Determinación de Responsabilidades, toda vez que las referidas dependencias al tener el mismo nivel jerárquico sólo están obligadas a interactuar coordinadamente, pero con independencia en sus funciones, tal como se desprende de las funciones específicas que de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰, su Reglamento¹¹ y en los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, tienen atribuidas.

De allí que, en el caso objeto de consulta no se da la causal de inhibición prevista en el numeral 4 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en consecuencia, es perfectamente válido el informe de resultados y la subsiguiente remisión del expediente al Área de Determinación de Responsabilidades, a los fines de que inicie el procedimiento contemplado en el Capítulo IV del Título III “*De las Potestades de Investigación, las Responsabilidades y Sanciones*”¹², para la formación de reparos, determinación de responsabilidades administrativas o la imposición de multas, según corresponda.

Sin embargo, dadas las circunstancias particulares del caso y en aras de evitar conflictos e incomodidades, en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas las Unidades de Auditoría Interna, se recomienda al Titular de la Unidad de Auditoría Interna del ente descentralizado, elevar la situación a la Máxima Autoridad de ese Organismo, para que esta por tener el manejo del recurso humano, considere la posibilidad de trasladar a la funcionaria presuntamente involucrada, a

8 Alfonso Guzmán, Rafael J.(1983). Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Pág. 54.

9 Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia n° 131 del 12 de junio del año 2001, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo.

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

11 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

12 Ley Orgánica de la Contraloría General de las República.

otra dependencia, y con ello garantizar que los funcionarios adscritos a dicha Unidad, ejerzan sus funciones e instruyan el procedimiento correspondiente sin limitaciones, en el marco de la legalidad y en estricto apego a los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia.

Memorando 04-00-338 del 04 de junio del año 2012.

CONTROL FISCAL: Trámite conducente para evacuar prueba de experticia grafotécnica.

La Administración debe realizar las gestiones tendentes para la evacuación de la experticia grafotécnica, y en atención al principio de colaboración que debe existir entre los órganos que conforman la Administración Pública, se sugiere solicitar la cooperación del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (CICPC), División de Documentología, en el nivel central, y remitir copia certificada de los documentos cuyas firmas estén legibles para que dicho organismo proceda a practicar dicha experticia, debido a que cuenta con los profesionales idóneos para realizar la prueba en comento de manera gratuita.

Memorando 04-00-404 del 27 de junio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en torno a la colaboración por parte de este Máximo Órgano de Control Fiscal, a un órgano de control fiscal externo estatal, a fin de conocer los trámites conducentes para evacuar la prueba de experticia grafotécnica promovida por interesados legítimos, en virtud de que el ente consultante no cuenta con los recursos económicos para evacuar la misma, asimismo se requiere conocer a quién le corresponde evacuar la referida prueba, con el objeto de verificar la autenticidad de las firmas plasmadas en diecinueve (19) cheques y sus respectivas órdenes de pago, cuyos resultados son necesarios en la investigación que adelanta ese órgano de control externo local en las operaciones administrativas, presupuestarias y financieras, llevadas a cabo por uno de los órganos sujetos a su control.

Al respecto, conviene hacer notar, que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, aplicable en todas las etapas y grados de los procedimientos judiciales y administrativos, implica para la Administración, el deber de utilizar todos los mecanismos que se encuentran a su disposición para recabar los elementos necesarios que permitan demostrar la ocurrencia de los hechos y quiénes participaron en los mismos.

De manera que, sobre la base del principio de la verdad material, es a la Administración a quien corresponde realizar toda la actividad

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

investigativa orientada a demostrar los hechos constitutivos de la infracción que dieron lugar a un procedimiento, así como la participación o responsabilidad del o los presuntos responsables con los medios probatorios adecuados, pues el simple relato de los hechos no conlleva presunción de veracidad.

Por otra parte, en el procedimiento administrativo son admisibles todos los medios de prueba establecidos en las leyes vigentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos², asimismo se prevé en el Procedimiento Administrativo para la Determinación de Responsabilidades, cuando la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, expresa:

Artículo 100. *Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso por cualquier medio de prueba que no esté expresamente prohibido por la ley.*

En el caso que se consulta, la Administración debe realizar las gestiones tendentes para la evacuación de la experticia grafotécnica, y en atención al principio de colaboración que debe existir entre los órganos que conforman la Administración Pública, previsto en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicitar la cooperación del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (CICPC), División de Documentología, en el nivel central y remitir los documentos cuyas firmas estén legibles para que dicho organismo proceda a practicar la misma, debido a que cuenta con los profesionales idóneos para realizar la prueba en comento de manera gratuita.

Memorando 04-00-404 del 27 de junio de 2012.

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio del año 1981.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

CONTROL FISCAL: Competencia de los auditores adscritos al área de control posterior para realizar el procedimiento de potestad investigativa.

En el procedimiento de la potestad investigativa pudiera requerirse de la participación de un profesional del derecho, en virtud de que sus conocimientos jurídicos facilitan el desarrollo de algunas etapas del mismo. Sin embargo, la falta de este profesional en el área de control posterior no puede constituir en un obstáculo para continuar el procedimiento iniciado, en razón de que el mismo no debe ser suspendido o paralizado por esta circunstancia, toda vez que es una función que compete a esta área perfectamente realizable por auditores, quienes se encuentran plenamente capacitados para concluirlo.

Memorando 04-00-451 del 20 de julio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, relacionada con la competencia de los auditores adscritos al área de Control Posterior de una universidad nacional para realizar el procedimiento de potestad investigativa, toda vez que manifiestan no tener competencia, en razón de que el Manual de Normas y Procedimientos en materia de Potestad Investigativa de la Contraloría General de la República, no muestra el rol que desempeñan los auditores durante ese proceso y según su criterio la investigación debe recaer sobre los abogados.

Sobre este particular, es importante señalar que los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna¹ establecen la estructura básica de estas, la cual está conformada por el Despacho del titular de la unidad y dos dependencias con el mismo nivel o rango jerárquico; una encargada del control posterior y otra de la determinación de responsabilidades administrativas, y entre las funciones atribuidas a las dependencias encargadas del control posterior, se encuentran entre otras: evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficiencia de los sistemas que lo integran; examinar los registros y estados financieros para determinar su pertinencia y confiabilidad; examen posterior de los programas, proyectos u operaciones; tramitar las denuncias de los particulares o las solicitudes formuladas por cualquier órgano o ente o empleado público, vinculadas con la comisión de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal relacionados con la administración

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N 39.408 del 22 de abril del año 2010.

manejo o custodia de fondos o bienes públicos, del órgano o ente sujeto a su control; realizar el examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes públicos; verificar las cauciones presentadas por los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, antes de la toma de posesión del cargo; verificar la sinceridad y exactitud de las actas de entrega por parte de las máximas autoridades jerárquicas y demás gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro organizativo; ejercer las actividades **inherentes a la potestad investigativa**.

Como se observa de la transcripción parcial de las funciones asignadas a las áreas de control posterior de las unidades de auditoría interna, se infiere que la auditoría es el método requerido para la ejecución de la mayoría de ellas, por lo que en atención a la gran cantidad de órganos y entes que conforman la Administración Pública en general, con atribuciones que comprenden todos los campos de la actividad económica e industrial, la función de control no puede ser interpretada como un proceso aislado que debe ser llevado únicamente por auditores, toda vez que se requiere de un equipo multidisciplinario conformado por distintas áreas técnicas profesionales que permitan atender, analizar y evaluar el cúmulo de información y situaciones con las que se van a encontrar en el marco de estas actividades.

En este sentido, el Manual de Normas y Procedimientos en Materia de Auditoría de Estado², en la Sección Normas, referida a la PLANIFICACIÓN DE LA AUDITORÍA, Equipo de trabajo, dispone que *“El equipo de trabajo estará conformado por profesionales de diversas áreas, seleccionados tomando en cuenta su capacidad técnica y experiencia, de acuerdo con el tipo y complejidad de la auditoría a realizar (...).”* Dentro de ese equipo, es conveniente contar con un profesional del derecho, quien asistirá a los auditores en la identificación de la normativa legal, sublegal aplicable, a los fines de establecer la correspondencia entre los hallazgos y los criterios, en el levantamiento del Acta Fiscal (de ser requerida) y en la determinación o identificación de la documentación probatoria para sustentar los mismos, así lo señala la Norma relativa a

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39 .827 del 23 de diciembre del año 2011.

la EJECUCIÓN DE LA AUDITORÍA. Hallazgos de la auditoría, y el Acta fiscal.

De manera que, de acuerdo con los resultados obtenidos en las Auditorías, se procederá al inicio de la potestad investigativa, entendida como la facultad de los órganos de control fiscal, para realizar dentro del ámbito de sus competencias, las actuaciones e investigaciones destinadas al esclarecimiento de los actos hechos u omisiones que pudieran dar lugar a la procedencia de acciones fiscales (multas, reparos o responsabilidad administrativa) establecidas en la citada Ley, por lo que es considerada una actividad propia del área de control posterior, en la cual se desarrollan los elementos del hallazgo de auditoría con las respectivas pruebas que constituyan los elementos fundamentales para su ejercicio.

Visto de esta forma, no deja lugar a duda, que en la potestad investigativa debe participar un equipo multidisciplinario que permita realizar todas las actuaciones que sean requeridas para que, de acuerdo con los hallazgos determinados en la fase de auditoría, se pueda, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, “...verificar la ocurrencia de actos hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, el monto de los daños causados al patrimonio, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales ...”. De allí que, no puede considerarse a la potestad investigativa como un procedimiento que debe ser llevado exclusivamente por abogados, toda vez que al igual que en las auditorías, se requiere de la participación de diversos profesionales que van a coadyuvar al esclarecimiento de los hechos, actos y omisiones que pudieran dar lugar al ejercicio de las acciones fiscales correspondientes.

Por lo tanto, si bien es cierto que en el procedimiento de la potestad investigativa pudiera requerirse la participación de un profesional del derecho, en virtud de que sus conocimientos jurídicos facilitan el desarrollo de algunas etapas del mismo, no es menos cierto que la falta de este profesional en el área de control posterior no puede constituir un obstáculo para continuar el procedimiento iniciado, en razón de que el mismo no debe ser suspendido o paralizado por esta circunstancia, toda

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

vez que es una función que compete a esta área perfectamente realizable por auditores, quienes además se encuentran plenamente capacitados para concluirlo, de no hacerlo se estaría restringiendo el ejercicio pleno de las competencias que tiene asignada la Unidad de Auditoría Interna. En tal sentido, es preciso traer a colación el criterio de este Máximo Órgano de Control, plasmado en el Oficio-Circular N° 01-00-000872 del 27 de octubre del año 2010⁴, relativo a la Interpretación y aplicación de los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, en el que se señala lo siguiente:

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, dicha circunstancia no puede 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 (...).

Memorando 04-00-451 del 20 de julio del año 2012.

4 Disponible en el portal web de la Contraloría General de la República: www.cgr.gob.ve

CONTROL FISCAL: Posibilidad de que un funcionario que ejerce funciones de la administración activa pueda ser designado para integrar el panel de una Unidad de Auditoría Interna o viceversa.

No existe impedimento legal para que un funcionario que se encuentre ejerciendo funciones en la administración activa pase a formar parte del personal de la Unidad de Auditoría Interna, ni tampoco que un funcionario que haya ejercido funciones en tal Unidad pase a prestar servicios en la administración activa. De ocurrir el caso de que al funcionario en el ejercicio de las funciones de control le correspondiera revisar algún acto en el cual tuvo participación, en desempeño de sus funciones en la Administración activa, la Administración dispone de mecanismos que permite al funcionario abstenerse de conocer en aras de preservar y salvaguardar los principios rectores en sus funciones, y de ser necesario hacer uso de la figura de la inhibición.

Memorando 04-00-491 del 03 de agosto del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la posibilidad de que funcionarios públicos que desempeñen cargos en la Administración activa puedan ser designados para cumplir gestiones de auditoría como integrantes de la nómina de la Unidad de Auditoría Interna, así como la viabilidad de que el funcionario que haya formado parte de esa Unidad pueda ser designado para ejercer funciones en la Administración activa.

Evaluable el planteamiento formulado se tiene a bien señalar que el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, se prevé:

Artículo 135. La auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen. Dicho servicio se prestará por una unidad especializada de auditoría interna de cada ente u órgano, cuyo personal, funciones y actividades deben estar desvinculadas de las operaciones sujetas a su control. (Destacado propio)

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio del año 2012.

De conformidad con los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², las unidades de auditoría interna son las encargadas de prestar el servicio de auditoría interna para evaluar el sistema de control interno, incluyendo el grado de operatividad y eficacia de los sistemas de administración y de información gerencial del órgano o ente sujeto a su control, así como también 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, y en ese sentido pueden realizar, entre otras, auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo en el órgano o ente sujeto a su control, teniendo además atribuidas potestades investigativas y sancionatorias, que dentro del ámbito de su competencia pudieran derivarse.

Por su parte, el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³, señala que la unidad de auditoría interna debe estar adscrita al máximo nivel jerárquico de la estructura administrativa de la cual forma parte y *“(...) gozará del mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar.”*

En ese mismo sentido, se encuentra expresado en el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional⁴, en sus artículos 23, 26 y 27, cuando determinan que las Unidades de Auditoría Interna dependerán del máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa del respectivo órgano o ente, de manera que corresponde a la máxima autoridad de cada organización dotarlas del recurso humano idóneo y necesario, así como de los recursos presupuestarios, materiales y administrativos que le faciliten la efectiva coordinación del sistema de control interno y el ejercicio de las funciones de vigilancia y fiscalización, que por ley están obligadas a realizar.

De igual manera, se pronuncian los Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna⁵,

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

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

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.408 de fecha 22 de abril del año 2010.

emanados de esta Contraloría General de la República, cuando en el literal b), del capítulo III “Del Recurso Humano”, se señala que la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u órgano debe designar al personal que requiere esta Unidad, de conformidad con lo previsto en el régimen jurídico que le resulte aplicable. **Este personal deberá ser calificado técnica, profesional y éticamente, para así cumplir con las funciones de control y vigilancia que le han sido asignadas**, reiterando además el grado de independencia que estas gozan, las cuales no deben participar en los actos típicos de la administración activa del ente u órgano sujeto a su control.

Como puede observarse, le corresponde a la máxima autoridad jerárquica de los órganos o entes ejercer la administración de personal, quien deberá velar en todo momento por garantizar la asignación de personal calificado e idóneo a las Unidades de Auditoría Interna, con la finalidad de salvaguardar la independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones y el carácter técnico del ejercicio del control fiscal que están llamadas a ejercer, conforme a los principios rectores del Sistema Nacional de Control Fiscal consagrados en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Así pues, conforme a lo anteriormente señalado, no existe impedimento legal para que un funcionario que se encuentre ejerciendo funciones en la administración activa pase a formar parte del personal de la Unidad de Auditoría Interna, ni tampoco que un funcionario que haya ejercido funciones en tal Unidad pase a prestar servicios en la administración activa, toda vez que, previa consulta con el titular del órgano, la máxima autoridad jerárquica debe garantizar que el personal asignado sea el más idóneo y calificado, a los fines de que se cumplan a cabalidad los objetivos legalmente encomendados, y queda de parte del funcionario la responsabilidad de regir su conducta apegado a los principios rectores de la Administración Pública, como es el actuar con honestidad, responsabilidad, objetividad, transparencia e imparcialidad, entre otros.

Siendo así, resulta oportuno señalar que puede darse el caso de que al funcionario en el ejercicio de las funciones de control le corresponda revisar algún acto en el cual tuvo participación, en desempeño de sus funciones en la Administración activa; en ese caso, es preciso

indicar que la Administración dispone de mecanismos que permite al funcionario abstenerse de conocer en aras de preservar y salvaguardar los *supra* indicados principios rectores en sus funciones, y de ser necesario hacer uso de la figura de la inhibición prevista en el artículo 36 de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶, que constituye un acto voluntario y personalísimo del funcionario público que opera en los casos previstos en el citado artículo, lo que le permite mantenerse al margen de aquellos asuntos para los cuales tenga legalmente la competencia, pero que por determinadas circunstancias pudiera verse comprometida su responsabilidad.

Memorando 04-00-491 del 03 de agosto del año 2012.

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio del año 1981.

CONTROL FISCAL: Dependencias a quienes les correspondería realizar las gestiones de cobro y la emisión de planillas de liquidación, a los fines de hacer efectiva la recaudación de un reparo formulado por la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado.

La empresa CVG Bauxilum por ser un ente descentralizado con fines empresariales, no se rige por las disposiciones sobre el Sistema de Tesorería en lo que se refiere a la custodia de fondos, percepción de ingresos y realización de pagos y en consecuencia, los ingresos correspondientes a las cantidades generadas por concepto de reparos formulados por la Unidad de Auditoría Interna deben formar parte del patrimonio de dicha empresa. Es por tanto que, corresponde a las direcciones, gerencia u otra nomenclatura utilizada por la empresa para nombrar a sus dependencias, cumplir con los trámites, procedimientos administrativos y presupuestarios correspondientes, a los fines de que se haga efectiva la materialización del cobro de las cantidades objeto de reparo y la emisión de las planillas de liquidación correspondientes.

Memorando 04-00-512 del 09 de agosto del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, a los fines de determinar a cuál Unidad o Gerencia de la empresa CVG Bauxilum, C.A., le correspondería realizar las diligencias pertinentes para hacer efectivo el cobro de un reparo formulado por el órgano de control interno de esa empresa del Estado.

Analizado el planteamiento formulado, se estima pertinente señalar que 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 1.185 del Código Civil¹, 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.

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

En el ámbito público, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², prevé la forma de indemnizar los daños y perjuicios que los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones causen al patrimonio público, y en ese sentido los artículos 58, 84 y 85 disponen 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.*

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

*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 repara**, 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 propio)

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 “repara”, 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, y en este caso específico, se trata del patrimonio de la empresa CVG Bauxilum C.A.

En este sentido, el régimen jurídico aplicable a los fines de hacer efectivo el cobro de reparos formulados por la Unidad de Auditoría Interna de las empresas del Estado, está previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³, cuyo objeto es regular la administración financiera, el sistema de control interno del sector público y los aspectos referidos a la coordinación macroeconómica, al Fondo de Estabilización Macroeconómica y al fondo de Ahorro Intergeneracional. La citada Ley en el artículo 6 delimita su ámbito de aplicación, el cual está referido a los órganos y entidades que conforman el sector público, en cuyas entidades se encuentran las empresas del Estado.

Así pues, la Administración Financiera del Sector Público está conformada por los Sistemas de Presupuesto, Crédito Público, **Tesorería** y Contabilidad, así como los sistemas tributarios y de administración de

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio del año 2012.

bienes, regulados por leyes especiales, los cuales están interrelacionados y cada uno de ellos actúa bajo la coordinación de un órgano rector.

Respecto al **Sistema de Tesorería**, este se encuentra consagrado en el artículo 105 y siguientes de la Ley en comento, integrado por el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos a través de los cuales se presta este servicio. Dicho servicio, en lo que se refiere a las actividades de custodia de fondos, percepción de ingresos y realización de pagos se extenderá **hasta incluir todo el sector público nacional centralizado y los entes descentralizados de la República sin fines empresariales**, conforme a lo establecido en el artículo 107, en concordancia con lo establecido en el artículo 4 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Tesorería⁴.

Ahora bien, la empresa CVG Bauxilum C.A., como filial de la Corporación Venezolana de Guayana se enmarca dentro de las empresas del Estado cuyo objeto social está dirigido a la exploración, evaluación, industrialización y comercialización de bauxita; diseño, construcción y operación de plantas e instalaciones para la conversión de bauxita en alúmina, su comercialización y otras materias requeridas para su fabricación; de allí que se encuentra bajo la injerencia del Estado formando parte de la Administración Pública Descentralizada, la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 7 numeral 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, califica como **un ente descentralizado con fines empresariales**, es decir, aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esa actividad.

De manera que, de acuerdo con el análisis que antecede, CVG Bauxilum C.A. cuenta con personalidad jurídica y patrimonio distinto e independiente de la República, realiza actividades que le generan sus propios recursos por ser -se insiste- **un ente descentralizado con fines empresariales**, por tanto no se rige por las disposiciones sobre el Sistema de Tesorería en lo que se refiere a la custodia de fondos, **percepción de ingresos** y realización de pagos y en consecuencia, los ingresos correspondientes a las cantidades generadas por concepto de

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

reparos formulados por la Unidad de Auditoría Interna deben formar parte del patrimonio de dicha empresa.

En ese sentido, corresponde a las direcciones, gerencia u otra nomenclatura utilizada por la Empresa para nombrar a sus dependencias, que de acuerdo con la normativa interna que rige a dicha Empresa, dictada por la máxima autoridad, estén facultados para cumplir con los trámites, procedimientos administrativos y presupuestarios correspondientes, a los fines de que se haga efectiva la materialización del cobro de las cantidades objeto de reparo y la emisión de las planillas de liquidación correspondientes.

Memorando 04-00-512 del 09 de agosto del año 2012.

CONTROL FISCAL: Afectación de la solvencia moral de un funcionario que consignó credenciales para participar en un concurso público y optó al cargo de Auditor Interno cuando se encontraba de reposo médico en el órgano o ente donde presta sus servicios.

No existe prohibición expresa para que un funcionario al servicio activo participe en un concurso público para optar a un cargo, pues implicaría coactar su crecimiento y aspiraciones profesionales, aunado a que la prohibición constitucional y legal está referida al ejercicio de manera simultánea de dos cargos públicos remunerados.

Memorando 04-00-549 del 28 de agosto de 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la designación del titular de la Unidad de Auditoría Interna de la Fundación Cinemateca Nacional, específicamente en lo que respecta a si la solvencia moral de un funcionario se vería afectada cuando, encontrándose de reposo médico en el órgano o ente donde presta sus funciones y acude personalmente a consignar sus credenciales para participar en un concurso público y optar al cargo de Auditor Interno.

En primer término, es pertinente determinar lo que debe entenderse por solvencia moral prevista en el numeral 3 del artículo 16 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 Descentralizados¹; a tal fin la Enciclopedia Jurídica Opus², dentro de su definición señala que implica tener “[...] *Limpios antecedentes de honrada gestión en los negocios públicos. Firmeza espiritual que lo lleva a regir las responsabilidades asumidas pensando en el bien nacional o general (...).*”

En este orden de ideas, es importante destacar que la Ley Orgánica del Poder Ciudadano³, establece de manera especial que la actividad de los servidores públicos debe adecuarse a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud, que es lo que debe entenderse por *ética pública*; y además establece la obligación de los sujetos que

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.350 del 20 de enero del año 2010.

2 Tomo VII, Ediciones Lira, Caracas -Venezuela (1995). Pág. 899.

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

presten servicios en organismos públicos de actuar dando preeminencia a los intereses del Estado por encima de intereses particulares o de determinados grupos, dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas, entendida esta obligación como *moral administrativa*.

Sobre la base de tales conceptos, se puede puntualizar que la **Solvencia Moral**, comprende el actuar del funcionario en el órgano o ente público, con apego a los principios de responsabilidad, transparencia, eficiencia, honestidad, integridad, respeto a la Ley, al ser humano y profesionalismo, anteponiendo los intereses del Estado sobre los intereses individuales o particulares, lo que implica que su comportamiento sea socialmente aceptable tanto dentro de la institución en la cual presta servicios, como en su vida diaria o cotidiana.

En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 11 de mayo de 2011⁴, se expresó en los términos siguientes:

(...) La solvencia moral, (...), suele aludir a un catálogo o serie de cualidades que hace que una persona sea digna de confianza, de crédito, de modo que está relacionada con la buena fama o reputación, con la honra, con las reglas o principios que determinan el buen comportamiento; pudiendo definirse entonces como el conjunto de creencias, costumbres, valores y normas de una persona que funcionan como una pauta para su propio obrar; que lo orientan acerca de las acciones correctas y las que no lo son.

(Omissis)

... se trata de una cualidad concerniente al fuero interno que exalta la dignidad personal y hace viable la existencia y desarrollo de las instituciones y el conglomerado social.

En el ámbito del ejercicio de las funciones públicas (sic) los atributos morales, además de los jurídicos en sentido estricto o intelectuales, tienen una especial relevancia en la significación como tal de dicha función, y su valor. En efecto, si se atiende, entre otros, al principio de responsabilidad del Estado, la escogencia de las personas destinadas a ejercer los distintos cargos públicos presupone que

⁴ Sentencia N°00607. Expediente N° 2008-0423.

tales sujetos posean una serie de cualidades personales y profesionales que aseguren el adecuado funcionamiento de la Administración y, en general, del Estado.

De manera que, en el ámbito de las funciones públicas se requiere que los servidores públicos posean cualidades tanto personales como profesionales intachables, dignos de confianza, que permitan su escogencia para el buen funcionamiento de la Administración Pública en pro de las necesidades colectivas.

En atención a lo expuesto, y en este caso específico, estima esta Dirección General que el solo hecho de que un funcionario haya conseguido sus credenciales para participar en un concurso público para optar al cargo de Auditor Interno, no puede interpretarse que su conducta sea contraria a la gama de principios *supra* señalados que conlleven a la afectación de su solvencia moral, pues como se indicó la misma lleva implícita la evaluación de una serie de valores y circunstancias que permitan al jurado calificador determinar si la persona no cumple con el referido requisito, aunado a que el reposo médico no debe ser entendido como un confinamiento donde el funcionario se encuentra limitado totalmente de sus actividades físicas; por el contrario, se expide a los fines que la persona se recupere con normalidad de la afección que padece y que lo imposibilita para cumplir a cabalidad con las funciones específicas encomendadas.

A todo evento es importante señalar, salvo las inhabilidades previstas en el artículo 17 del Reglamento en comento, que no existe prohibición expresa para que un funcionario al servicio activo participe en un concurso público para optar a un cargo, pues implicaría coactar su crecimiento y aspiraciones profesionales, aunado a que la prohibición constitucional y legal está referida al ejercicio de manera simultánea de dos cargos públicos remunerados, conforme lo establecen los artículos 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵ y el artículo 35 de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁶, cuya excepción son los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

Memorando 04-00-549 del 28 de agosto del año 2012

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

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre del año 2002.

CONTROL FISCAL: Competencia de la Unidad de Auditoría Interna para ejercer el control fiscal a las personas naturales o jurídicas que contraten, negocien o celebren operaciones o reciban aportes, subsidios u otras transferencias o incentivos fiscales por parte del órgano o ente sujeto a su control y, de haber méritos para ello, formalizar la potestad investigativa e iniciar el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.

El Órgano de Control Fiscal Interno está plenamente facultado para evaluar el control interno aplicado, a través de la unidad ejecutora o dependencia encargada del otorgamiento de los recursos en el ente sujeto a su control y realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el cumplimiento de sus funciones de control, en esas personas naturales o jurídicas que celebren contratos, negociaciones, operaciones o que reciban aportes, subsidios, transferencias o incentivos fiscales por parte del órgano o ente sujeto a su control; sin menoscabo de la competencia legalmente atribuida a dicho Órgano de Control Fiscal Interno, la Contraloría General de la República tiene facultades para vigilar que los aportes entregados por ese ente hayan sido invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados y podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estime conveniente.

Memorando 04-00-585 del 25 de septiembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con el ámbito de competencia de las Unidades de Auditoría Interna para practicar actuaciones de control dirigidas a evaluar a las personas naturales o jurídicas que contraten, negocien o celebren operaciones de cualquier tipo o que reciban aportes, subsidios, transferencias o incentivos fiscales por parte de los órganos o entes sujetos a su control, así como para efectuar el procedimiento de potestad investigativa y determinar las responsabilidades por las irregularidades que de ellas se deriven, a la luz de lo preceptuado en los artículos 5, 17.5 y 18.5 del Modelo Genérico de Reglamento Interno de las Unidades de Auditoría Interna dictado por este Máximo Órgano de Control Fiscal.

En ese sentido, el Órgano de Control Fiscal Interno señala que la mencionada situación disiente con el ámbito de actuación de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes a que aluden 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 Fiscal¹, el cual se circunscribe al órgano o ente sujeto a su control, y que la facultad para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias efectuadas por las entidades sometidas a su control a instituciones públicas y privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron otorgadas, corresponde a los órganos de control fiscal externo de conformidad con lo previsto en el artículo 67 *eiusdem*.

Como punto previo es importante destacar que ha sido criterio de esta Dirección General, que de conformidad con lo establecido en el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público², en concordancia con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del 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 *eiusdem*, en ese caso las funciones de control fiscal interno serán ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna **del órgano de adscripción**.

De manera que, como 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 la eficiencia, eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas, y podrán practicar auditorías, inspecciones, **fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el órgano u ente sujeto a su control**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 *eiusdem*, asimismo dichas Unidades de Auditoría Interna tienen atribuida competencia para iniciar la potestad investigativa y sancionatoria dentro del ámbito

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio del año 2012.

de su competencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 93 de la citada Ley.

Por consiguiente, el ámbito de competencia de las Unidades de Auditoría Interna **se circunscribe al ente u organismo del cual forma parte**, razón por la cual como regla general no le está permitido ejercer funciones de control sobre otros órganos o entidades, pues se estarían extralimitando en el ejercicio de sus competencias y por ende realizando funciones propias de los órganos de control fiscal externo, incurriendo en la inobservancia del Principio de Legalidad Administrativa, consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, que establece:

***Artículo 137.** Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.*

Ahora bien, el Modelo Genérico de Reglamento Interno de Unidades de Auditoría Interna⁴ dispone en sus artículos 5, 17.5 y 18.5, lo siguiente:

***Artículo 5.** La (Unidad, Dirección, Gerencia u otra nomenclatura utilizada por la Institución para denominar a las dependencias del mismo rango) de Auditoría Interna ejercerá sus funciones de control posterior sólo en las dependencias del (de la) (nombre de la Institución), incluyendo sus órganos desconcentrados, salvo que dichos órganos se les haya autorizado la creación de una Unidad de Auditoría Interna propia, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

En el ejercicio de sus funciones la (Unidad, Dirección, Gerencia u otra nomenclatura utilizada por la Institución para denominar a las dependencias del mismo rango) de Auditoría Interna podrá realizar actuaciones de control dirigidas a evaluar las operaciones realizadas por las personas naturales

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero del año 2009.

⁴ Resolución N° 01-00-000266 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.827 del 23 de diciembre del año 2011.

o jurídicas que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con el (la) (nombre de la Institución) o que hayan recibido aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos del (de la) (nombre de la Institución), a objeto de verificar que tales recursos hayan sido invertidos en las finalidades para las cuales fueron otorgados.

Igualmente, deberá ejercer sobre dichas personas las potestades investigativas, sancionatorias y resarcitorias, a que hubiere lugar, cuando corresponda.

Artículo 17. *Son funciones de la (Unidad, Dirección, Gerencia u otra nomenclatura utilizada por la Institución para denominar a las dependencias del mismo rango) de Auditoría Interna del (de la) (nombre de la Institución), las siguientes:*

(Omissis)

5. Vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por el (la) (nombre de la Institución) a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. A tal efecto, podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estimen convenientes.

(Omissis)

Artículo 18. *La (Coordinación, Departamento...) de Control Posterior tendrá las funciones siguientes:*

(Omissis)

5. Vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por el (la) (nombre de la Institución) a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. A tal efecto, podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estimen convenientes. (Destacado propio)

Como se observa, las normas transcritas reafirman por una parte, que las competencias de los Órganos de Control Fiscal Interno están

circunscritas al órgano o ente del cual forma parte, y por la otra confiere la posibilidad, de manera excepcional, para que en ejercicio de las atribuciones 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, pueda **inspeccionar y fiscalizar** aquellas entidades públicas y privadas que de cualquier forma hayan celebrado contratos, negociaciones, operaciones o recibido aportes, subsidios, transferencias o incentivos fiscales por parte del órgano o ente sujeto a su control, siempre que estas actividades emanen de la actuación principal de control fiscal ejercida en el ámbito de su competencia, a través de la Unidad ejecutora o dependencia encargada del otorgamiento de los recursos en el órgano o ente sujeto a su control, así como realizar la evaluación de las operaciones realizadas, entre otras actividades, **circundadas solo a las operaciones aquí descritas.**

Es preciso indicar, a los fines de llevar a cabo este control, que el artículo 32 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵ establece en el Capítulo VI, referido al control de los subsidios, aportes, y otras transferencias, lo siguiente:

Obligaciones previas a la entrega de los subsidios, aportes y otras transferencias

Artículo 32. *Las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, antes de la entrega de subsidios, aportes u otras transferencias, deberán verificar que el presupuesto de ingresos y gastos del órgano o entidad del sector público que los recibe, haya sido aprobado en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico que le sea aplicable y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del respectivo Estado, Distrito, Distrito Metropolitano o Municipio, según corresponda.*

Obligación de celebrar convenios

Artículo 33. *La autoridad competente del órgano o entidad del sector público, previo al otorgamiento de subsidios,*

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

aportes, otras transferencias o incentivos fiscales, a las personas naturales o jurídicas a que se refiere el numeral 12 del artículo 9 de la Ley, deberá celebrar los respectivos convenios, contratos, negocios u otras operaciones, estableciendo, como mínimo: el destino de los recursos otorgados, la oportunidad, forma y autoridad ante la cual se informará sobre la utilización de dichos recursos y la obligación de manejarlos mediante instrumentos financieros separados de aquéllos utilizados para el manejo de los recursos propios y los provenientes de entes privados.

Obligaciones de los sujetos que reciben subsidios aportes u otras transferencias

Artículo 34. *Quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los órganos o entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, en la forma de subsidios, aportes u otras transferencias, están obligados a establecer un sistema de control interno que garantice el uso adecuado y transparente de dichos recursos.*

Asimismo, están obligados a informar de manera pormenorizada a la máxima autoridad jerárquica del órgano o entidad que las otorgó o a su delegatario, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su recepción, respecto de la utilización de tales recursos, sin perjuicio de que ésta solicite en cualquier momento, la información o documentación que estime pertinente.

Los precitados artículos ponen bajo la responsabilidad de los que van a efectuar las referidas operaciones, el cumplimiento previo de determinadas formalidades antes de su celebración (suscripción de convenios, contratos), y la obligación de los que reciben los recursos públicos destinados al cumplimiento de finalidades de interés público, por cualquiera de las vías allí descritas, de establecer un sistema de control interno que garantice el uso adecuado y transparente de dichos recursos y la de rendir cuenta de las operaciones de su gestión.

De allí que, el Órgano de Control Fiscal Interno en el ejercicio de sus funciones de control, vigilancia y fiscalización 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, en concordancia con los artículos 20, 32, 33, 34 y 35 de su Reglamento y el 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y en atención a las previsiones establecidas en los convenios y contratos de financiamiento mediante los cuales ese Instituto otorgó los recursos, puede verificar el cumplimiento de las cláusulas contenidas en ellos y asegurarse de que los recursos públicos entregados se hayan utilizado en las finalidades específicas para los cuales fueron suministrados, toda vez que se trata de operaciones que tienen implicaciones en el manejo de recursos públicos asignados presupuestariamente a ese ente público.

En este sentido, se reitera, que de conformidad con la competencia asignada en la Ley, las previsiones contenidas en el Reglamento y las establecidas en el Modelo Genérico de Reglamento Interno de Unidades de Auditoría Interna, ese Órgano de Control Fiscal Interno está plenamente facultado para evaluar el control interno aplicado, a través de la unidad ejecutora o dependencia encargada del otorgamiento de los recursos en el ente sujeto a su control y realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en el cumplimiento de sus funciones de control, en esas personas naturales o jurídicas que celebren contratos, negociaciones, operaciones o que reciban aportes, subsidios, transferencias o incentivos fiscales por parte del órgano o ente sujeto a su **control**. Asimismo, podrá realizar las actuaciones e investigaciones respectivas, de conformidad con las atribuciones previstas en el artículo 77 *eiusdem*, a los fines de ejercer la potestad investigativa, cuando a su juicio existan méritos suficientes para ello, así como ejercer la potestad resarcitoria y/o sancionatoria, a tenor de lo dispuesto en los artículos 82, 85 y 93 *eiusdem*.

Finalmente, es oportuno precisar que sin menoscabo de la competencia legalmente atribuida al Órgano de Control Fiscal Interno, el órgano de control fiscal externo competente, en este caso, la Contraloría General de la República, tiene facultades para vigilar que los aportes entregados por ese ente hayan sido invertidos en las finalidades para las

cuales fueron efectuados, y podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estime conveniente, a tenor de lo previsto en el artículo 67 de la Ley que rige su funcionamiento.

Memorando 04-00-585 del 25 de septiembre del año 2012.

CONTROL FISCAL: Procedimiento que deben seguir las contralorías municipales para aplicar la sanción de multa prevista en el artículo 30 de la Ley de Consejos Locales de Planificación Pública, ante la ausencia de procedimiento en la referida Ley.

Las Contralorías Municipales deben aplicar supletoriamente el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ser esta la ley general, y no el procedimiento único previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda vez que la materia regulada en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública se refiere a la organización y funcionamiento de los Consejos Locales de Planificación Pública y su relación con las instancias del Poder Popular, para garantizar la tutela efectiva del derecho constitucional a la participación libre y democrática en la toma de decisiones en todo el ámbito municipal, materia que no se vincula con el control fiscal.

Memorando 04-00-594 del 02 de octubre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto al procedimiento que deben seguir las Contralorías Municipales para aplicar la sanción de multa prevista en el artículo 30 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, ante la ausencia de este en la referida Ley.

Sobre el particular, la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública¹ prevé en su artículo 30 lo siguiente:

Artículo 30. *El Alcalde o Alcaldesa, o el funcionario o funcionaria accidental que, en los primeros noventa días consecutivos de la vigencia de esta Ley dejare de poner en funcionamiento el Consejo Local de Planificación Pública o alguno de sus órganos adscritos, desacatando lo establecido en la presente Ley y otras relacionadas con dicho órgano, será sancionado o sancionada por la Contraloría Municipal con multa de mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.) a dos mil Unidades Tributarias (2.000 U.T.), deducidas de sus emolumentos. El monto de la multa ingresará al fisco del respectivo municipio. Estas sanciones también serán aplicables a los integrantes del Concejo Municipal*

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.017 Extraordinario del 30 de diciembre del año 2010.

en lo relativo a sus funciones. Será responsabilidad de la Contraloría Municipal hacer cumplir lo establecido en el presente artículo y objeto de las sanciones establecidas en la ley respectiva en caso de omisión.
(Destacado propio)

En efecto, el artículo *supra* citado confiere a las Contralorías Municipales la potestad de sancionar con multa al Alcalde o Alcaldesa, o al funcionario accidental, así como a los integrantes del Concejo Municipal que, en los primeros noventa días consecutivos de la vigencia de dicha Ley, dejare de poner en funcionamiento el Consejo Local de Planificación Pública o alguno de sus órganos adscritos. Sin embargo, del análisis de la precitada Ley se evidencia la ausencia de procedimiento administrativo a aplicar, a los fines de hacer efectiva la imposición de la referida sanción por parte de ese Órgano de Control Fiscal Externo.

A tal fin, se hace necesario indicar cuál sería el mecanismo a seguir ante la ausencia de procedimiento a aplicar en una determinada Ley, que permita actuar apegados al ordenamiento jurídico, en función de la connotación que conlleva el *ius puniendi* del Estado.

En este orden de ideas, Sergio García Ramírez² sostiene que la supletoriedad de las leyes opera cuando existiendo una figura jurídica en un determinado ordenamiento legal, esta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. Esta aplicación supletoria de la Ley solo procede para integrar o llenar una omisión en la Ley o para interpretar sus disposiciones de forma que se integre con otras normas contenidas en otras leyes. En ese sentido, sostiene el autor que para que proceda la supletoriedad de la ley es necesario que:

a) el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente (...);

b) la ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o

² García Ramírez, Sergio (2011) Revista de los Tribunales Agrarios, 53. México: Centro de Estudios de Justicia Agraria. Pág. 21-22. Disponible en: <http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/assets/docs/revistas/r53.pdf>

las regule de manera deficiente;

c) esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y,

d) las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate. (Destacado propio)

De tal manera que, ante el vacío legislativo existente en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, en relación con el procedimiento especial para hacer efectiva la aplicación de las sanciones en ella contenidas, por parte de esa Contraloría Municipal, esta Dirección General estima pertinente señalar que ante esa ausencia debe seguirse el procedimiento ordinario desarrollado en el Título III, Sección Segunda de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³, en aplicación de su artículo 1 que ordena ajustar la actividad de la Administración Pública Nacional a las prescripciones en ella contenidas y respecto a la administración municipal en cuanto le sea aplicable. En ese orden de ideas, el artículo 1 prevé:

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

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

Ello es así, toda vez que dicho procedimiento en esencia es supletorio, pues se aplica siempre que en la materia objeto de decisión no exista una ley especial que regule el procedimiento. Así se deriva del artículo 47, según el cual “*Los procedimientos administrativos conteni-*

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario del 31 de julio del año 1981.

dos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad”. De esta manera, se reitera su aplicación en aquellos casos en la que la ley especial no disponga de él, o de manera subsidiaria cuando aun estableciéndolo, haya dejado de regular determinadas fases o actos procedimentales, de tal forma que las deficiencias legislativas se cubrirán con las disposiciones que al efecto establezca la citada Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así lo sostuvo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁴ en una circunstancia similar, cuando expresó lo siguiente:

*...En tal sentido, **debe advertirse que el Órgano en cuestión ante la ausencia de algún recurso administrativo en la Ley que los rige** (que, por demás, han sido creados como garantías a favor de los administrados) **puede, perfectamente, aplicar supletoriamente las reglas establecidas en la Ley General, esta es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues en definitiva, el vacío de la Ley Especial debe ser corregido por la Ley General y, con ello se garantiza los más elementales derechos que tiene todo ciudadano** y los cuales están protegidos celosamente por el Texto Constitucional y, sin que ello signifique de alguna manera violación a otras garantías constitucionales, como por ejemplo la reserva legal.*

*En efecto, **al aplicarse supletoriamente otra Ley que, por demás, contiene normas adjetivas**, en modo alguno se está desconociendo, como afirma la parte recurrente ‘el procedimiento legalmente establecido para agotar la vía administrativa relativa a los actos emanados de su Presidente’, sino que, por el contrario, **se está corrigiendo un vacío de la Ley especial mediante la Ley General** y que en el presente caso se traduce en la interposición de los recursos administrativos.*

(Omissis)

⁴ Sentencia n° 2002-2106 del 31 de julio del año 2002. Expediente N° 02-27847. Caso Banco de Venezuela S.A.C.A., Banco Universal, contra el Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU).

*En tal sentido, debe destacarse que, si bien la Ley especial para el caso de autos -cuál es la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario- establece la interposición del recurso jerárquico y jerárquico impropio, lo cierto es que ello no impide en modo alguno la aplicación del régimen general que, precisamente, es el ejercicio del recurso de reconsideración y jerárquico, pues en definitiva, **con la interposición de los recursos establecidos en la Ley General el particular tendrá mayores oportunidades para ejercer su defensa ante un acto de carácter sancionatorio que incide negativamente en su esfera jurídica.***” (Destacado propio)

Como puede apreciarse, la referida Corte procedió a aplicar preferentemente la Ley General sobre la Ley Especial, en cuanto a la interposición de los recursos para corregir un vacío que esta última contenía.

Por las razones que anteceden, considera esta Dirección General, que en el caso bajo análisis debe aplicarse supletoriamente el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ser esta la ley general, y no el procedimiento único previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, toda vez que la materia regulada en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública se refiere a: “*la organización y funcionamiento de los Consejos Locales de Planificación Pública y su relación con las instancias del Poder Popular, para garantizar la tutela efectiva del derecho constitucional a la participación libre y democrática en la toma de decisiones en todo el ámbito municipal (...)*”, materia que no se vincula con el control fiscal.

Memorando 04-00-594 del 02 de octubre del año 2012.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

CONTROL FISCAL: Adscripción de la Oficina de Atención al Ciudadano.

Las oficinas de Atención al Ciudadano deben estar adscritas a la Máxima Autoridad Jerárquica del órgano o ente respectivo.

Memorando 04-00-693 del 15 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, relacionada con la posibilidad de adscribir la Oficina de Atención al Ciudadano a la Vicepresidencia Ejecutiva de un ente descentralizado.

Sobre el particular, esta Dirección General estima que la Oficina de Atención Ciudadana deberá estar adscrita a la máxima autoridad jerárquica del ente u organismo, tal como lo estipula el artículo 11 de las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana¹, que establece:

Artículo 11. La Oficina de Atención Ciudadana estará adscrita a la máxima autoridad jerárquica del ente u organismo, quien le otorgará la autoridad suficiente para resolver de forma oportuna, eficiente y efectiva, la tramitación de los requerimientos de la ciudadanía. (Destacado propio)

De acuerdo con la precitada norma, debe entenderse por máxima autoridad dentro de un órgano o ente, lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², el cual dispone:

Máxima Autoridad Jerárquica.

Artículo 6. A los efectos de la Ley, así como de este Reglamento, se considerará máxima autoridad jerárquica a quien corresponda la dirección y administración del órgano o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable.

En caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, serán éstos los que se considerarán máxima autoridad jerárquica. (Destacado propio)

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

Siendo así, no existe lugar a duda que las oficinas de Atención al Ciudadano deben estar adscritas a la Máxima Autoridad Jerárquica del órgano o ente respectivo, en el caso particular del ente que consulta, según se evidencia de la estructura organizativa anexa a la solicitud, es a la Junta Directiva a quien le corresponde la dirección y administración de la entidad y no a la Vicepresidencia Ejecutiva, en estricto cumplimiento a lo estipulado en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorando 04-00-693 del 15 de noviembre del año 2012.

CONTROL FISCAL: Posibilidad de que la Unidad de Auditoría Interna de la Gobernación del Estado Anzoátegui ejerza las funciones de control fiscal interno de la Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A. toda vez que esta Sociedad no cuenta con un Órgano de Control Fiscal Interno.

La Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A., como un ente descentralizado con fines empresariales, debe contar con una Unidad de Auditoría Interna que ejerza las funciones de control fiscal interno sobre las actividades administrativas y financieras que desarrolle. Ahora bien, si la estructura, número, tipo de operaciones que realiza o el monto de los recursos que administra la referida Sociedad no justifica el funcionamiento de una Unidad de Auditoría Interna propia, se debe solicitar a la Contraloría General de la República la autorización para que tales funciones las realice el órgano de adscripción de manera excepcional, y debidamente autorizada.

Memorando 04-00-750 del 10 de diciembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la posibilidad que la Gobernación del Estado Anzoátegui asuma las funciones de control fiscal interno de la Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A., toda vez que la misma no cuenta con una Unidad de Auditoría Interna.

En primer lugar, es preciso indicar que la Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A. se instituye como una empresa financiera no bancaria del Estado, cuyo objeto social está dirigido a garantizar mediante el otorgamiento de fianzas, el reembolso de los créditos que les sean otorgados por Instituciones Financieras y entes crediticios públicos o privados, a los socios beneficiarios pequeños y medianos empresarios pertenecientes a diversos sectores de la actividad económica desarrollada en el territorio del Estado Anzoátegui, cuyo accionista mayoritario es la Gobernación del Estado Anzoátegui; de allí que la empresa forme parte de la Administración Pública Descentralizada, calificando como un ente descentralizado con fines empresariales, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 numeral 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹.

En este sentido, es preciso indicar que como regla general todos los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.893 del 28 de marzo del año 2012.

de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², deben contar dentro de su estructura organizativa con una Unidad de Auditoría Interna, tal como lo prevé el artículo 40 *eiusdem*, en concordancia con los artículos 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³ y 22 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional⁴, mientras que la excepción se encuentra establecida en el párrafo único del artículo 26 de la *supra* citada Ley, al señalar que el Contralor General de la República *excepcionalmente* podrá autorizar que las funciones de control fiscal interno sean ejercidas por la Unidad de Auditoría Interna del órgano de adscripción, en aquellos organismos o entidades cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados no justifiquen el funcionamiento de una Unidad de Auditoría Interna. El mencionado párrafo señala lo siguiente:

(Omissis)

“Párrafo único: *En caso de organismos o entidades sujetos a esta Ley, cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados no justifiquen el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia, la Contraloría General de la República evaluará dichas circunstancias y, de considerarlo procedente, autorizará que las funciones de los referidos órganos de control fiscal sean ejercidas por la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción. Cuando se trate de organismos o entidades de la Administración Pública Nacional para el otorgamiento de la aludida autorización, se oirá la opinión de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.”*

En atención a la regla general, la Sociedad de Garantías Recíprocas Anzoátegui, S.A., como un ente descentralizado con fines empresariales, debe contar con una Unidad de Auditoría Interna que ejerza las funciones de control fiscal interno sobre las actividades administrativas y

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.783 del 25 de septiembre del año 2003.

financieras que desarrolle. Ahora bien, si la estructura, número, tipo de operaciones que realiza o el monto de los recursos que administra la referida Sociedad no justifica el funcionamiento de una Unidad de Auditoría Interna propia, debe solicitar a la Contraloría General de la República la autorización para que tales funciones las realice el órgano de adscripción, considerando los niveles de adscripción que pueden darse en este tipo de sociedades, y en ese sentido puede la Gobernación ejercer de manera excepcional, y debidamente autorizada, el control fiscal interno de sus operaciones.

En este sentido, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de verificarse las circunstancias a que aluden el precitado párrafo único del artículo 26 *eiusdem*, las máximas autoridades jerárquicas del órgano de adscripción conjuntamente con las máximas autoridades jerárquicas del órgano o entidad adscrita solicitarán a la Contraloría General de la República autorización para que las funciones de control fiscal interno sean ejercidas por el órgano de adscripción; para ello deberán cumplir con los extremos a que se contraen los artículos 49, 50 y 51 del referido Reglamento, en cuanto a los requisitos que debe contener la solicitud de autorización, el contenido del informe que debe acompañar a dicha solicitud y el lapso en que el Organismo Contralor debe tramitarla y resolverla.

Memorando 04-00-750 del 10 de diciembre de año 2012.

CONTROL SOCIAL

CONTROL SOCIAL: Órgano competente ante el cual deben registrarse las contralorías sociales y su ejercicio en órganos y entes de la Administración Pública, así como en personas jurídicas del sector privado.

El órgano competente ante el cual deben acudir las Contralorías Sociales, a los fines del registro, es al Ministerio del Poder Popular para las Comunas, quien tiene la competencia en materia de participación ciudadana.

Los supervisores inmediatos de la Administración Pública y los empleados del sector privado están en la obligación de garantizar el ejercicio del control social que están llamadas a ejercer las Contralorías Sociales, siempre y cuando estas cumplan a cabalidad con las formalidades y limitaciones prevista en la Ley que rige sus funciones, y no entorpezcan el buen funcionamiento de la actividad que como objeto principal, debe cumplir el órgano, ente o empresa a controlar.

Memorando 04-00-478 del 30 de julio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con los planteamientos formulados por los voceros de la Contraloría Social de la Compañía Anónima Hidrológica del Centro (HIDROCENTRO), que se detallan a continuación: **i)** la especificación del Órgano o Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana ante el cual esa organización debe cumplir con las formalidades a los fines de registrarse para poder ejercer el Control Social de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Contraloría Social¹ y, **ii)** la obligatoriedad o no de los empleados de HIDROCENTRO, como supervisores inmediatos de la Administración Pública de facilitar el ejercicio social.

Debe iniciarse por señalar que conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Contraloría Social, esta fue creada con la finalidad de desarrollar y fortalecer el Poder Popular, mediante el establecimiento de las normas, mecanismos y condiciones para la promoción, desarrollo y consolidación de la contraloría social como medio de participación y de corresponsabilidad de los ciudadanos, las ciudadanas y sus organizaciones sociales, mediante el ejercicio compartido, entre el Poder Público y el Poder Popular, de la función de prevención, vigilancia, supervisión y control de la gestión pública y comunitaria, como de las

¹ Gaceta Oficial de la república Bolivariana de Venezuela N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre del año 2010.

actividades del sector privado que incidan en los intereses colectivos o sociales. De allí que, es una función compartida entre las instancias del Poder Público, los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, con el objeto de garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales.

De manera que, el control social debe entenderse como el conjunto de acciones de control, vigilancia y evaluación que realizan las personas, ya sea de manera organizada o independiente, bajo un esquema de derecho y compromisos ciudadanos, con el propósito de contribuir a que la gestión gubernamental se realice en términos de transparencia, eficiencia y honradez.

A los fines de cumplir con los objetivos previstos en la Ley Orgánica de Contraloría Social, las sociedades organizadas proceden a su conformación donde los ciudadanos y ciudadanas crean en forma colectiva estructuras organizadas que deben realizar una serie de trámites entre los que se encuentran el de efectuar los registros correspondientes ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana -tema objeto de la consulta- con fundamento en lo establecido en el numeral 2 del artículo 9 de la Ley en comento, cuando esta es conformada en forma colectiva.

En este sentido, y a los fines de responder la primera interrogante, es preciso indicar que el Decreto sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional² establece en el artículo 25 el Ministerio con competencia en materia de participación ciudadana a saber:

Artículo 25 *Son competencias del Ministerio del Poder Popular para las Comunas:*

1. *La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de **participación ciudadana** en el ámbito de las comunas;*

(Omissis).” (Destacado propio)

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.202 del 17 de junio del año 2009.

De manera que, ante la creación de una organización por iniciativa popular y una vez realizadas todas las formalidades de constitución previstas en la Ley, deben acudir ante el Ministerio de Poder Popular para las Comunas y proceder a formalizar su registro.

Respecto a la segunda interrogante referida a la obligatoriedad o no de los empleadores de la empresa C.A. Hidrocentro como supervisores inmediatos, de facilitar el ejercicio del control social, es preciso indicar que el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Contraloría Social conforme a su artículo 4, se extiende a todos los niveles e instancias político-territoriales de la Administración Pública, a las instancias y organizaciones del Poder Popular y a las organizaciones y personas del sector privado que realicen actividades con incidencia en los intereses generales o colectivos; todo ello en el marco de las limitaciones legales relativas a la preservación de la seguridad interior y exterior, la investigación criminal, la intimidad de la vida privada, el honor, la confidencialidad y la reputación.

De allí que, todos los que tienen las potestades para dirigir la Administración Pública, así como los empleadores del sector privado, están en la obligación de permitir, dentro del ámbito de sus actividades, el ejercicio del control que deben ejercer las Contralorías Sociales legalmente constituidas, siempre que el mismo no menoscabe el buen desarrollo, eficacia y funcionamiento del órgano, ente o empresa donde se pretenda ejercer el referido control, preservando las limitaciones antes señaladas, con fundamento en lo previsto en el artículo 12 *eiusdem*, que prevé la obligación de los supervisores inmediatos de la Administración Pública o empleadores del sector privado, de garantizar y facilitar a los trabajadores y trabajadoras el ejercicio del control social en su ámbito laboral, sin que se vea afectada la eficacia del funcionamiento de la institución o empresa.

Conforme a lo expuesto anteriormente, se puede concluir respecto a la primera interrogante, que el órgano competente ante el cual deben acudir las Contralorías Sociales a los fines del registro, es al Ministerio del Poder Popular para las Comunas, quien tiene la competencia en materia de participación ciudadana y, respecto a la segunda, todo supervisor inmediato de la Administración Pública y los empleados del sector privado están en la obligación de garantizar el ejercicio del control social que están llamadas a ejercer las Contralorías Sociales, siempre y

cuando estas cumplan a cabalidad con las formalidades y limitaciones prevista en la Ley que rige sus funciones, y no entorpezcan el buen funcionamiento de la actividad que como objeto principal, debe cumplir el órgano, ente o empresa a controlar.

Finalmente, es importante señalar, que de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 8 de la Ley bajo análisis, constituye un deber para los voceros y voceras de la contraloría social, presentar los informes de avances y resultados de sus actividades de control, a las máximas autoridades jerárquicas de HIDROCENTRO, como integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal y a la Unidad de Auditoría Interna, como órgano de control fiscal competente, con la finalidad de que estos actúen conforme a sus competencias.

Memorando 04-00-478 del 30 de julio del año 2012.

DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO

DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO: Presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio por personal contratado a tiempo determinado.

Corresponde a la dependencia encargada analizar cada caso en concreto, siendo determinante la naturaleza de la función que desempeña el personal contratado, a los fines de establecer si debe exigir o no la Declaración Jurada de Patrimonio.

Memorando 04-00-454 del 20 de julio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la obligatoriedad de exigir la Declaración Jurada de Patrimonio al personal contratado trimestralmente en la “*Encuesta Turismo Interno en Hogares*” del Instituto Nacional de Estadística.

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

La Administración Pública se fundamenta en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. De allí, que el Estado venezolano en aras de preservar el patrimonio público, crea mecanismos para asegurar su integridad, garantizar la transparencia en el ejercicio de funciones públicas y establecer la forma de detectar el enriquecimiento ilícito de aquellos funcionarios que actúen en contra de la Ley. En ese sentido, se promulgó la Ley Contra la Corrupción¹, cuyo objetivo primordial es el establecimiento de normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a ella, a los fines de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y diáfano de los recursos públicos, con fundamento en los principios *supra* señalados consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², así como en la tipificación de los delitos contra la cosa pública y las sanciones que deberán aplicarse a quienes infrinjan estas disposiciones y cuyos actos, hechos u omisiones causen daño al patrimonio público.

Con este propósito, la precitada Ley en su artículo 2 señala los sujetos a quien está dirigida, refiriéndose a los particulares, personas

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril del año 2003.

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

naturales o jurídicas y los funcionarios públicos a que alude el artículo 3 que 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:*

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 propio)*

De la norma parcialmente transcrita, se infiere que todo aquel que ejerza **funciones públicas** está sujeto al cumplimiento de esta Ley, incluyendo a quienes las ejercen como contratados por la autoridad competente al servicio de la República. En este sentido, el artículo 23 *eiusdem*, impone la obligación a estos sujetos de presentar la Declaración Jurada de Patrimonio en los términos siguientes:

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.*

Como se observa, la regla general es que todos los sujetos mencionados en el artículo 3 *eiusdem*, están en la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión del cargo y dentro de los treinta días posteriores

al cese del mismo, pues lo que se persigue con esta obligación es salvaguardar el patrimonio público.

Ahora bien, en este caso, por tratarse de un personal contratado a tiempo determinado, en principio y conforme a la normativa *supra* citada, estaría en la obligación de presentar la Declaración Jurada de Patrimonio, no obstante, teniendo en consideración las características especiales de la relación contractual, a saber: i) el tiempo de duración que oscila entre 12 y 20 días trimestralmente y ii) el objeto del servicio circunscrito a la realización de encuestas, dicho personal no estaría obligado a presentar la Declaración Jurada de Patrimonio; no obstante, el ente contratante debe analizar y determinar, en atención a la naturaleza de dichas funciones, si inciden o no en la toma de decisiones que pudieran comprometer al patrimonio del ente o en la administración, manejo o custodia de fondos o bienes públicos, supuesto en el cual debe darse cumplimiento a la obligación legal bajo análisis.

De manera que, a juicio de esta Dirección General, corresponde a la Institución Nacional de Estadística, a través de la dependencia encargada, analizar cada caso en concreto, siendo determinante la naturaleza de la función que desempeña el personal contratado, a los fines de establecer si debe exigir o no la presentación de la Declaración Jurada de Patrimonio.

Memorando 04-00-454 del 20 de julio del año 2012.

DERECHO TRIBUTARIO

DERECHO TRIBUTARIO: Obligación de enterar a favor del tesoro estatal las retenciones impositivas establecidas en la Ley de Timbre Fiscal de ese ente político territorial.

El Estado Bolivariano de Miranda asume nuevamente la competencia para la recaudación, inspección, verificación, fiscalización, resguardo, control y administración de los tributos establecidos en la Ley de Timbre Fiscal de ese Estado, de manera que ante la ocurrencia de los hechos imponibles gravados por la referida Ley en la jurisdicción de los municipios Baruta, Chacao, Sucre y El Hatillo, nace para el sujeto pasivo la obligación de pagarlo, ante la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Bolivariano de Miranda.

Memorando 04-00-696 del 19 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a la obligación de enterar al Fisco del Estado Bolivariano de Miranda, las retenciones impositivas establecidas en la Ley de Timbre Fiscal de ese Estado.

Una vez analizada la solicitud, así como la normativa que rige la materia, esta Dirección General tiene a bien indicar lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, en el artículo 164 numeral 7 prevé la competencia exclusiva de los Estados para la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.

En atención a la citada disposición, el Estado Bolivariano de Miranda asumió la gestión de dicho tributo mediante la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Miranda²; cuyo artículo 2 atribuye al Poder Ejecutivo Regional, a través de la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Miranda (SATMIR), la recaudación, inspección, verificación, fiscalización, resguardo, control y administración de los tributos que en ella se contemplan y prevé que el producto de la recaudación fiscal ingresará en su totalidad al Tesoro de ese Estado.

No obstante, con la promulgación de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas³, se le otorga al Distrito Metropolitano de Caracas la potestad de crear, recaudar e invertir los

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

2 Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda N° 0243 Extraordinario del 8 de octubre del año 2009.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.906 del 8 de marzo del año 2000.

ingresos de naturaleza tributaria conforme a lo establecido en ella, y en particular, los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los que les asignan por ley nacional conforme a lo previsto en el numeral 5 del Artículo 167 del Texto Constitucional y los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la Ley (artículo 24); atribución que le sirvió de fundamento para dictar la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas⁴, cuyo objeto es regular la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos del tributo de timbre fiscal dentro de los límites del territorio del Distrito Metropolitano de Caracas (conformado por los municipios Chacao, Baruta, El Hatillo y Sucre del Estado Miranda y el Municipio Libertador), de manera que coexistían ambos regímenes en cuanto a los tributos relativos al ramo de timbre fiscal.

La situación descrita fue solventada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁵, al establecer respecto a los tributos generados en materia de timbre fiscal en los cuatro municipios del Estado Miranda, que los mismos fueran recaudados transitoriamente, por el Distrito Metropolitano de Caracas, debiendo este transferir el cincuenta por ciento (50%) de lo recaudado al Tesoro del Estado Miranda.

Este escenario se mantuvo hasta la promulgación de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital⁶, en la que se le otorgó a este Distrito la competencia para la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y del Distrito Capital, y para la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas; así como de la Ley Especial del Régimen Municipal en Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas⁷, pues con esta cesó la potestad tributaria que venía ejerciendo transitoriamente el Distrito Metropolitano de Caracas, en el ramo de timbre fiscal, pasando esta potestad al Distrito Capital (cuya compe-

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

5 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 572 del 18 de marzo del año 2003.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.156 del 13 de abril del año 2009.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.276 del 1° de octubre del año 2009.

tencia está circunscrita a los límites del Municipio Libertador), según lo previsto en la Disposición Transitoria Sexta que señala:

SEXTA: *A la entrada en vigencia de esta Ley, cesará la potestad tributaria que venía ejerciendo transitoriamente el Distrito Metropolitano de Caracas, en el ramo de timbre fiscal, pasando esta potestad al Distrito Capital.*

Por consiguiente, en razón de la entrada en vigencia de las mencionadas leyes, el Estado Bolivariano de Miranda asume nuevamente la competencia para la recaudación, inspección, verificación, fiscalización, resguardo, control y administración de los tributos establecidos en la Ley de Timbre Fiscal de ese Estado, de manera que ante la ocurrencia de los hechos imponibles gravados por ella en la jurisdicción de los municipios Baruta, Chacao, Sucre y El Hatillo, nace para el sujeto pasivo la obligación de pagarlo, ante la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Bolivariano de Miranda.

Memorando 04-00-696 del 19 de noviembre del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA

FUNCIÓN PÚBLICA: Imposición de sanciones contempladas en la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público por la Contraloría General de la República.

La aplicación restrictiva de la Ley Orgánica de Emolumentos, se corresponde con la intención del legislador que emana de sus propias disposiciones, de las cuales se desprende que las limitaciones a los emolumentos allí previstas, son aplicables, actualmente, solo a los funcionarios indicados expresamente en los artículos 8 al 13 de la Ley, a saber: a los más altos funcionarios de los órganos y entes del sector público, quienes cuentan con autoridad suficiente para decidir acerca de los niveles de remuneración de los funcionarios de la Institución y que de acuerdo con las funciones que les competen, pueden intervenir en forma decisiva en la fijación de tales niveles de remuneración.

Memorando N° 04-00-060 del 02 de febrero del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, en virtud de que la citada Ley atribuye a este Máximo Órgano de Control Fiscal, competencias específicas en materia de seguimiento e imposición de sanciones en caso del incumplimiento de las normas allí previstas (artículos 25, 31 y 32).

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

La Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público¹ establece en el artículo 25, la obligación a cargo de cada órgano y ente del Poder Público, de consignar anualmente ante la Contraloría General de la República, entre otros órganos, las nóminas de pago de los emolumentos, pensiones, jubilaciones y beneficios sociales de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, sin perjuicio de las competencias de control y seguimiento atribuidas al Consejo Moral Republicano.

Asimismo, atribuye a este Organismo Contralor (artículo 31) la competencia para sancionar con multa que oscila entre cincuenta

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 de enero del año 2011.

Unidades Tributarias (50 U.T.) a quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.), a aquellas personas que ordenen pagar emolumentos, pensiones, jubilaciones y beneficios sociales a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, superiores a los límites máximos establecidos para estos conceptos en dicha Ley y sus Reglamentos, entre otros supuestos.

Por su parte, la Ley prevé (artículo 32) que podrán ser inhabilitados para ejercer cualquier cargo público quienes aprueben, ordenen, paguen o brinden emolumentos, pensiones, jubilaciones o beneficios sociales en infracción a los límites máximos o distintos a los establecidos en esta Ley y sus Reglamentos, así como quienes perciban o acepten emolumentos, pensiones, jubilaciones, o beneficios sociales en infracción a tales límites máximos o distintos a los establecidos en la citada Ley, y no los reviertan o reintegren al Poder Público dentro de los tres meses siguientes de haber sido notificados. Sanción que corresponde imponer de manera exclusiva y excluyente al Contralor General de la República.

Ahora bien, a los fines de precisar los límites al ejercicio de tales competencias sancionatorias, resulta imprescindible el análisis del ámbito de aplicación de la Ley en comentario, atendiendo a los principios fundamentales de tipicidad y legalidad de la infracción y la sanción aplicables en el ámbito administrativo, y que conducen *a priori* a rechazar la posibilidad de sancionar con fundamento en tal interpretación supuestos diferentes a los que la misma contempla.

En ese orden de ideas, se observa que el artículo 147 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² prevé la posibilidad de que a través de una ley orgánica se establezcan **límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales**. En ese sentido, la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental aprobada en el año 1999 y luego enmendada el 15 de febrero del año 2009 manifestó la voluntad del constituyente en torno al objetivo de esta disposición, la cual fue **“mantener dentro de los parámetros razonables y en el contexto de la situación económica del país los niveles de las remuneraciones de los funcionarios públicos.”**

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

Fundamentada en el precitado artículo Constitucional, la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, dirigida a lograr un equilibrio en el pago de los emolumentos de los altos funcionarios, en los tres niveles político-territoriales, incluidos los de elección popular, lo cual redundará en una adecuada ejecución del gasto público, y en una mejor distribución de los emolumentos de los funcionarios y empleados públicos.

Dicha Ley establece límites máximos a los emolumentos de los altos funcionarios y altas funcionarias del Poder Público, y en esencia contiene un mandato de orden ético de la sociedad venezolana, en tanto es necesario que los emolumentos de los más altos funcionarios del sector público tengan límites **razonables** que se ajusten al ejercicio de las funciones que desempeñan.

Para cumplir ese propósito, la Ley define su objeto en el artículo 1 en los términos siguientes:

Artículo 1. *A los fines de desarrollar los principios y valores de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, así como sentar las bases para la construcción del socialismo, la presente Ley tiene como objeto:*

- 1. Regular y establecer los límites máximos a los emolumentos, pensiones, jubilaciones y demás beneficios sociales de carácter remunerativo, o no, de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular.*
- 2. Considerando el trabajo como un hecho social, esta Ley garantiza la vigencia de las contrataciones colectivas producto de las luchas y conquistas de los trabajadores y trabajadoras.*

Asimismo, en el artículo 2, establece como sus finalidades las siguientes:

Artículo 2. *La presente ley tiene como finalidades:*

- 1. Garantizar y promover la ética socialista, así como los principios de justicia e igualdad entre las personas que prestan servicio al Estado, y que se reconozcan debi-*

damente los distintos niveles de responsabilidades, deberes y capacidades.

2. *Establecer las bases para la planificación centralizada y ordenación de los emolumentos, pensiones y jubilaciones de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular.*
3. *Impulsar la simplificación, uniformidad y transparencia de los trámites y procedimientos relativos a los emolumentos, sistema de remuneraciones, pensiones y jubilaciones de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular. (Subrayado propio)*

Como puede apreciarse, esta normativa además de regular y establecer los límites máximos a los emolumentos, pensiones, jubilaciones y demás beneficios sociales de carácter remunerativo, o no, de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, promueve el respeto a los principios de justicia e igualdad entre las personas que prestan servicio al Estado, y se propone lograr que los funcionarios públicos reciban sueldos dignos y cónsonos con las responsabilidades implícitas en las funciones públicas que ejercen y que se reconozcan debidamente los distintos niveles de responsabilidades, deberes y capacidades. Asimismo, la Ley dentro de ese sistema de remuneraciones reconoce la existencia de los beneficios sociales (artículos 17, 18 y 20), cuyo efecto es mejorar la calidad de vida del trabajador y su núcleo familiar, previstos en la Ley Orgánica del Trabajo y que se han ido incorporando al sector público a través de las contrataciones colectivas que complementan las regulaciones constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la relación de empleo público.

De la misma forma, la Ley prohíbe a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, percibir remuneraciones o asignaciones, distintos a los establecidos expresamente en esa Ley; con ello pretende poner freno al otorgamiento indiscriminado de “bonificaciones” y al uso de esta figura fuera del contexto de las circunstancias que le dieron origen, pues su utilización desordenada e indiscriminada, ha generado en algu-

nos casos una estructura de remuneraciones compuesta mayormente por asignaciones, distintos a sueldos y salarios, que no están ligadas al desempeño de los empleados públicos, incumplándose además los principios de razonabilidad y eficiencia en el manejo de los recursos del Estado y la posibilidad de generar perjuicios al patrimonio público, por ello se estima favorable el propósito de la Ley, en este particular.

Ahora bien, el cumplimiento del objetivo de la Ley debe lograrse sin que ello apareje las consecuencias de una Ley de reducción general de sueldos y salarios, al extender sus efectos de forma inmediata a todos los trabajadores del sector público, produciendo un impacto negativo en las escalas de sueldos del personal técnico y administrativo que se desempeña en los órganos y entes e imponiendo límites a sus remuneraciones en proporción a las establecidas a los altos funcionarios, sin valorar las posibles limitaciones a los derechos adquiridos por los trabajadores y la violación de las garantías protectoras de esos derechos.

Es ese orden de razonamientos, el artículo 1 de la Ley enfatiza que dentro de su objeto está garantizar el respeto a los logros alcanzados con la contratación colectiva y el derecho al trabajo como un hecho social, es decir, la Ley obliga a respetar **principios laborales de rango constitucional** que no permiten que estos derechos sean menoscabados por acción, acuerdo o norma alguna.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al reconocer la existencia de un Estado social de derecho y de justicia, acogió una de las características más relevantes de este, como es la defensa de quienes por su condición de debilidad e indefensión pueden verse discriminados o afectados por acciones del Estado o de particulares, por ello postuló una serie de preceptos como el artículo 19 de la Constitución al establecer lo siguiente:

Artículo 19. *El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.* (Subrayado propio)

La propia Constitución estableció otras normas que configuran principios tendentes a garantizar su estricto cumplimiento, entre ellas que ninguna Ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. Particularmente, en el artículo 89 consagra el trabajo como un hecho social que goza de protección del Estado, remitiendo a la ley para disponer lo necesario a fin de mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales *de los trabajadores*. Para el cumplimiento de esa obligación, se deben respetar los principios en cuanto a que ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales; que los derechos laborales son irrenunciables y cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora; prohibiendo todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo, o por cualquier otra condición.

Específicamente, a tenor de lo previsto en el artículo 91 de la Carta Magna, todo trabajador (del sector público o privado) **tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales**, ello bajo el principio igualmente establecido en dicha norma de “igual salario por igual trabajo”, **que permite inferir que en ello están implícitos el grado de responsabilidad asignado, la complejidad y el número de tareas a cumplir**. De modo que, si se acepta que la interpretación de los derechos laborales se ubica dentro de la perspectiva de los principios de los derechos humanos fundamentales, no cabe duda que la aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos está sujeta a la observancia de tales principios previstos en la Constitución, así como en el sistema normativo internacional al cual se ha adherido el Estado venezolano, y especialmente a los convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo.

Cabe señalar, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³ se ha pronunciado de forma reiterada, en cuanto al alcance de los precitados principios en los términos siguientes:

³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1185 de fecha 17 de junio del año 2004, N° de Expediente 03-0775, caso: Ali Rodríguez Araque.

(...) esta Sala en un primer término observa que el sentido gramatical de las expresiones intangibilidad y progresividad comprenden dos acepciones apartes que requieren precisión. La intangibilidad puede entenderse sustantivamente como ‘cualidad de intangible’ o adjetivamente, en el sentido ‘que no debe ni puede tocarse’. Por otra parte, la progresividad hace alusión al adjetivo progresivo que traduce dos acepciones: ‘que avanza, favorece el avance o lo procura’ o ‘que progresa o aumenta en cantidad o perfección’ (Diccionario de la Real Academia Española). Estas nociones permiten aproximar a los derechos de los trabajadores como intangibles en cuanto y en tanto no se alteren o modifiquen luego de haberse legítimamente establecidos, mientras que su progresividad se refleja únicamente en el aspecto que los mismos deben favorecerse para su avance, es decir, mejorarse tanto cualitativa como cuantitativamente.

En lo que respecta al elemento de la relación de los principios enunciados con el sistema de los derechos laborales, debe considerarse que la intangibilidad y progresividad, en el plano constitucional, se relaciona conjuntamente con el principio interpretativo indubio pro operario establecido en el artículo 89, numeral 3, de la Constitución, por lo que el significado y alcance dado debe efectuarse de la manera más favorable para el trabajador.

(Omissis)

En lo que respecta a su análisis lógico y teleológico, las normas constitucionales como derechos comprenden en sí el resguardo de los elementos primordiales de la naturaleza humana, por lo que los derechos como tales no pueden desmembrarse ni erosionarse. El ámbito laboral al sujetarse constantemente a cambios sociales, no permite que los principios protectores de los trabajadores puedan alterarse en su desmedro, por lo que la legislación laboral debe desarrollar el beneficio en caso de haber alteración en las normas protectoras de los trabajadores, pues el objetivo se encuentra en el mejoramiento de la gradualidad que aseguren la efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente.

(Omissis)

Así, con base en lo anterior, se concluye que los principios de intangibilidad y progresividad nacen constitucionalmente en virtud de la necesidad de proteger las conquistas de los trabajadores, siendo ambos elementos relacionados con la naturaleza de los derechos legítimamente adquiridos, por haberse incorporado

a modo definitivo dentro de la esfera jurídico-subjetiva de una persona o grupo de personas. Este ha sido precisamente el carácter proteccionista que nuestra Constitución le ha dado al régimen jurídico de los trabajadores: garantizarles los principios reconocidos mediante los diversos mecanismos laborales ante las diversas situaciones jurídicas cuya variabilidad es constante por tratarse de la materia social del trabajo, esto se traduce, cuando las garantías laborales al ser otorgadas a los trabajadores, y una vez consumada legítimamente la situación jurídica individual y subjetiva y constituido de esa manera el derecho en concreto, estos resultan intangibles frente a nuevas legislaciones o ante cualquier cambio ulterior.

Los criterios precedentemente expuestos deben valorarse al momento de determinar el alcance de los efectos de la Ley bajo examen, toda vez que su artículo 3, al definir su ámbito de aplicación, dispuso lo siguiente:

Ámbito de aplicación

Artículo 3. *La presente Ley se aplica a todos los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, pertenecientes a los órganos y entes que integran el Poder Público Nacional, Estatal y Municipal en sus diferentes ramas, conforme a la distribución y división establecidas en el artículo 136 de la Constitución de la República; su ámbito de aplicación se extiende a:*

- 1. Las universidades públicas.*
- 2. Los órganos desconcentrados.*
- 3. Los servicios desconcentrados.*
- 4. Los servicios autónomos.*
- 5. Los institutos autónomos.*
- 6. Los institutos públicos.*
- 7. Las empresas del Estado.*
- 8. Cualquier otra persona jurídica de carácter público o privado en la que el Estado tenga participación o que se encuentre funcionalmente descentralizada o desconcentrada.*

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá establecer el régimen de excepción en los ámbitos de aplicación de esta Ley.

Conforme con lo dispuesto en el dispositivo transcrito, en principio, la Ley **se aplica a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, pertenecientes a los órganos y entes que integran el Poder Público**, conforme a la distribución y división establecidas en el artículo 136 de la Constitución de la República; es decir **Nacional, Estatal y Municipal en sus diferentes ramas, Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral**; y específicamente dentro de la Administración Pública, su aplicación se extiende por disposición de la Ley a las universidades públicas, los órganos desconcentrados, los servicios desconcentrados, los servicios autónomos, los institutos autónomos, los institutos públicos, las empresas del Estado y cualquier otra persona jurídica de carácter público o privado en la que el Estado tenga participación o que se encuentre funcionalmente descentralizada o desconcentrada.

En ese sentido, **la propia Ley se encargó de puntualizar su alcance, cuando en los artículos 8 al 13, en armonía con lo dispuesto en el artículo 3, concreta y específica, quiénes serán considerados altos funcionarios públicos y altas funcionarias públicas; así como personal de alto nivel y de dirección en el ámbito nacional, estatal y municipal.**

En efecto, respecto a qué servidores públicos se deben considerar como **altos funcionarios públicos y altas funcionarias públicas nacionales**, el artículo 8 indica expresamente que se refiere a los siguientes:

1. *Presidente o Presidenta de la República.*
2. *Diputados o diputadas a la Asamblea Nacional.*
3. *Magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.*
4. *Fiscal o la Fiscal General de la República.*
5. *Contralor u Contralora General de la República.*
6. *Defensor o Defensora del Pueblo.*
7. *Defensor Público General o Defensora Pública General.*

8. *Rectores o rectoras del Consejo Nacional Electoral.*
9. *Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.*
10. *Ministros o ministras.*
11. *Procurador o Procuradora General de la República.*
12. *Jefe o Jefa de Gobierno del Distrito Capital.*
13. *Presidente o Presidenta, directores y directoras del Banco Central de Venezuela.*

Asimismo, en lo que atañe al **personal de alto nivel y de dirección nacional**, en el artículo 9 determina que son los siguientes:

1. *Viceministros y viceministras.*
2. *Superintendentes y superintendentas.*
3. *Jefes y Jefas de Oficinas Nacionales.*
4. *Secretario o Secretaria General del Gobierno del Distrito Capital.*
5. *Secretario o Secretaria, Subsecretario o Subsecretaría de la Asamblea Nacional.*
6. *Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Magistratura.*
7. *Vicefiscal General de la República.*
8. *Subcontralor o Subcontralora General de la República.*
9. *Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría del Pueblo.*
10. *Secretario Ejecutivo o Secretaria Ejecutiva del Consejo Moral Republicano.*
11. *Viceprocurador o Viceprocuradora General de la República.*
12. *Director o Directora General de la Defensoría Pública.*
13. *Presidentes y presidentas e integrantes de las juntas directivas o cargos equivalentes de institutos autónomos, institutos públicos, empresas del Estado y cualesquiera otra persona jurídica de carácter público o privado en que el Estado tenga participación o que se encuentren funcionalmente descentralizadas o desconcentradas.*

14. Rectores y rectoras de universidades públicas o autónomas.

Por su parte, la Ley precisa en los artículos 10 y 11, **los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel de dirección del Poder Público Estatal y de elección popular**, identificando como tales a:

- 1. Los gobernadores o gobernadoras de estados.*
- 2. Legisladores o legisladoras de los estados.*
- 3. Contralores o contraloras de los estados.*
- 4. Procuradores y procuradoras de los estados.*

Finalmente, en cuanto a los **altos funcionarios y altas funcionarias del Poder Público Municipal**, los artículos 12 y 13 de la Ley aluden a los siguientes:

- 1. Alcaldes o alcaldesas municipales, metropolitanos y distritales.*
- 2. Concejales y concejales municipales, metropolitanos y distritales.*
- 3. Contralores y contraloras municipales, metropolitanos y distritales.*
- 4. Síndicos procuradores y síndicas procuradoras.*

De manera que, a la letra de los citados artículos aparece evidente la intención del legislador de que los límites previstos en las citadas disposiciones, sean aplicados a los emolumentos que devenguen los altos funcionarios allí indicados expresamente, en razón de la mención particularizada que de dichos funcionarios hizo la Ley, y no es posible ampliar su alcance a supuestos no comprendidos expresamente en ellas, pues de haber sido voluntad del legislador extender su aplicación a otra categoría de funcionarios, lo habría indicado expresamente.

De allí que, la aplicación de la ley debe ser restringida a los funcionarios claramente indicados en los citados artículos, en virtud del carácter taxativo y restrictivo de este régimen excepcional de remuneraciones. Por ende, en su aplicación debe hacerse valer el sentido tuitivo o protectorio en favor del trabajador, pues lo contrario produciría un efecto negativo, en las escalas de sueldos y en las clasi-

ficaciones de cargos, que conduciría a la revisión de los requisitos educacionales, de experiencia y competencias necesarias para su ejercicio, pues se reducirían, injusta y desigualmente los salarios de más del ochenta por ciento (80%) de los trabajadores, afectando las garantías constitucionales indicadas.

En efecto, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, en criterio de este Organismo, debe interpretarse restrictivamente y con precisa relación a su objeto, sin vulnerar el sistema general de derechos subjetivos de los trabajadores protegidos por la Constitución y las Leyes respectivas, así como las normas contenidas en los Tratados Internacionales, suscritos y ratificados por la República con las Organizaciones Internacionales, y que fueron incorporados como garantías, conforme con el artículo 23 de la Constitución, por tanto, no debe entenderse como un mandato para modificar o derogar aquella normativa.

Es oportuno indicar que los derechos adquiridos a lo largo de la trayectoria laboral, se erigen en beneficios obtenidos como consecuencia directa de su capacitación, antigüedad, experiencia y desempeño que los han llevado, en algunos supuestos, a percibir una remuneración que excede los límites previstos en la Ley; de manera que, dichos servidores públicos, en el supuesto de una aplicación extensiva, no sólo verían vulnerado logros alcanzados por su dedicación y desempeño, sino que pasarían a percibir una remuneración que no se corresponde con el perfil del funcionario, ni con las responsabilidades derivadas del cargo que desempeña.

Lo que conduce a pensar que esa no pudo haber sido la intención del Legislador, toda vez que a tenor de lo previsto en el artículo 6 de la Ley bajo examen, los emolumentos, jubilaciones y pensiones, reconocerán el nivel de dedicación, la complejidad de las funciones, las responsabilidades y la jornada laboral, respetando la proporcionalidad a las remuneraciones y pensiones percibidas por los trabajadores, parámetros que resultan de obligada consideración al fijar tales conceptos.

Así, el análisis de la Ley revela que no es viable extender su aplicación a todas las estructuras organizacionales y escalas salariales en las diferentes ramas del Poder Público, toda vez que con ello pudieran

verse comprometidos derechos adquiridos por los servidores públicos, y logros en materia laboral que involucran principios constitucionales y disposiciones legales y reglamentarias relativas a la remuneración del trabajo de los funcionarios, profesionales y técnicos al servicio del Poder Público. En ese contexto, la ley debe interpretarse y aplicarse restrictivamente, evitando que se extiendan sus efectos al sistema general de derechos subjetivos protegidos por la Constitución y las leyes respectivas.

De modo que, la armonización de las disposiciones normativas que anteceden, permiten arribar a la conclusión de que la aplicación restrictiva de la Ley Orgánica de Emolumentos se corresponde con la intención del legislador que emana de sus propias disposiciones, de las cuales se desprende que las limitaciones a los emolumentos allí previstas son aplicables, actualmente, solo a los funcionarios indicados expresamente en los artículos 8 al 13 de la Ley, a saber, a los más altos funcionarios de los órganos y entes del sector público, quienes cuentan con autoridad suficiente para decidir acerca de los niveles de remuneración de los funcionarios de la Institución y que de acuerdo con las funciones que les competen, pueden intervenir en forma decisiva en la fijación de tales niveles de remuneración.

Memorando N° 04-00-060 del 02 de febrero del año 2011.

FUNCIÓN PÚBLICA: Compatibilidad del cobro de la pensión de jubilación de manera simultánea con el sueldo derivado del ejercicio de un cargo público.

No es posible el disfrute, de manera simultánea, de la pensión de jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio del cargo de Magistrado que actualmente desempeña en el Tribunal Supremo de Justicia.

Oficio N° 04-00-022 del 12 de abril del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a si es compatible el cobro de la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio Público, de manera simultánea, con el sueldo correspondiente al cargo de Magistrado que actualmente desempeña en el Tribunal Supremo de Justicia manifestando además, que en la actualidad varios Magistrados jubilados de distintas universidades públicas disfrutaban de manera simultánea la pensión y el sueldo proveniente del referido cargo.

Sobre el particular, se estima pertinente señalar que el régimen general de incompatibilidades entre el disfrute de una pensión de jubilación y la percepción del sueldo por el ejercicio de un cargo público, se encuentra previsto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios¹, por ser el instrumento que regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios y empleados al servicio de la Administración Pública Central o Descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios.

El ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley aparece claramente establecido en su artículo 2, el cual contiene una enumeración taxativa de los órganos y entes a los cuales se aplica, en los términos siguientes:

Artículo 2. *Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:*

- 1. Los Ministerios del Poder Popular y demás organismos de la Administración Central de la República.*
- 2. La Procuraduría General de la República.*
- 3. Los estados y sus entes descentralizados.*

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo de año 2010.

4. *Los municipios y sus entes 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.*

En este contexto, cabe destacar que los regímenes de jubilaciones tanto del Ministerio Público, órgano que otorgó la jubilación, como del Tribunal Supremo de Justicia, órgano donde se produjo el reingreso, no están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la precitada norma, motivo por el cual sus previsiones no son aplicables al caso bajo análisis; por ello es preciso analizar los regímenes especiales de jubilaciones de ambos organismos y consecuentemente sus incompatibilidades.

En ese sentido, se observa que el beneficio de jubilación le fue concedido de conformidad con la Resolución N° 202 de fecha 16 de noviembre del año 1989, dictada por el Fiscal General de la República para la época, que regulaba lo concerniente al otorgamiento del beneficio de jubilación, pensiones de invalidez y sobreviviente para los funcionarios y empleados del Ministerio Público², instrumento normativo que consagraba el beneficio de jubilación, pero nada establecía respecto al régimen de incompatibilidades en cuanto al reingreso de dichos jubilados a otros órganos u entes públicos. Sin embargo, en la Resolución vigente N° 60 de fecha 4 de marzo del año 1999, que contiene el Estatuto de Personal del Ministerio Público³, en el párrafo segundo del artículo 137, prevé las incompatibilidades en la materia al establecer que la prestación por parte de los jubilados de ese Ministerio de funciones públicas remuneradas, permanentes o transitorias, distintas a las exceptuadas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, producen la suspensión del pago de la jubilación durante todo el tiempo que permanezca en el cargo, tal como es el caso de la designación del referido ciudadano en el cargo.

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.351 del 21 de noviembre del año 1989.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 del 4 de marzo del año 1999.

Por su parte, el vigente Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Magistrados, Funcionarios, Empleados y Obreros al Servicio de la Corte Suprema de Justicia⁴, órgano donde se produjo su reingreso en el cargo de Magistrado, establece en el artículo 38 la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación otorgada por ese órgano con el ejercicio de un cargo público, pero nada prevé respecto al ingreso a esa institución de un jubilado de otro órgano o ente de la Administración Pública.

Así pues, del análisis efectuado a los regímenes aplicables al caso consultado, se evidencia que en virtud de la prohibición expresa, prevista en el régimen de jubilación que rige para los funcionarios del Ministerio Público, el jubilado de esa Institución no puede percibir de manera simultánea la pensión de jubilación y el sueldo proveniente de un cargo público. En consecuencia, lo procedente es que se mantenga la suspensión de la pensión de jubilación mientras se encuentre en el ejercicio del cargo de Magistrado en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia que en la actualidad desempeña, pues se insiste en que la pensión de jubilación fue otorgada por un órgano en cuyo régimen de excepciones está prevista dicha incompatibilidad; de allí que, debe atenderse el régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldos que rige al funcionario en su condición de jubilado.

Caso distinto, y atendiendo al planteamiento efectuado, respecto a que en la actualidad algunos Magistrados disfrutaban simultáneamente de la pensión de jubilación acordada por las universidades nacionales y el sueldo como Magistrado, es preciso indicarle que para aquellos jubilados de las distintas universidades públicas que reingresen a la Administración no aplica la incompatibilidad entre haberes, pasivos y activos toda vez que la pensión de jubilación proviene de uno de los cargos compatibles a que alude el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la Ley, y en ese sentido la pensión de jubilación otorgada por uno de esos cargos (docente), es compatible de manera simultánea con el sueldo proveniente del ejercicio de un nuevo cargo público remunerado.

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.904 del 2 de marzo del año 2000.

De manera que, por tratarse en el caso consultado de una pensión de jubilación que no proviene de uno de los cargos exceptuados constitucionalmente y atendiendo a la incompatibilidad prevista en el régimen vigente que rige la condición de jubilado, no es posible el disfrute de manera simultánea con el ejercicio del cargo de Magistrado que actualmente desempeña en el Tribunal Supremo de Justicia.

Oficio N° 04-00-022 del 12 de abril del año 2011.

FUNCIÓN PÚBLICA: Aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público en las empresas estatales.

El criterio institucional sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, se orienta a que este instrumento normativo debe interpretarse restrictivamente y aplicarse dentro de los órganos y entes del sector público sujetos a su ámbito de aplicación.

Memorando N° 04-00-229 del 12 de abril del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público¹ específicamente, a los fines de que se precise a quiénes de los trabajadores que prestan servicios en la Corporación de Servicios y Mantenimiento de Estado Miranda S.A. está referida la Ley.

El consultante plantea que ha observado que los montos cancelados por concepto de sueldo y otros beneficios a los trabajadores de la Corporación, incluyendo aquellos que desempeñan cargos de coordinación, se han visto disminuido a partir de la vigencia de dicha Ley, por lo cual pareciese que la aplicación de sus disposiciones se ha hecho efectiva hasta el referido nivel de jerarquía.

Una vez analizado el planteamiento formulado, esta Dirección General pasa a emitir su opinión en los términos siguientes:

El criterio institucional sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, se orienta a que este instrumento normativo debe interpretarse restrictivamente y aplicarse dentro de los órganos y entes del sector público sujetos a su ámbito de aplicación, **a los funcionarios indicados en los artículos 8 al 13 de la Ley.**

En el análisis efectuado por esta Dirección General en el memorándum N° 04-00-060 de fecha 2 de febrero del año 2011, se indica que en virtud del carácter taxativo y restrictivo de este régimen excepcional de

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 de enero del año 2011.

remuneraciones, la citada Ley se aplica, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, pertenecientes a los órganos y entes que integran el Poder Público, conforme a la distribución y división establecidas en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es decir Nacional, Estatal y Municipal en sus diferentes ramas, Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral; y específicamente dentro la Administración Pública, se señala que su aplicación se extiende, por disposición de la Ley, a las universidades públicas, los órganos desconcentrados, los servicios desconcentrados, los servicios autónomos, los institutos autónomos, los institutos públicos, las **empresas del Estado** y cualquier otra persona jurídica de carácter público o privado en la que el Estado tenga participación o que se encuentre funcionalmente descentralizada o desconcentrada.

Ahora bien, el artículo 3 *supra* citado es imperativo al indicar que **su ámbito de aplicación se extiende a las empresas del Estado**, definidas en el artículo 102 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública², como personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo con las normas de derecho privado, en las cuales la República, **los estados**, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere dicha Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Partiendo de esta premisa, se tiene que la Ley es clara al precisar que en las empresas del Estado del Poder Público Nacional, los límites a los emolumentos se aplicarán a los cargos indicados en el artículo 9 numeral 13, es decir, Presidentes y Presidentas, así como los integrantes de las Juntas Directivas o cargos equivalentes. Asimismo, establece, el tope de diez salarios mínimos como límite máximo a los emolumentos que pueden percibir tal categoría de funcionarios (a nivel nacional).

Sin embargo, se observa que respecto al máximo de emolumentos que corresponde al Presidente y miembros de la Junta Directiva en los entes descentralizados funcionalmente en el nivel Estatal o Municipal, la Ley no contiene una disposición específica que regule ese particular.

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

En ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que el artículo 10 de la citada Ley establece el monto **equivalente a nueve salarios mínimos como límite máximo de emolumentos mensuales de los gobernadores o gobernadoras de los estados**. Por su parte, respecto a los emolumentos correspondientes a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel de dirección del Poder Público Estatal y de elección popular, la norma precisa que serán fijados en función de la población, situación económica, presupuesto consolidado y ejecutado, ingresos propios y disponibilidad presupuestaria con la que cuenta, sin afectar los gastos de inversión y el ámbito territorial del estado, **siempre que no exceda el límite máximo establecido en este artículo**. De manera pues, que el artículo 10 de la Ley impone una limitación razonable a la máxima autoridad al momento de fijar los emolumentos que corresponden a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel de dirección del Poder Público Estatal, quien no puede válidamente trasponer tales límites.

En consecuencia, las máximas autoridades del Poder Público Estatal aprobarán, en atención a los parámetros y límites *supra* indicados, las escalas de sueldos y salarios y el sistema de beneficios sociales del personal de alto nivel y de dirección que labore en los órganos y entes bajo su dirección y administración, control y tutela. Escalas que solo entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley.

En otro orden de ideas, el consultante plantea la factibilidad de que la aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos se haga extensiva a todo el personal que labora en una empresa del Estado, y no solo al Presidente y miembros de la Junta Directiva. Sobre este particular, se reitera el criterio Institucional que se pronuncia a favor de la aplicación restrictiva de la citada Ley y que fue plasmado en el memorándum N° 04-00-060 de fecha 2 de febrero del año 2011, publicado en el portal electrónico de la Contraloría General de la República.

Asimismo, es importante puntualizar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le atribuye de manera exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, la interpretación jurídica sobre el contenido y alcance de textos legales, de modo que corresponde

en última instancia a este Órgano pronunciarse, a los fines de resolver las dudas que se planteen en la aplicación de la Ley.

No obstante, a modo de referencia, resulta ilustrativo el contenido de la Resolución N° 2011-001³ del 14 de febrero del año 2011, dictada por la Junta Directiva del Máximo Tribunal de la República, en la cual se manifiesta al igual que esta Institución, a favor de la aplicación restrictiva de la Ley, debido a que cuando fijó el límite de emolumentos mensuales de los Magistrados y del Director Ejecutivo de la Magistratura, señaló dentro de los considerandos que motivan el citado acto administrativo, lo siguiente:

CONSIDERANDO

*Que de conformidad con el señalado texto legal [se refiere a la Ley de Emolumentos] en su artículo 3, el mismo se aplica a todos los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, pertenecientes a los órganos y entes que integran el Poder Público Nacional, Estadal y Municipal en sus diferentes ramas, conforme a la distribución y división establecidas en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **limitando así expresa y restrictivamente el ámbito de aplicación de la Ley y su alcance, a los supuestos previstos en la norma como régimen de excepción, en aras de la intangibilidad, irrenunciabilidad y progresividad de los derechos subjetivos adquiridos por otra categoría de trabajadores y funcionarios públicos dentro de cada estructura organizativa y según la escala de sueldos correspondiente a cada institución.***

CONSIDERANDO

Que el artículo 8 de la mencionada Ley, dispone el monto equivalente a doce (12) salarios mínimos como límite máximo de emolumentos mensuales de los altos funcionarios, altas funcionarias del Poder Público y de elección popular, entre los cuales se indican en su numeral 3, a los Magistrados o

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.640 del 23 de marzo del año 2011.

*Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, así como el Director Ejecutivo o la Directora Ejecutiva de la Magistratura, enunciado dentro de la categoría de funcionarios de alto nivel y de dirección nacional, en el artículo 9 numeral 6 eiusdem, cuyo límite máximo de emolumentos mensuales es el monto equivalente a diez (10) salarios mínimos, **funcionarios enumerados particular y taxativamente en dichas disposiciones normativas, por lo que impera fijar en este contexto mas no respecto de los demás servidores públicos del Poder Judicial**, la escala de sueldos, el sistema de beneficios sociales a tal efecto, y el de pensiones y jubilaciones. (Destacado y subrayado propio)*

Como puede apreciarse, dentro del Poder Judicial, la aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público se hizo de manera restrictiva, respecto a la categoría de funcionarios expresa y taxativamente indicados en la Ley, sin afectar al resto del personal que labora en la Institución, criterio que puede servir de base al consultante para la implementación de la Ley en comento.

Memorando N° 04-00-229 del 12 de abril del año 2011.

FUNCIÓN PÚBLICA: Opinión sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público a nivel municipal.

A partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, los concejales y concejalas tienen derecho a percibir en los términos allí previstos como retribución mensual, una cantidad que no excederá del monto máximo equivalente a cinco salarios mínimos. Asimismo, siempre y cuando se cumplan los supuestos legales para su procedencia y respetando los límites y condiciones allí fijados, los cuales en ningún caso podrán ser modificados por actos jurídicos de inferior jerarquía, ni por acuerdos, convenios o contratos de cualquier naturaleza, tendrán derecho a un bono vacacional, a una bonificación de fin de año, y al régimen de beneficios sociales previsto para el resto de los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera o trabajadores y trabajadoras del órgano deliberante; así como a recibir las prestaciones sociales, y disfrutar de los beneficios de la seguridad social como jubilaciones y pensiones, conforme a lo dispuesto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, hasta tanto se dicte la Ley que Regula el Régimen Prestacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas.

La reducción de las pensiones vulneraría la garantía de la irretroactividad de la Ley y los principios de progresividad e intangibilidad reconocidos en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Memorando 04-00-329 del 31 de mayo del año 2011.

Se solicita opinión de esta Dirección General, a fin de dar respuesta a diversas solicitudes de opinión formuladas por organismos que integran el Poder Público Municipal, vinculadas con la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, específicamente en torno a las interrogantes siguientes:

1. ¿Cuáles serían estrictamente los altos funcionarios y altas funcionarias en el nivel municipal?
2. ¿Se consideran dentro de los límites de los emolumentos establecidos en la norma para los alcaldes, contralores y síndico

procuradores, los beneficios sociales tales como hospitalización cirugía y maternidad, seguro de vida y accidentes personales, cesta tickets, servicios de comedores, gastos médicos, provisión de comidas y de guarderías infantiles, provisiones de ropa de trabajo, provisiones de útiles escolares y juguetes, pago de gastos funerarios, entre otros establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo?

3. ¿Reconoce la Ley Orgánica de Emolumentos, el bono vacacional y la bonificación de fin de año a los altos funcionarios del Poder Público Municipal?; ¿Podrían aplicarse tales beneficios con carácter retroactivo?
4. ¿Podrían cancelarse los beneficios sociales de carácter no remunerativo previstos en el párrafo tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo a los concejales?
5. ¿Es factible que los Órganos Legislativos efectúen el pago de los emolumentos de los altos funcionarios sujetos a la citada Ley, mediante cuentas en instituciones bancarias privadas, si en la localidad respectiva no se encuentran agencias de entidades financieras del Estado?
6. ¿Cuál es la partida presupuestaria específica en la que deberán ser imputados los recursos destinados al pago de los emolumentos y beneficios sociales de los altos funcionarios del Poder Público Municipal y de elección popular?
7. ¿Ante cuál organismo deben ser consignadas las nóminas de pago de los emolumentos y beneficios sociales de los altos funcionarios del Poder Público Municipal y de elección popular, y a partir de qué ejercicio fiscal corresponde enviarlas?
8. Se solicita igualmente opinión respecto a la posibilidad de que la citada Ley reduzca la pensión de jubilación a los concejales en ocasión de la rebaja de sueldos aplicada.

Una vez analizados los asuntos sometidos a consulta, esta Dirección General, considera pertinente hacer algunas precisiones respecto a los planteamientos vinculados con el reconocimiento del bono vacacional y la bonificación de fin de año a favor de los concejales por parte de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos

Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, así como respecto a la factibilidad de que además se les cancelen los beneficios sociales de carácter no remunerativo previstos en el parágrafo tercero del artículo 133 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo; y finalmente, acerca de la imposibilidad de que la citada Ley se aplique retroactivamente.

En ese sentido, cabe indicar que esta Contraloría General de la República ha sostenido de manera reiterada¹, que de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal² (artículos 35 último aparte, 79 y 95 numeral 21), la remuneración que corresponde percibir a los concejales consiste en una dieta, cuyo pago depende, entre otros requisitos, de la efectiva asistencia a las correspondientes sesiones del Concejo Municipal y/o Comisiones, dieta que puede perderse si el concejal se ausenta, antes de finalizar la sesión sin la aquiescencia del Presidente. Asimismo, ha señalado que el límite de tales remuneraciones se fija conforme a ley orgánica que rige la materia, a saber: la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios³ (hoy derogada).

En ese mismo orden de ideas, este Organismo Contralor argumentó en su oportunidad, que las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no autorizan el pago a los concejales, de conceptos distintos o adicionales a la dieta, tales como la bonificación de fin de año y el bono vacacional, previstos en el aparte único del artículo 2 de la derogada Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios. De allí que, en ausencia de normas reguladoras del derecho al pago de los beneficios antes mencionados, así como de una relación laboral que justificara el pago de prestaciones sociales, no era posible aplicar como normas supletorias las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, pues por la naturaleza electiva y el carácter no permanente del cargo que ejercían los ediles, no estaban vinculados laboralmente con el municipio.

1 Oficios Circulares N° 01-00-000-493, 01-00-000-397, 01-00-000-634 y 01-00-000325 de fechas 21 de junio del año 2005, 15 de junio del año 2006, 24 de octubre del año 2007 y 12 de mayo del año 2010, respectivamente.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre del año 2010.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.412 del 26 de marzo del año 2002, derogada expresamente por la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

De este modo, este Órgano Contralor precisó repetidamente, que hasta tanto se dictasen regulaciones que modificaran el régimen de los funcionarios municipales de elección popular, los concejales y concejalas no podían percibir los conceptos *supra* indicados (bono vacacional, bonificación de fin de año y prestaciones sociales).

Ahora bien, con motivo de la entrada en vigencia de la **Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público**,⁴ se produjo un cambio importante a nivel normativo que necesariamente conduce a la revisión del criterio sostenido por esta Institución Contralora, respecto a los emolumentos que perciben los concejales municipales.

Efectivamente, del estudio efectuado a la novísima Ley, se deriva como aspecto destacable, que allí se **establece un régimen especial único de naturaleza estatutaria**⁵ que abarca a **los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular**, pertenecientes a los órganos y entes que integran el Poder Público Nacional, Estatal y **Municipal** en sus diferentes ramas.

En ese sentido el artículo 5 de la citada Ley dispone lo siguiente:

Orden público

Artículo 5. Las disposiciones de la presente Ley son de estricto orden público y no podrán ser modificadas por actos jurídicos de inferior jerarquía, ni por acuerdos, convenios o contratos de cualquier naturaleza. Las normas relativas a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 enero del año 2011. Esta Ley deroga expresamente la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.412 de fecha 26 de marzo del año 2002.

5 El ejercicio de la función pública en Venezuela se encuentra regulado en principio por un régimen pre-existente de carácter general, objetivo e impersonal, dictado por el Estado, para establecer condiciones de ejercicio de los diversos cargos de la Administración Pública (lato sensu), ese instrumento es la Ley del Estatuto de la Función Pública, aplicable en principio a las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales. A tenor de lo previsto en el artículo 2 de la citada Ley, **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.

Esta Ley distingue dos categorías de funcionarios a los cuales otorga tratamientos diferentes, de una parte funcionarios de carrera; y de otra, funcionarios de libre nombramiento y remoción. Asimismo, prevé que sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios que por la naturaleza misma de las funciones que desarrollan permiten ser considerados como funcionarios públicos.

*alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, son de naturaleza estatutaria. En consecuencia, sus disposiciones son de obligatorio e imperativo cumplimiento para el Poder Público, especialmente las referidas a los límites máximos y procedimientos para **fixar los emolumentos, beneficios**, pensiones y jubilaciones de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular. Todo esto de conformidad con los principios que orientan al Estado social y democrático de derecho y de justicia que declara la Constitución de la República. (Destacado y subrayado propio)*

Del carácter estatutario que la Ley Orgánica de Emolumentos Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público atribuye al régimen en comentario, se origina como nota característica, que su vínculo con la Administración Pública (*lato sensu*) no obedece a un acuerdo de voluntades, sino a una normativa preestablecida por el legislador donde se incorporan las condiciones de empleo como normas objetivas, en virtud de las cuales desempeñan sus funciones con carácter permanente y periódico independientemente de que en el caso de los funcionarios de elección popular su continuidad dependa de una eventual reelección.

Este régimen especial es posible toda vez que los altos funcionarios públicos de elección popular incluidos los concejales y concejalas, por la particular forma de acceder al cargo, pertenecen a una categoría de funcionarios públicos que no se incluye dentro de la agrupación tradicional como funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción que realiza la Ley del Estatuto de la Función Pública, que contiene el régimen de carácter general aplicable a la función pública, de allí que en adelante se rigen, entre otra normativa, por esa ley especial de naturaleza estatutaria que regula y establece expresamente los límites máximos a los emolumentos, pensiones, jubilaciones y demás beneficios sociales que pueden percibir y que además los sujeta a las prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio del cargo⁶, dentro de las cuales se encuentra el

⁶ Artículos 148 de la Constitución de la República, 7 de la Ley Orgánica de Emolumentos Jubilaciones y Pensiones de los Altos Funcionarios y Altas funcionarias del Poder Público; 81 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. En ese sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública, recoge en su artículo 35 el

desempeño de otro destino público, salvo las excepciones previstas en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que los habilita solo para el ejercicio de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes. Prohibición que ya estaba prevista en el ámbito de la Administración Pública Municipal en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (artículo 81).

Esta prohibición se ajusta a los principios rectores del ejercicio de la función pública en general, enmarcados dentro del concepto de ética pública y moral administrativa, por ello como funcionarios públicos los concejales tienen la obligación de actuar dando preeminencia a los intereses de Estado por encima de los intereses de naturaleza particular, y es su deber dedicar su esfuerzo intelectual y personal al cumplimiento de las labores señaladas para el cargo que desempeñan durante el tiempo necesario para el ejercicio de las funciones encomendadas, que además son incompatibles con el desempeño de una profesión o de actividades privadas que puedan menoscabar o lesionar el ejercicio de la función pública y el estricto cumplimiento de sus deberes como funcionarios.

Precisamente, por el ejercicio de tales funciones los concejales y concejalas calificados por la Ley en comento como altos funcionarios tienen derecho a percibir **emolumentos** que son definidos en el artículo 4 de la citada Ley, en los términos siguientes:

Artículo 4. *A los fines de esta Ley y sin perjuicio a lo establecido en las leyes especiales, se consideran emolumentos, la remuneración, asignación, cualquiera sea su denominación o método de cálculo, tenga o no carácter salarial, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, con ocasión a la prestación de su servicio. A tal efecto, los emolumentos comprenden, entre otros: los salarios y sueldos; dietas; primas; sobresueldos; gratificaciones; bonos;*

señalado principio constitucional y en el artículo 36 determinó que el ejercicio de los cargos declarados por la Ley como compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste, lo cual se explica por el celo del legislador a que las funciones públicas sean desarrolladas de forma eficiente en pro de la colectividad y el desarrollo del país.

bono vacacional; bonificación de fin de año y asignaciones monetarias o en especies de cualquier naturaleza.

Quedan exentas de las disposiciones de este artículo las asignaciones que perciban los sujetos regulados por esta Ley para el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo en el ámbito nacional e internacional. (Destacado y subrayado propio)

Obsérvese que la noción de **emolumentos** utilizada en la Ley, reproduce parcialmente el primer párrafo del artículo 133 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, que define en similares términos al “salario”. En efecto, el citado artículo dispone lo siguiente:

Artículo 133. *Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.*

(Omissis)

Parágrafo 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 sí mismo.

Este dispositivo normativo ha sido objeto de extenso análisis por la doctrina venezolana, precisando que en principio el salario aparece como la prestación con la cual el patrono paga o cancela voluntaria, intencional y proporcionalmente el servicio del trabajador, constituyendo salario todo aquel provecho o ventaja que percibe el trabajador con

ocasión de la prestación de sus servicios en forma regular o permanente; sin embargo agregan que es posible identificar provechos y ventajas, económicamente evaluables, percibidas en forma regular y permanente por el trabajador, desprovistas de intención remuneratoria, tales como son por ejemplo el disfrute de los intereses hipotecarios inferiores a la tasa del mercado; el derecho a ser llamado con preferencia para los ascensos en el escalafón; los gastos de representación; los viáticos; el derecho al goce de los planes vacacionales; etc.

En ese sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia⁷ ha precisado que [...] todo lo que perciba el trabajador de manera habitual con motivo de los servicios prestados, en su respectiva jornada personal, no sujeto a una calificación especial prevista en la Ley, que permita afirmar lo contrario, debe entenderse que corresponde a retribución de su trabajo ordinario, y en tal sentido, formará parte tanto del **salario** integral como del **salario normal**.

Asimismo, respecto a la definición de salario, la Sala aludida en sentencia N° 106 de fecha 10 de mayo del año 2000, estableció lo siguiente:

Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

*De las precedentes transcripciones se infiere prima facie que el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece una amplia descripción de lo que debe entenderse e incluirse como salario, refiriéndose a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido por el trabajador como contraprestación a las labores por éste realizadas; no obstante, esta Sala, de manera reiterada, ha señalado que no todas las cantidades, beneficios y conceptos que el patrono pague al trabajador durante la relación de trabajo tendrán naturaleza salarial, **por el contrario, se ha establecido que de determinarse que el elemento alegado como***

⁷ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 00-065, Sentencia N° 438 del 2 de noviembre del año 2000.

beneficio, provecho o ventaja percibido es para la realización de la labor como un instrumento de trabajo necesario, no puede calificarse como salario, ya que no genera provecho y enriquecimiento en la esfera patrimonial del trabajador, por tanto, tales beneficios no pueden ser integrantes del salario.

(Destacado y subrayado propio)

En ese mismo sentido, en sentencia N° 263 de fecha 24 de octubre del año 2001 y 1566 de fecha 9 de diciembre del año 2004, la Sala estableció:

(...) La nueva redacción del Primer Parágrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da carácter salarial a aquellas prestaciones necesarias para la ejecución del servicio o realización de la labor, pues centra el concepto de salario en la ‘remuneración que corresponde al trabajador’ y que constituye para él una remuneración, provecho o ventaja’ concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...).

(Omissis)

Este concepto de salario permite, además, excluir del mismo, aun cuando la Ley no lo haga expresamente, aquellos pagos que están destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio. (...) Es en este sentido que la doctrina ha distinguido entre prestaciones pagadas por el trabajo, que forman parte del salario y prestaciones pagadas para el trabajo, es decir, como medio de permitir o facilitar la ejecución del mismo, las cuales tienen naturaleza extra salarial. (José Martins Catharino, Tratado Jurídico do Salario, 1951, p. 175). (Oscar Hernández Álvarez, Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo, 1999).

Conforme a los criterios anteriormente expuestos, para que una cantidad de dinero recibida por el funcionario sea considerada como “salario” debe reunir algunas características que denotan tal consis-

tencia, entre ellas que el salario debe ser **“remunerador” de la labor prestada y debe tener como “causa eficiente y suficiente” la prestación efectiva del servicio, debe incorporarse al patrimonio del trabajador y efectivamente aumentarlo y, debe tener como atributo indispensable el que tenga su causa en la prestación del servicio y no sometido a contingencias propias de la vida laboral.**

De manera que las cantidades, beneficios y conceptos que el patrono pague al trabajador durante la relación de trabajo para la realización de la labor y como un instrumento de trabajo necesario, no pueden calificarse como salario, pues no generan provecho y enriquecimiento en la esfera patrimonial del trabajador, por tanto, tales beneficios no pueden ser integrantes del salario.

En ese sentido, ha señalado la doctrina y jurisprudencia que la propia Ley Orgánica del Trabajo niega el carácter salarial a beneficios sociales como los servicios de comedores; la provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles; los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos; las provisiones de ropa de trabajo; las provisiones de útiles escolares y de juguetes; el otorgamiento de becas o pago de cursos de capacitación o de especialización; el pago de gastos funerarios, así como el beneficio previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras.

A estos se suman las denominadas primas de carácter social que se otorgan a los trabajadores como reconocimiento por su desempeño o *esfuerzo en la tarea cumplida, a su preparación y conocimientos, al tiempo* y experiencia en el cargo, o por su situación social específica, tales como serían la prima de antigüedad, asiduidad, responsabilidades familiares, economía de materias primas, siempre que sean generales para todos los trabajadores que se encuentren en condiciones análogas (artículo 136 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo) conceptos que justifican, en cada caso, las diferencias entre los salarios basadas en el principio de proporcionalidad, cuya aplicación reconoce la Ley Orgánica de Emolumentos Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público en el artículo 6, cuando establece que los emolumentos, reconocerán el nivel de dedicación, la complejidad de las funciones, las responsabilidades y la jornada laboral de estos servidores públicos y servidoras públicas,

respetándose la proporcionalidad a las remuneraciones y pensiones percibidas por los trabajadores y trabajadoras en general.

Dentro de ese contexto, y en el entendido de que los emolumentos al igual que el salario constituyen **la remuneración, asignación, cualquiera sea su denominación o método de cálculo, tenga o no carácter salarial, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda a los altos funcionarios con ocasión a la prestación de su servicio**, se puede ver, que además de la particularidad de que la Ley excluye del concepto aquellas percepciones que no puedan evaluarse en efectivo, el artículo 4 es claro al precisar que también **quedan exentas las asignaciones que perciban para el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo en el ámbito nacional e internacional**.

De esta manera, de la propia norma se infiere que se excluyen de la definición de emolumentos aquellas asignaciones que **se otorgan no con ocasión a la prestación de su servicio sino para el cumplimiento de sus funciones**, es decir, aquellas que no se le entregan con la finalidad de recompensar el trabajo realizado sino **para su realización, entre ellas se tienen los viáticos y los gastos de representación**.

En efecto, los viáticos son una asignación dineraria que se otorga al funcionario para que cumpla una misión oficial dentro o fuera del país y no constituyen una cantidad de dinero que se cancela como contraprestación a los servicios realizados por el trabajador. Por su parte, los gastos de representación son una retribución adicional que se otorga a las máximas autoridades en función al cargo que desempeñan en representación del organismo, se trata de una asignación suplementaria que tiene por fin que los cargos o las funciones se desempeñen con el decoro o solemnidad que a la representación ostentada corresponde.

En ese sentido, se considera que, a los fines de precisar el alcance de la excepción prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Emolumentos, debe analizarse si se trata de pagos dados al trabajador como contraprestación del servicio, con la intención de recompensar su esfuerzo individual, o si se trata de pagos para la realización de las funciones inherentes al cargo como una herramienta o medio para su ejercicio.

Señalado lo anterior, se tiene que, en todo caso la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, establece el pago de una con-

traprestación mensual, como remuneración que le corresponde a los concejales y concejalas **con ocasión a la prestación de sus servicios**, independientemente de su denominación o método de cálculo que no debe exceder de **cinco salarios mínimos** como tope máximo establecido en la Ley.

Al respecto, el artículo 13 de la citada Ley, dispone:

***Emolumentos de los altos funcionarios y altas
funcionarias del Poder Público Municipal***

Artículo 13. *Se establece el monto equivalente a cinco salarios mínimos como límite máximo de emolumentos mensuales de los siguientes funcionarios y funcionarias del Poder Público Municipal:*

1. **Concejales y concejalas municipales, metropolitanos y distritales.**
2. *Contralores y contraloras municipales, metropolitanos y distritales.*
3. *Síndicos procuradores y síndicas procuradoras. (Destacado y subrayado propio)*

Como se aprecia, a partir de la vigencia de la comentada Ley, la modalidad, periodicidad y forma del pago que perciben los concejales **por el ejercicio de esa función**⁸ se traduce en una **remuneración o emolumento mensual** que constituye el pago que se realiza como consecuencia de la efectiva prestación de servicios.

De acuerdo con lo señalado, en virtud de la Ley, los concejales están sujetos a una normativa de orden público que regula su vinculación como funcionarios con la entidad local, así como la percepción que les corresponde por el ejercicio de la función pública legislativa local. De este vínculo deriva como lógica consecuencia que en su condición de funcionarios o funcionarias públicas los concejales tienen derecho a los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹ y en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley

8 La vigente Ley, contrario a lo dispuesto en el artículo 2 de la derogada Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, no dispone que los límites allí establecidos rijan exclusivamente para los emolumentos que se devenguen de manera regular y permanente.

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

Orgánica del Trabajo y su Reglamento¹⁰, en lo atinente a la prestación de antigüedad y las condiciones para su percepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la citada Ley Orgánica de Emolumentos, en concordancia con el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública¹¹.

En efecto, el artículo 19 de la citada Ley, además de la excepción prevista en el artículo 4 *eiusdem* anteriormente citado, exceptúa de la prohibición de percibir remuneraciones o asignaciones adicionales, los montos correspondientes a la cancelación de las prestaciones de antigüedad establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo, los derechos de autor o autora sobre su obra y demás excepciones contempladas en la Constitución de la República y en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Asimismo, a raíz del reconocimiento de ese vínculo con la entidad, surgen a favor de los concejales, tal y como lo establece la comentada Ley, la percepción de **un bono vacacional y una bonificación de fin de año, cuyo monto no tiene incidencia en el límite de los emolumentos**, tal y como lo establecen los artículos 14 y 15 *eiusdem* los cuales expresan que los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular tendrán derecho a recibir una bonificación por cada año de servicio calendario activo o fracción correspondiente hasta un máximo de cuarenta días de salario o sueldo normal mensual. Así como una bonificación por cada año de servicio calendario activo o fracción correspondiente, que no superará los noventa días de salario o sueldo integral. Montos que no serán incluidos en el cálculo del límite máximo de emolumentos mensuales establecidos en esa Ley.

De igual modo, los concejales estarían eventualmente amparados por el sistema de beneficios sociales reconocidos al resto de los funcionarios de la entidad, tal y como se infiere de lo dispuesto en el artículo 20 *eiusdem* cuando señala lo siguiente:

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

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

Beneficios sociales

Artículo 20. El sistema de beneficios sociales aprobados para altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular de conformidad con la presente Ley, no podrá establecer beneficios sociales superiores en sus condiciones y alcance a los percibidos por los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera o trabajadores y trabajadoras. (Destacado propio)

Como puede apreciarse, aparece evidente de la letra de la norma transcrita, que ha sido intención del legislador que los concejales como altos funcionarios del Poder Público Municipal no percibieran beneficios sociales superiores a los percibidos por los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera o trabajadores y trabajadoras del respectivo municipio.

Se aprecia entonces que la Ley dejó abierta la posibilidad de reconocimiento de contraprestaciones complementarias a favor de estos funcionarios, específicamente aquellas prestaciones que apuntan a mejorar su calidad de vida y la de su núcleo familiar como son los beneficios sociales que se conceden en función de las necesidades del trabajador, y que no constituyen una remuneración debida por la ejecución de la prestación laboral, ni compensan el tiempo trabajado ni el rendimiento del trabajador y que generalmente constituyen el cumplimiento de una obligación que la Ley pone a cargo del empleador.

En esta categoría se incluirían los beneficios sociales de carácter no remunerativo previstos en el artículo 133 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo y 73 de su Reglamento como plantea la consulta y a los cuales se hizo referencia *supra*. Sin embargo, es oportuno indicar que la procedencia de los beneficios previstos en las citadas normas no surge automáticamente a favor de los concejales con la promulgación de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, por el contrario **cuando la Ley dispuso en el artículo 20 que no se podían establecer a los altos funcionarios beneficios sociales superiores a los percibidos por el resto de los funcionarios, dejó ver que no se trata de estipular nuevos beneficios sino de reconocerles**

en condiciones de igualdad los previstos en el régimen aplicable al resto de los funcionarios de la entidad, lógicamente, siempre y cuando se cumplan los supuestos legales para su procedencia, conforme a las leyes que los regulan, pues se insiste en que los legisladores locales no tienen la libertad de acordárselos libremente debido a la naturaleza de orden público de las disposiciones que los regulan, que impiden su modificación por actos normativos de inferior jerarquía, ni por acuerdos, convenios o contratos de cualquier naturaleza como expresamente lo señala el artículo 5 de la Ley.

A la par de los beneficios indicados la citada Ley reconoce en el artículo 22, otros derechos incorporados a la seguridad social como jubilaciones y pensiones que se registrarán por los principios de universalidad, integralidad, eficiencia, financiamiento solidario, contributivo y unitario, y que conforme a dicha normativa se integra al Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas del Sistema de Seguridad Social¹².

Sobre la base de lo expuesto, se sostiene que a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, los concejales y concejales tienen derecho a percibir en los términos allí previstos **como retribución mensual**, una cantidad que no excederá del monto máximo equivalente a **cinco salarios mínimos**. Asimismo, siempre y cuando se cumplan los supuestos legales para su procedencia y respetando los límites y condiciones allí fijados los cuales en ningún caso podrán ser modificados por actos jurídicos de inferior jerarquía, ni por acuerdos, convenios o contratos de cualquier naturaleza, tendrán derecho a un bono vacacional, a una bonificación de fin de año, y al

12 En la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público se establece lo siguiente: *Hasta tanto entre en vigencia la ley que regula el régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas, las jubilaciones y pensiones de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público, en sus diferentes ramas y niveles, se registrarán por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en cuanto a los años de servicios, montos de cotizaciones y porcentajes de las prestaciones económicas que se cancelen, las cuales serán aplicables.*

Los funcionarios y funcionarias de elección popular continuarán con el régimen de jubilación previsto en los instrumentos normativos vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley. Es de destacar que los concejales en materia de jubilaciones y pensiones se rigen por lo dispuesto en la prenombrada Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

régimen de beneficios sociales previsto para el resto de los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera o trabajadores y trabajadoras del órgano deliberante; así como a recibir las prestaciones sociales, y disfrutar de los beneficios de la seguridad social como jubilaciones y pensiones, conforme a lo dispuesto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, hasta tanto se dicte la Ley que Regula el Régimen Prestacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas.

Es imperativo dejar sentado que la posibilidad de aplicación retroactiva de la comentada ley es jurídicamente improcedente, toda vez que es de derecho aseverar que las leyes solo disponen para el futuro, por tanto rigen y producen efectos sobre situaciones jurídicas nacidas y producidas desde el momento de su entrada en vigencia.

En este sentido, **la vigencia hacia el futuro** de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público aparece claramente establecida en la Disposición Final Tercera, donde se deja sentado que *“Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”*, a saber el 12 de enero del año 2011, oportunidad en la cual se materializó la publicación en la Gaceta Oficial N° 39.592.

Esta norma se acopla a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra el principio general de la irretroactividad de las leyes y su excepción cuando se trate de la aplicación de la ley penal más favorable¹³ y que garantiza que la Ley nueva resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma solo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano.

Sobre el particular, es oportuno traer a colación el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁴, en torno a la irretroactividad de la ley, donde ha establecido lo siguiente:

¹³ El Código Civil prevé en su artículo 1 que *“La Ley es obligatoria desde su publicación en la GACETA OFICIAL o desde la fecha posterior que ella misma indique”*.

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional, N° de Expediente 00-2783, N° de Sentencia 1760 del 25 de septiembre del año 2001 (caso: Antonio Volpe González).

Una elemental regla de técnica fundamental informa que las normas jurídicas, en tanto preceptos ordenadores de la conducta de los sujetos a los cuales se dirigen, son de aplicación a eventos que acaezcan bajo su vigencia, ya que no puede exigirse que dichos sujetos (naturales o jurídicos, públicos o privados) se conduzcan u operen conforme a disposiciones inexistentes o carentes de vigencia para el momento en que hubieron de actuar.

La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está así vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica conforme a la cual el Derecho se afirma como un instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado por medio del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento, perdería buena parte de su hálito formal, institucional y coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un orden (...).

La posición jurisprudencial transcrita deja claramente sentado que una Ley posterior no puede regular o cambiar en ninguna forma actos o hechos que se materializaron con anterioridad a su entrada en vigencia, esto implica que la Ley nueva rige solo los hechos y actos que se producen a partir de su vigencia, y con ello se evita que se afecten situaciones válidamente consolidadas bajo el imperio de leyes anteriores.

En atención a lo indicado, estima esta Dirección General que el Legislador Nacional fue claro al establecer los beneficios indicados a favor de los concejales y concejalas hacia el futuro es decir **a partir de la vigencia de la Ley.**

Por las mismas razones anteriormente expuestas, se concidera que en aplicación de la citada Ley no pueden modificarse las pensiones de jubilación que perciben los exconcejales u otros funcionarios del municipio, pues la pensión de jubilación detenta la condición jurídica de un derecho adquirido ya patrimonializado de naturaleza económica y como derecho ya consolidado no puede estar sujeto al *ius variandi* de la Administración.

En este sentido, se debe acotar que la jubilación es un beneficio social destinado a compensar al funcionario o empleado público cuando han cumplido los extremos previstos en el ordenamiento jurídico relativos al límite de edad y tiempo de servicio; y se traduce en un derecho vitalicio que se concreta para el jubilado en la percepción de un importe monetario periódico y fijo sin la contraprestación de un esfuerzo físico o intelectual de su parte. Representa un aspecto del derecho a la Seguridad Social, que en propio ordenamiento jurídico tiene una protección reforzada, por tratarse de un derecho estrechamente vinculado a la esfera vital del individuo que se genera por la previa existencia de un vínculo laboral o de una prestación de servicios.

En ese orden, el artículo 89 Constitucional preceptúa que el trabajo es un hecho social y como tal gozará de la protección del Estado quien para el cumplimiento de esa obligación debe respetar los principios allí indicados en cuanto a que ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales; que los derechos laborales son irrenunciables y cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora; prohibiendo todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

Así las cosas, la jubilación como derecho derivado del hecho social trabajo es intangible, en tanto no debe alterarse o modificarse luego de haberse legítimamente establecido; pues debido a su contenido social el Estado está obligado a garantizar su vigencia como lo ratifica el artículo 1 de la Ley Orgánica de Emolumentos Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

En ese sentido, es conteste la doctrina explanada en reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde se ha señalado que la jubilación constituye un derecho adquirido de carácter vitalicio, por lo tanto ningún derecho que califique como adquirido puede ser revocado por el conferente o terceros, siempre y cuando se hayan cumplido las condiciones legales para su otorgamiento, erigiéndose así en un derecho incorporado irrevocablemente al patrimonio del adquirente protegido, incluso contra una ley nueva; pues esta no puede privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, ante la absoluta imposibilidad de exigir el cumplimiento de la nueva ley a las situaciones jurídicas consolidadas bajo la ley anterior. Es de hacer notar, que en materia laboral, se ha reconocido el derecho a los trabajadores de no ser desmejorados en sus condiciones de vida y de trabajo, y precisamente, el espíritu de la pensión de jubilación es garantizar la calidad de vida del funcionario público una vez que es jubilado.

De manera que, cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela instituye tal cantidad de derechos y remite a la ley para disponer lo necesario, a fin de mejorar las condiciones materiales morales e intelectuales de los trabajadores, no hay duda de que la modificación de los beneficios, provechos y ventajas que hayan alcanzado, obtenido y consolidado por los trabajadores, producto del trabajo, está sujeta a la observancia de tales principios.

Ciertamente, estima esta Dirección General que la reducción de las pensiones vulneraría **la garantía de la irretroactividad de la Ley** y los principios de **progresividad e intangibilidad** reconocidos en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Memorando 04-00-329 del 31 de mayo del año 2011.

FUNCIÓN PÚBLICA: Pago de emolumentos y demás beneficios sociales del personal de alto nivel y de dirección, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

Los procuradores de los estados, a quienes les resulta aplicable la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones para los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, tienen derecho a percibir el monto equivalente a ocho (8) salarios mínimos como límite máximo de emolumentos mensuales, conforme al numeral 3 del artículo 11 del citado texto legal.

La cancelación de las bonificaciones por matrimonio, por nacimiento de hijos, aportes por defunción, medicinas, útiles escolares, juguetes, plan vacacional para los hijos de los trabajadores, dotación de uniformes, caja de ahorro, tickets de alimentación, seguro social y los aportes para el sistema de vivienda y hábitat; no generan enriquecimiento en la esfera patrimonial del trabajador y algunos de ellos se perciben como instrumentos de trabajo para la realización de la labor, por lo tanto, estos beneficios no son integrantes del emolumento. En el entendido de que tendrán derecho a estos beneficios siempre que le estén estipulados previamente a los demás funcionarios de carrera y trabajadores del respectivo ente, conforme lo establece el artículo 20, no pudiendo contemplarse beneficios adicionales a los altos funcionarios ni por reglamento, contrato ni por ningún tipo de convenio, debido al carácter de orden público de las disposiciones de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones para los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

Memorando N° 04-00-501 del 09 de agosto del año 2011.

Se solicita opinión a esta Dirección General, sobre el pago de emolumentos y demás beneficios sociales del personal de alto nivel y de dirección de la Procuraduría del Estado Carabobo, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

En su solicitud, el Procurador del estado Carabobo precisa conocer si se encuentran sujetas al límite máximo establecido en la referida Ley Orgánica, determinadas asignaciones económicas como: bonificación por matrimonio; bonificación por nacimiento de hijos (as); aporte por defunción; aporte para medicinas; plan vacacional para los hijos de los trabajadores; aporte para la adquisición de útiles escolares; aporte para

la adquisición de juguetes; prima por antigüedad; bono vacacional y post-vacacional; bonificación de fin de año; reconocimiento por años de servicio; dotación de uniformes; caja de ahorro; tickets de alimentación; seguro social; aportes al sistema de vivienda y hábitat, asignaciones estas pagadas, en virtud del Reglamento Interno de Beneficios para los Funcionarios y Funcionarias de la Procuraduría del Estado Carabobo y de otras normas legales.

Revisada la situación planteada, se estima imperativo destacar que con ocasión de la solicitud de opinión en un caso similar, esta Dirección General por medio del memorándum N° 04-00-329 del 31 de mayo del año 2011¹ se pronunció, entre otros, sobre los particulares a que se contrae la consulta en referencia.

Con fundamento en lo expuesto en el memorándum en referencia, se reitera el criterio de esta Dirección General, en el sentido de que los Procuradores de los estados, a quienes les resulta aplicable la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones para los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, tienen derecho a percibir el monto equivalente a ocho (8) salarios mínimos como límite máximo de emolumentos mensuales, conforme al numeral 3 del artículo 11 del citado texto legal.

Quedando excluidos del concepto de emolumentos la percepción de un bono vacacional y una bonificación de fin de año, según se consagra en los artículos 14 y 15 la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones para los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público²; las prestaciones de antigüedad, los derechos de autor sobre su obra y demás excepciones establecidas en la Constitución Nacional y en el Ley del Estatuto de la Función Pública³, conforme al artículo 19 *eiusdem*. Igualmente, se excluyen las percepciones que no pueden valorarse en efectivo, así como aquellas asignaciones que se otorguen para el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo, verbigracia: los viáticos y los gastos de representación, conforme al artículo 4 de la citada Ley.

1 El dictamen en referencia ha sido publicado en el presente libro.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 de enero del año 2011.

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

En virtud de lo anterior, y dado que la cancelación de las bonificaciones por matrimonio, por nacimiento de hijos, aportes por defunción, medicinas, útiles escolares, juguetes, plan vacacional para los hijos de los trabajadores, dotación de uniformes, caja de ahorro, no generan enriquecimiento en la esfera patrimonial del trabajador y algunos de ellos se perciben como instrumentos de trabajo para la realización de la labor, estos beneficios no son integrantes del emolumento. En el entendido de que tendrán derecho a estos beneficios, siempre que le estén estipulados previamente a los demás funcionarios de carrera y trabajadores del respectivo ente, conforme lo establece el artículo 20, no pudiendo contemplarse beneficios adicionales a los altos funcionarios ni por reglamento, contrato ni por ningún tipo de convenio, debido al carácter de orden público de las disposiciones de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones para los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

Igual interpretación aplica para el caso de los tickets de alimentación, seguro social y los aportes para el sistema de vivienda y hábitat, los cuales se cancelan al personal de la Procuraduría del Estado Carabobo en virtud del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras⁴, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁵ y del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat⁶, respectivamente.

Memorando N° 04-00-501 del 09 de agosto del año 2011.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.666 del 04 de mayo del año 2011.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 del 31 de julio del año 2008.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889 del 31 de julio del año 2008.

FUNCIÓN PÚBLICA: Salario mínimo de referencia, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

El salario mínimo de referencia, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, no puede ser otro salario distinto, sino por el contrario, este se refiere al salario mínimo nacional que fija el Ejecutivo Nacional anualmente mediante Decreto Presidencial.

Memorando 04-00-122 del 29 de febrero del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre qué debe entenderse por la expresión salario mínimo de referencia a que alude el artículo 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

Analizado el asunto sometido a consulta y revisado el proyecto de respuesta, esta Dirección General estima pertinente determinar, como punto previo, lo que debe entenderse por salario mínimo. En este sentido, se tiene que la Enciclopedia Jurídica Opus¹ considera por salario mínimo:

(...) la contraprestación mínima debida y pagada directamente por el patrono a todo trabajador, inclusive a los trabajadores rurales, y que por debajo del cual el trabajador no cubriría sus necesidades ni las de su familia; y por eso la ley exige que se retribuya al trabajador cuando menos ese mínimo (...).

En este orden de ideas, la Organización Mundial del Trabajo² ha definido al salario mínimo como:

(...) la suma mínima que deberá pagarse al trabajador por el trabajo o servicios prestados, dentro de un lapso determinado, bajo cualquier forma que sea calculado [...]

1 (1995). Diccionario Jurídico Opus. Caracas: Ediciones Libra. Pág. 562-563.

2 79ª Conferencia Internacional del Trabajo (1992) Informe III (Parte 4B): Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 26) y a la Recomendación (núm. 30) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928; al Convenio (núm. 89) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951, y al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Pág. 15. Disponible en: <http://ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663%281992-79-4B%29.pdf>

que no puede ser disminuida ni por acuerdo individual ni colectivo, que está garantizada por la ley y puede fijarse para cubrir las necesidades mínimas del trabajador y de su familia, teniendo en consideración las condiciones económicas y sociales de los países.

En este sentido, a partir del año 2000 este es fijado anualmente mediante Decreto Presidencial por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de la atribución conferida por los numerales 1 y 24 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, en concordancia con lo establecido en el artículo 172 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo⁴.

Precisado lo anterior, se tiene que la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público⁵ en su artículo 17 dispone:

Las escalas de sueldos y salarios y el sistema de beneficios sociales de los sujetos regulados en la presente Ley, tendrán vigencia en el ejercicio fiscal del año siguiente en que se haya fijado el salario mínimo de referencia y sólo podrán ajustarse si este gasto se prevé en la formulación de las leyes y ordenanzas de presupuesto anual. (Destacado propio)

El citado dispositivo consagra la vigencia del incremento nominal de los emolumentos de altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, al precisar que se modificarán en el ejercicio fiscal siguiente en que se haya fijado el salario mínimo de referencia, puntualizando además que solo se ajustará dicho monto siempre y cuando el gasto se haya previsto en la formulación de las leyes y ordenanzas de presupuesto anual.

De modo pues, que la precitada disposición no debe interpretarse de manera aislada, sino por el contrario, analizarse conjuntamente con lo establecido en el artículo 16 y con la Disposición Final Segunda de

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

4 Decreto N° 8.202 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.024 Extraordinario del 6 de mayo del año 2011.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 de enero del año 2011.

la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, que señalan:

Artículo 16. El incremento del salario mínimo nacional no implica el aumento del monto absoluto de los emolumentos establecidos en las escalas de sueldos y salarios, así como del sistema de beneficios sociales de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular.

Las escalas de sueldos y salarios así como el sistema de beneficios sociales establecidos de conformidad con la presente Ley, deben ajustarse a la disponibilidad en los presupuestos públicos anuales en todas las ramas y niveles del Poder Público, para el ejercicio fiscal vigente.

Disposición Final Segunda. El salario referencial tomado en esta Ley para los ajustes, **no implica aumento salarial en el momento que se decreta variación en el salario mínimo nacional.** (Destacado y subrayado propio)

Las normas transcritas establecen con diáfana claridad, por una parte, que el incremento del salario mínimo nacional, durante un determinado ejercicio fiscal, no implica *per se* que deba modificarse la escala de sueldos y salarios, así como los beneficios sociales de los funcionarios públicos a que está dirigida la Ley, toda vez que estos deben ajustarse a la disponibilidad en los presupuestos públicos anuales en todas las ramas y niveles del Poder Público, para el ejercicio fiscal vigente; y por otra parte, se prevé que el incremento del salario mínimo nacional no implica un aumento salarial, como relación causa-efecto por haber sido tomado en consideración el salario de referencia para afectar los ajustes de los emolumentos de los funcionarios sujetos a la Ley Orgánica *supra* citada.

Ahora bien, el análisis de las normas transcritas permite concluir que **el salario mínimo de referencia** a que se contrae el artículo 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, no puede ser otro salario distinto, sino por el contrario éste **se refiere al salario mínimo**

nacional que fija el Ejecutivo Nacional anualmente mediante Decreto Presidencial.

Así pues, de conformidad con lo precedentemente expuesto esta Dirección General concluye que el salario mínimo de referencia a que alude el artículo 16 está referido al salario mínimo nacional establecido vía Decreto Presidencial.

Memorando 04-00-122 del 29 de febrero del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Aplicación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, prevista en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal a un funcionario que ejerce el cargo de Docente y Vicerrector Administrativo en una universidad nacional.

No existe impedimento legal alguno para la inmediata ejecución por parte de la Universidad de Carabobo, de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas emanada de este Organismo Contralor, toda vez que esta implica la ruptura o disolución del vínculo laboral entre el sancionado y el órgano o ente donde ejerce las funciones, conllevando además, a la imposibilidad total para que este funcionario desempeñe un destino público durante el período estipulado para la sanción.

Memorando 04-00-261 del 04 de mayo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la improcedencia de la ejecución de la sanción de inhabilitación impuesta, dado las razones de derecho contenidas en el dictamen elaborado por la Consultoría Jurídica de la Universidad de Carabobo, respecto a que el cargo de Vicerrector Académico es considerado como de elección popular, y que el ejercicio de la docencia no es considerado legal ni doctrinariamente como cargo de función pública.

Una vez analizada la solicitud de opinión, conjuntamente con el criterio remitido, emanado de la Consultoría Jurídica de esa Casa de Estudios y el proyecto de respuesta, esta Dirección General tiene a bien indicar lo siguiente:

Como punto importante, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las universidades nacionales. Al respecto, la autora Hildegard Rondón de Sansó, sostiene que la Universidad es un Ente Público Corporativo, caracterizado por *“la presencia de un sustrato personal, comunidad o corporación que da a estos un carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas”*¹. Asimismo, señala que *“El personal académico, docente y de investigación de las Universidades Nacionales (Autónomas), se rige por la Ley de Universidades y por los Reglamentos dictados por los respectivos Consejos Universitarios.”*

1 Citado en: Peña Solís, José. (1995) Lineamientos de Derecho Administrativo: La organización administrativa venezolana. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Volumen I. Pág. 77.

Para Víctor Rafael Hernández Mendible², las universidades son “*personas morales autónomas, de carácter corporativo, de naturaleza pública o privada, reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo, que están al servicio de la República y cuyo objeto es reunir a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre y de cumplir una función rectora dentro de la educación, la cultura y la ciencia del país*”.

En igual sentido está previsto en la Ley de Universidades³ cuando señala:

Artículo 1. *La Universidad es fundamentalmente una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre.*

Artículo 2. *Las Universidades son Instituciones al servicio de la Nación y a ellas corresponde colaborar en la orientación de la vida del país mediante su contribución doctrinaria⁶ en el esclarecimiento de los problemas nacionales.*

Artículo 12. *Las Universidades Nacionales tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional. Este patrimonio estará integrado por los bienes que les pertenezcan o que puedan adquirir por cualquier título legal.*

Como puede observarse la doctrina venezolana y la Ley de Universidades, son coincidentes al sostener que las universidades nacionales en razón de los fines que persiguen, están dotadas de autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera, lo cual le permite entre otras situaciones, elegir a sus propias autoridades. Criterio reiterado por la jurisprudencia venezolana, al sostener que las universidades nacionales tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, destacando que se trata de instituciones al servicio de la República formando parte de la Administración Pública Nacional Descentralizada.

De allí que, no cabe duda que el personal docente que labora en dichas instituciones ejercen una función pública en pro de la colectividad

² Hernández-Mendible, Víctor Rafael (1993). La Naturaleza Jurídica de las Universidades. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 48. Pág. 396.

³ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.429 Extraordinario del 8 de septiembre del año 1970.

como es, entre otras, la de cumplir una función rectora de la educación, la cultura y la ciencia del país, pues la educación se configura como un derecho humano, un deber social, expresada como un servicio público fundamental.

Por ello es importante destacar lo que implica estar en el ejercicio de la función pública. En este orden, en Sentencia emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁴, se expresa lo siguiente:

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

(Omissis)

*(...) el **funcionario público** es quien cumple la función pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la función pública, bien por elección popular o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este. Ahora, quien es funcionario público, per se tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa;*

⁴ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 14.658, Sentencia N° 00943 del 15 de mayo del año 2001.

*por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario se puedan ejercerse otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como aceptación de cargos de docencia, etc.). **Pero ello no significa en modo alguno que siempre se esté ejerciendo dicho cargo, así, si bien siempre se tiene esa cualidad de funcionario** (al menos mientras no haya operado una destitución, suspensión, renuncia, etc.), **ello no significa que siempre se esté ejerciendo la función pública. Para que esto último ocurra deben estarse efectuando los cometidos o funciones del servicio. Por lo que cabe apuntar adicionalmente, que es perfectamente deslindable el hecho de que se estuviere dentro del horario o espacio de tiempo establecido para cumplir con la función pública o incluso que se esté aparentemente realizando ésta, del hecho cierto e inequívoco de que se está realizando dicha función**, es decir, en los dos primeros supuestos señalados no puede entenderse que necesariamente se esté ejecutando el servicio. (Destacado propio)*

De igual manera, resulta importante citar la definición doctrinaria de Funcionario Público⁵, la cual es del tenor siguiente:

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

En ese orden de ideas, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁶, en su artículo 3, contiene la noción de funcionario público cuando prevé que “(...) será toda persona natural que, en virtud de nombramiento

5 Enciclopedia Jurídica Opus. Caracas: Ediciones Libra.

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

expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente". Como es de observar, a tenor de esta disposición, se requieren ciertas condiciones para que pueda considerarse a un sujeto determinado como funcionario público, a saber: a) Que haya sido nombrado por una autoridad competente; b) Que implique el desempeño en el ejercicio de una función pública y c) Que la función sea remunerada y de carácter permanente.

Ahora bien, en este caso particular que ocupa, si bien es cierto que el personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales están excluidos de la aplicación de la citada Ley, esta exclusión no puede conducir a pensar que no son funcionarios públicos, pues precisa indicar que más bien ratifica esta condición cuando el propio parágrafo único del artículo 1 *eiusdem*, indica que quedan excluidos de su aplicación **los funcionarios públicos** allí indicados, dentro de los cuales señala a este personal. Por tanto, son funcionarios públicos los que presten servicios en la Administración Pública y aquellos pertenecientes a organismos que cuentan con estatutos de personal propios, que cumplen con los requisitos que caracterizan la noción de funcionario público, aunque dicha Ley los excluya expresamente de su ámbito de aplicación.

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

Con fundamento en lo expuesto, se colige que el carácter de funcionario público está vinculado al cumplimiento de funciones públicas, es decir, realizar los intereses del colectivo, lo que permite concluir sin lugar a dudas que el personal **docente** de una universidad nacional es un funcionario público al servicio del Estado, los cuales se encuentran sometidos a un régimen especial y específico como consecuencia de la autonomía que gozan estas instituciones.

Siendo así las cosas, no puede desconocerse que el personal directivo, **docente**, académico, administrativo y de investigación de las

universidades nacionales están sometidos al conjunto normativo que regula la administración, manejo y custodia de bienes y fondos públicos y en el caso de que en el ejercicio de sus funciones incurran en actos, hechos u omisiones contrarios a estas disposiciones, responden penal, civil y administrativamente; y en ese sentido, son sujetos pasibles de responsabilidad administrativa y de las consecuencias que deriven de ella, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Por otra parte, respecto a la afirmación que surge de la Consultoría Jurídica de esa Casa de Estudios en referencia a que el cargo de Vicerrector Académico constituye un cargo de elección popular, es importante traer a colación su forma de elección, así se tiene que la Ley de Universidades vigente establece que las autoridades de las universidades venezolanas, deben ser electas por los miembros del llamado “**claudio universitario**”, un sistema que solo da derecho a votar a un número reducido de profesores ordinarios, y a una representación proporcional de los estudiantes y egresados, observándose que no participan la totalidad de los miembros de la comunidad universitaria. En ese sentido, la citada Ley establece en los artículos 30, 31 y 32 lo siguiente:

Artículo 30. *La elección del Rector, del **Vice-Rector Académico**, del Vice-Rector Administrativo y del Secretario se realizará dentro de los tres meses anteriores al vencimiento del período de cuatro años correspondientes a dichas autoridades, **por el Claustro Universitario** integrado así:*

1. *Por los Profesores asistentes, agregados, asociados, titulares y jubilados;*
2. *Por los representantes de los alumnos de cada Escuela, elegidos respectivamente en forma directa y secreta por los alumnos regulares de ellas. El número de estos representantes será igual al 25 % de los miembros del personal docente y de investigación que integran el Claustro. La representación estudiantil de cada Escuela será proporcional al número de alumnos regulares que en ella cursen, en relación con el total de alumnos regulares de Universidad;*

3. *Por los representantes de los egresados a razón de cinco por cada Facultad, elegidos en la forma prevista en el Artículo 54.*

Parágrafo Único: *A los efectos del quórum de integración no se tomará en cuenta el número de profesores jubilados, ni de aquellos que se encuentren en disfrute de permiso o de año sabático.*

Artículo 31. *El voto para la elección del Rector, Vice-Rectores y Secretarios será obligatorio, y se requerirá, para su validez, que haya votado no menos de las dos terceras partes **de los integrantes del Claustro**. La elección se hará por votación directa y secreta, y se proclamarán electos a quienes hayan obtenido no menos de las dos terceras partes de los votos válidos depositados. Si no se lograra esa mayoría, se procederá a una segunda votación, **también por el Claustro Universitario**, entre los candidatos que hayan obtenido los dos primeros lugares en los resultados electorales. La segunda votación se hará también por voto directo y secreto, y la elección se decidirá por mayoría absoluta.*

Artículo 32. *Si no hubieren votado las dos terceras partes del Claustro, y en cualquier otro caso en que no fuese válida la elección, se reunirá, dentro de los quince días siguientes, una asamblea integrada por los miembros de los Consejos de las diversas Facultades para elegir Rector, Vice-Rectores y Secretario interinos, hasta tanto se realice la elección definitiva de esas autoridades o hasta un plazo máximo de seis meses, al final del cual la Comisión Electoral procederá a hacer una nueva convocatoria. (Destacado propio)*

Las normas transcritas determinan la forma de elegir a las autoridades universitarias, que como se observa, lo constituye **una elección de segundo grado** también denominada sufragio indirecto que es aquella donde los votantes eligen a unos representantes, que a su vez, deben constituir un cuerpo electoral (claustro universitario) a quienes les corresponde elegir a la persona que desempeñará el cargo sujeto a elección, y en este caso particular, al Vicerrector Administrativo de la Universidad de Carabobo.

Como se observa, el referido cargo no es de elección popular, toda vez que los titulares de estos son elegidos mediante *elección* directa, **de primer grado**, que se configura cuando el pueblo en ejercicio del derecho al voto, previsto en los artículos 63 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, manifiesta su voluntad y elige a una persona para que desempeñe un cargo público determinado, entre los que se encuentran: Presidente de la República, representantes a los Parlamento Andino y Latinoamericano, Diputados a la Asamblea Nacional, Gobernadores de Estado, Diputados a los Consejos Legislativos Estadales, Alcalde Metropolitano, Alcaldes Municipales, Concejales, etc.

Siendo así, y al tener en cuenta la manera como se desarrolla el proceso electoral para la escogencia de las autoridades universitarias y en el caso específico del Vicerrector Administrativo, no deja lugar a dudas que para estos cargos no son aplicables las prerrogativas establecidas en la carta Magna para los cargos de elección popular, así como tampoco los criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia, por ello se considera que incurre en error la opinión de la Consultoría Jurídica de esa Universidad al dar un trato en igualdad de condiciones a ambos procesos electorales, toda vez que estos solo aplican única y exclusivamente para los funcionarios que desempeñan los cargos de Elección Popular.

Por lo antes expuesto, se considera que no existe impedimento legal alguno para la inmediata ejecución por parte de esa Casa de Estudios, de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en los términos y condiciones indicados en el acto administrativo, que de conformidad con lo previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, emanó del Contralor General de la República, toda vez que dicha sanción implica la ruptura o disolución del vínculo laboral entre el sancionado y el órgano o ente donde ejerce las funciones, conllevando además, la imposibilidad total para que este funcionario desempeñe otro destino público durante el período estipulado para la sanción.

Memorando 04-00-261 del 04 de mayo del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Derecho a la jubilación de los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Los obreros de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal están excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, por ser una Ley exclusiva al ejercicio de la función pública. Sin embargo, los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional (entendida como ministerios, institutos autónomos, oficinas de la Presidencia y Procuraduría General), se encuentran amparados por el Plan de Jubilaciones anexo al Acta suscrita en fecha 1° de septiembre del año 1992, contentiva del Acuerdo CTV-Gobierno, así como por las regulaciones, que al efecto, están contenidas en las convenciones colectivas suscritas con sus patronos.

Oficio 01-00-325 del 29 de mayo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el derecho a la jubilación de los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal.

Este estudio fue elaborado sobre la base de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la materia, y con fundamento en criterios doctrinales y jurisprudenciales, en razón de que los obreros de todos los Poderes Públicos Nacionales, de los Estados y de los Municipios no fueron incluidos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, ni se consideró a estos obreros en el Plan de Jubilaciones anexo al Acta suscrita en fecha 1° de septiembre de 1992, contentiva del Acuerdo Marco CTV-Gobierno, en el cual solo se estableció el derecho a la jubilación para los obreros al servicio de los ministerios, institutos autónomos, oficinas de la Presidencia y Procuraduría General de la República. En este sentido, se señala lo siguiente:

De manera preliminar, es importante puntualizar lo que se entiende por jubilación a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. Así, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó¹ la ha entendido como:

(...) un derecho del trabajador al servicio de un ente público a percibir una pensión, esto es, un pago fijo y periódico, equivalente en mayor o menor medida al sueldo que le correspondía durante el tiempo de su prestación de servicio activo, hasta la fecha de su muerte, y, en consecuencia, no transmisible a sus herederos aun cuando cree en los mismos el presupuesto para obtener un beneficio sustitutivo.

Por su parte, Manuel Ossorio² sostiene que:

La jubilación, es el régimen establecido en muchas legislaciones a efectos de que todos los trabajadores, o todos los ciudadanos (según el sistema adoptado), al llegar a una edad determinada y variable según los países, en que se suponen que no pueden trabajar o que han cumplido su deber social en la materia, o cuando sin llegar a esa edad se invalida para el trabajo, disfruten de una renta vitalicia (también variable según los diferentes regímenes) que les permitan atender sus necesidades vitales.

La jurisprudencia patria también ha definido esta figura³, señalando:

La jubilación es una institución establecida por nuestra legislación en beneficio del trabajador, la cual se verifica con el transcurso del tiempo. Dicha institución tiene por finalidad la protección del trabajador y de su familia mediante el pago de una pensión vitalicia cuando éste finaliza la relación laboral con su patrono, una vez cumplido el tiempo útil en la empresa y reúna los requisitos previstos en la Ley como el número de cotizaciones y la edad allí

1 Rondón de Sansó, Hildegard (1986) Lineamientos Generales del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y Municipios. En: *Estudios Laborales: ensayos sobre Derecho del Trabajo y disciplinas afines en Homenaje al Profesor Rafael Alfonso Guzmán*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Pág. 402.

2 Manuel Ossorio. (1981) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta. Pág. 401.

3 Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia del 10 de octubre del año 1997, caso Erza Elena Reyes vs. CANTV.

señalada o en el contrato colectivo de trabajo cuando la jubilación es convencional.

Por su parte, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo⁴ ha establecido:

La jubilación es un derecho que nace de la relación laboral o funcional entre el empleado y el ente público para quien prestó el servicio, el cual se obtiene una vez cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las normativas que regulen la materia. Este derecho es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado por las leyes, que puede ser objeto de regulación por parte del Estado con la finalidad de garantizar la protección e integridad del individuo que lo ostenta.

En este contexto, se observa que la jurisprudencia ha venido destacando el valor social y económico que tiene la jubilación, y que solo se obtiene luego de que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador; en la que se conjuga la edad y años de servicio. Este derecho se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se realizó durante años, cuyo objetivo es que su titular mantenga igual o una mejor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos provenientes de la jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez digna, cónsona con los servicios prestados.

De modo que, en la actualidad, el beneficio de jubilación es entendido como un derecho social, es materia de previsión social y tiene rango constitucional al estar regulado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵, en el Capítulo correspondiente a los Derechos Sociales y Humanos, estableciendo el artículo 80 Constitucional el deber del Estado de garantizar a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, la atención integral y los beneficios de la seguridad social.

⁴ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° de Expediente AP42-N-2010-000096, Sentencia N° 2011-0562 del 11 de abril del año 2011.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

Precisamente, en cuanto a la seguridad social, el texto constitucional la prevé como un derecho de toda persona y señala los principios fundamentales por los cuales debe regirse el sistema de seguridad social, estableciendo en su artículo 86 lo siguiente:

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.
(Destacado propio)

De allí que, es evidente que la seguridad social se ha establecido como **un servicio público, un derecho humano fundamental e irrenunciable que el Estado debe proporcionar a sus miembros, independientemente de su capacidad contributiva, condición social y actividad laboral, conforme al principio de progresividad.**

De modo pues, que al ser la seguridad social un servicio público, atendiendo a los principios que la rigen como son la obligatoriedad, mutabilidad,

continuidad e igualdad, se genera la obligación del Estado de garantizar el funcionamiento, prestación ininterrumpida del servicio, la posibilidad de acceso igualitario al sistema de seguridad social, sus regímenes prestacionales y en particular el goce y disfrute del beneficio de jubilación.

Bajo este escenario, es importante destacar que el Estado venezolano se erige como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídica de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales en una posición jurídica, económica o social de debilidad, aminorando la protección de los más fuertes y asumiendo la obligación de protección de los más débiles, así como la tutela de sus derechos e intereses en igualdad de oportunidades, y de esta manera alcanzar la justicia social, tal como lo consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 2, cuyo tenor es: “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*”.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁶ estableció lo siguiente:

*... el Estado Social de Derecho no sólo crea deberes y obligaciones para el Estado, sino también en los particulares, los cuales- conforme a las normas transcritas- serán de mayor exigencia cuando el sector privado incide en áreas socio-económicas. La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la **protección del trabajo, la segu-***

⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 01-1274, Sentencia número 85 del 24 de enero del año 2002, caso: Asodeviprilara. Criterio reiterado en sentencia número 1771 del 28 de noviembre del año 2011.

ridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social. (Ver sentencia 2403 de esta Sala de 27-11-01).

(Omissis)

Dada la corresponsabilidad social entre el Estado y los particulares es un deber de todos dentro de un Estado Social de Derecho, abogar por la armonía o paz social, sobre todo en materias de interés social, y este criterio debe privar al interpretarse los derechos sociales, entendidos éstos en extenso (no sólo los denominados así por la Constitución, sino también los económicos, los culturales y los ambientales).

Ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite.

En un Estado responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica, los derechos sociales se vinculan a normas que prescriben un fin o declaran un valor, sin especificar los medios para su consecución o las situaciones en que debe ser realizado, y así lo que para los poderes estatales o los obligados es una norma jurídica, para los ciudadanos se convierte en garantía de

transformación de obligaciones jurídicas del Estado en derechos subjetivos del individuo ... (Destacado propio)

Así se tiene que, dentro del objeto del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia está la salvaguardia del trabajo y la seguridad social, en manifiesto de la preeminencia del interés social sobre las relaciones entre los órganos del Estado y de los particulares, para garantizar la correcta armonía entre el orden público, la dignidad humana y la justicia social; existiendo en materia de interés social el deber general del Estado de abogar por la igualdad, equidad y la paz social, criterio que debe primar al interpretarse **el derecho a la jubilación del personal obrero** como parte del derecho a la seguridad social y no solo para los funcionarios y empleados públicos.

En este orden de ideas, el Estado en su compromiso por el progreso integral de la sociedad y el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, debe velar para que el beneficio de jubilación como parte de la seguridad social y de los derechos sociales, se otorgue al colectivo de trabajadores que están al servicio del Estado (funcionarios, empleados u **obreros**), con el fin de garantizar la igualdad y equidad, reconociendo las condiciones, circunstancias y riesgos específicos de cada función o labor pública que se presta.

En este sentido, se afirma que el desarrollo legal de la jubilación como derecho social y humano, debe ser siempre en avance y no puede concebirse en retroceso o por interpretación regresiva, esto en apego de los principios de progresividad y no discriminación que no admiten involución ni tratos desiguales en la estructura legislativa, pues precisamente el objetivo de los beneficios sociales está en el mejoramiento gradual de los mismos, que aseguren la efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente. También se advierte del precepto constitucional *supra* citado, **que el goce y ejercicio de los derechos humanos, debe ser garantizado por el Estado en atención a dichos principios de progresividad y de no discriminación, lo que inexorablemente supone que debe ser otorgado a todos los trabajadores al servicio del Estado.**

De manera que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 23 numeral 3, reconoce a los beneficios derivados del trabajo como materia de Derechos Humanos, toda vez que tanto el trabajador, la

familia y en general la sociedad necesitan de una contraprestación laboral para subsistir. En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 19, establece lo siguiente:

Artículo 19. *El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.* (Destacado y subrayado propio)

En apego a la norma citada, la Carta Magna ampara el derecho a la igualdad, derecho que ante la ley y todo acto del Estado debe ser efectivo y real, sin discriminaciones de raza, sexo, credo, condición social o cualquier otra circunstancia que menoscabe el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. A la par, reconoce la igualdad y equidad laboral, que deriva al Estado la obligación de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos sociales y del trabajo.

Al respecto, es oportuno mencionar que el trabajo como hecho social, goza de la protección del Estado, y en garantía se consagra en el artículo 89 constitucional lo siguiente:

Artículo 89. *El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:*

- 1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.**
- 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transac-*

ción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.

3. *Cuando hubieran dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.*
4. *Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta constitución es nulo y no genera efecto alguno.*
5. ***Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, sexo o credo o por cualquier otra condición.***
6. *Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social. (Destacado propio)*

Conforme a este precepto constitucional, al ser la jubilación un derecho y beneficio del trabajador, la Ley que desarrolle el régimen de jubilación debe estar apegada al principio de intangibilidad, por el cual se deben proteger las conquistas y los derechos que los trabajadores han adquirido a través del tiempo. En este sentido, el Estado debe afianzar la ampliación y mejoramiento de los derechos laborales y unificar los beneficios laborales para todos los trabajadores en condiciones iguales y equitativas.

En concordancia con las normas constitucionales *supra* transcritas, el Estado, en aras de crear los mecanismos para la regulación del sistema de seguridad social y establecer las contingencias que este sistema ampara, promulgó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁷, que en su artículo 4 dispone:

Artículo 4. La seguridad social es un derecho humano y social fundamental e irrenunciable, garantizado por el Estado a todos los venezolanos residentes en el territorio de la República, y a los extranjeros resi-

⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio del año 2008.

denciados legalmente en él, independientemente de su capacidad contributiva, condición social, actividad laboral, medio de desenvolvimiento, salarios, ingresos y rentas, conforme al principio de progresividad y a los términos establecidos en la Constitución de la República y en las diferentes leyes nacionales, tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela. (Destacado propio)

En el marco de las contingencias contempladas en la Ley Orgánica citada, se establece en el artículo 63 el régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas, para cubrir entre otras, las prestaciones relacionadas con las pensiones de vejez o jubilación, régimen que debe establecerse mediante Ley, la cual a la fecha no ha sido dictada, por lo que se mantiene vigente 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 del año 1986⁸.

Sin embargo, es importante resaltar que existe la necesidad social de que sea dictada la Ley que garantice como parte del sistema de seguridad social, la prestación de jubilación a todos los trabajadores, en estricto apego a los principios de progresividad, preeminencia, igualdad y no discriminación; **pues la Ley vigente regula solo las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados al servicio del Estado.**

En refuerzo de la anterior aseveración, se hace necesario determinar por qué las jubilaciones y pensiones de los obreros al servicio del Estado no se encuentran reguladas por Ley, en ese sentido, al efectuar una revisión de los antecedentes legales que han regulado la materia en nuestro ordenamiento jurídico, se evidencia que ninguna de las leyes dictadas desde 1925 hasta la vigente fecha han contemplado a los obreros como sujetos posibles de hacerse acreedores de este beneficio, justificándose este actuar, en que la jubilación es una institución nacida del derecho público para las relaciones funcionariales, pues desde sus orígenes fue concebida para quienes hubieren prestado servicios relevantes a la Administración Pública. Así lo refiere Fernando Parra

8 Última reforma publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo del año 2010.

Aranguren⁹, quien sostiene que “*la jubilación aparece [en Venezuela] estrechamente ligada a la función pública, (...) de allí que el régimen de jubilación desde los albores de la vida republicana, se dio en atención a los servicios prestados y para algunos sectores laborales, entre ellos, los militares y los catedráticos*”.

En la vigente Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios¹⁰, cuyo ámbito de aplicación está previsto en los artículos 1 y 2, señala que solo aplica a los funcionarios y empleados públicos de la Administración Pública Nacional en sus tres niveles, y a los demás órganos que menciona la Ley; de manera que, para poder ser beneficiario de la jubilación con arreglo a sus disposiciones, **se requiere tener la condición de funcionario o empleado público**, excluyendo de su ámbito de aplicación, con excepción de la Procuraduría General de la República, a los funcionarios de los órganos con autonomía funcional quienes pueden dictar sus propios regímenes y los obreros al servicio de la Administración Pública en sus tres niveles políticos territoriales.

Asimismo, la precitada Ley en su artículo 4 señala lo siguiente:

Artículo 4. Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los organismos o categorías de funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes.

En ambos casos, deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo con las respectivas leyes y, en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esta Ley, se equiparán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo

9 Vahlis Aguilar, Alsacia. La Jubilación frente a los cambios jurisprudenciales: Su impacto en las relaciones de trabajo. En: Parra Aranguren, Fernando (editor) (2005) *Ensayos Laborales*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos N° 12.

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 del año de 2010.

podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral. (Destacado propio)

De la norma transcrita, se observa que el régimen de jubilaciones de los funcionarios públicos no está contemplado en un texto legal único, lo que supone la existencia de regímenes especiales de jubilaciones distintos, tales como: Tribunal Supremo de Justicia (Normas sobre los planes y beneficios de jubilación, de carácter especial, para los Jueces y Juezas, Defensores Públicos y Defensoras Públicas, Inspectores e Inspectoras de Tribunales y funcionarios y empleados administrativos al servicio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y del Poder Judicial, de fecha 12 de marzo del año 2009); el Ministerio Público (Estatuto de Personal del Ministerio Público¹¹); la Defensoría del Pueblo (Normas de Personal de la Defensoría del Pueblo del año 2003); los Altos Funcionarios del Poder Público (Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público¹²); y la Contraloría General de la República (Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República¹³); todos estos regímenes establecen que no se aplicarán a los obreros, los cuales se regirán por las disposiciones previstas en las correspondientes contrataciones colectivas de trabajo.

En cuanto a las empresas del Estado, se debe señalar que sí están sometidas al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, siempre que su participación accionaria sea superior al cincuenta por ciento (50%), de conformidad con el numeral 5 del artículo 2, no obstante, la excepción a su aplicación está contenida en el citado artículo 4 *eiusdem*.

En relación con los regímenes de previsión y seguridad social distintos al régimen común, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁴ refirió lo siguiente:

11 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 del 04 de marzo del año 1999.

12 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592 del 12 enero del año 2011.

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

14 Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. N° de Expediente 01-1429, Sentencia N° 797 del 11 de abril del año 2002.

*...Con motivo de dicha interpretación se reconoce la existencia de una **potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal.** Esa potestad reglamentaria atribuida a los órganos con autonomía funcional, encuentra plena vigencia en el actual ordenamiento constitucional, ya que la Constitución de 1999, en su **artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la ley nacional que “establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales.** (Destacado propio)*

Sin embargo, es importante acotar que el régimen de jubilaciones vigente, al igual que el régimen funcional, está concebido en el marco de las relaciones estatutarias y de orden público y por tanto de reserva legal, es decir, solo pueden ser reguladas por Ley Nacional (artículos 144 y 147 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 03 de agosto del año 2004¹⁵, asentó que *“el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcional, corresponde en exclusiva al Poder Nacional, en atención a lo dispuesto en los artículos 86, 147, 156.22, 156.32, 187.1 del Texto Fundamental vigente, con lo que resulta inconstitucional que los Estados o Municipios dicten leyes y ordenanzas en esa materia”*.

Señalado lo anterior, es preciso indicar en este caso particular, que las contralorías estatales y municipales, en su condición de órganos de control fiscal externo, se encuentran igualmente dotadas de autonomía funcional y organizativa, así lo ha reiterado la Contraloría General de la República en distintas oportunidades; precisamente en Oficio - Circular N° 07-02-3 de fecha 16 de mayo del año 2008, señaló:

¹⁵Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 02-2585, Sentencia N° 1452, Caso: Recurso de nulidad contra la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Municipal del Distrito Federal N° 1602 del 3 de julio del año 1996.

... en la oportunidad de ratificar el criterio sostenido por esta Contraloría General de la República con relación a la autonomía orgánica, funcional y administrativa de la cual gozan las Contralorías Municipales del país, de conformidad con lo establecido en los artículos 100 y 101, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.421 del 21-04-2006), y prevista en los términos que establezcan las Leyes y las Ordenanzas respectivas.

Dichas disposiciones normativas guardan concordancia con el contenido del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual prevé:

‘Las contralorías de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios, ejercerán el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y entidades centralizados y descentralizados sujetos a su control, de conformidad con la Ley, y a tales fines gozarán de autonomía orgánica, funcional y administrativa’.

De la norma transcrita, se desprende con meridiana claridad que en materia de control fiscal les ha sido conferida autonomía a los precitados Órganos de Control Fiscal Externo, con el fin de que puedan ejercer sus funciones a cabalidad sin ningún tipo de intervención, que de lo contrario debilitaría su labor y carecería de la fuerza necesaria para imponer sus actuaciones y decisiones por imperio de la razón y de la Ley... (Destacado propio)

En el mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 26 de abril del año 2005¹⁶ (caso: recurso de nulidad contra la Ordenanza de la Contraloría del Municipio San Diego del Estado Carabobo), en cuanto a la autonomía de los órganos contralores, sostuvo lo siguiente:

... la Contraloría General de la República constituye un órgano que integra, junto a la Defensoría del Pueblo y

¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° de Expediente 03-0655, Sentencia N° 632 del 26 de abril del año 2005.

al Ministerio Público, una nueva rama del Poder Público, claramente separada de las restantes, **se observa que el artículo 287 del Texto Fundamental dispone que el máximo órgano contralor fiscal goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y el artículo 163 eiusdem establece que las Contralorías Estadales tienen autonomía orgánica y funcional. Por lo tanto, no obstante que la autonomía de las Contralorías Municipales no está contemplada expresamente en el citado artículo 176 constitucional, debe interpretarse que es una característica esencial del órgano contralor, pues la novedosa concepción constitucional obliga a separarla y distinguirla de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, incluso en el nivel municipal.**

En este orden de ideas, el artículo 44 de la referida Ley Orgánica dispone lo siguiente:

‘Artículo 44. Las contralorías de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios, ejercerán el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y entidades centralizados y descentralizados sujetos a su control, de conformidad con la ley, y a tales fines gozarán de autonomía orgánica, funcional y administrativa’.

De acuerdo con el artículo transcrito las Contralorías Municipales gozan de autonomía orgánica, funcional y administrativa, por lo que se encuentran sustraídas del ámbito de la Administración Pública y sujetas al Sistema Nacional de Control Fiscal. (Destacado propio)

De manera que, es evidente que las **contralorías estadales y municipales al igual que los órganos con autonomía funcional como la Contraloría General de la República, en ejercicio de la autonomía funcional, organizativa y administrativa que detentan, están facultadas para dictar las normas reglamentarias internas para la administración de su personal.**

Ahora bien, respecto al régimen jurídico aplicable a los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, se ha verificado que estos en sus relaciones de trabajo se encuentran sometidos a la legislación laboral (ya desde la derogada Ley de Carrera Administrativa, estaban excluidos expresamente de su ámbito subjetivo de aplicación), y se observa también como en la Enmienda N° 2 de la Constitución de 1961, artículo 2, se limitó la regulación del beneficio de jubilación solo a los funcionarios o empleados públicos de la administración central o descentralizada de la República, los Estados y los Municipios, sin incluir a los obreros.

De igual manera, la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública en el numeral 6 del Parágrafo Único del Artículo 1, excluye a los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública, al establecer:

***Artículo 1.** La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales (...).*

(Omissis)

Parágrafo Único: Quedarán excluidos de la aplicación de esta Ley:

(Omissis)

5. Los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública;*(Omissis).* (Destacado propio)

Asimismo, la actual Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (de cuyo título se desprende que no abarca a los obreros), limita en su artículo 1°, su aplicación a los **funcionarios o funcionarias y empleados o empleadas** de los organismos a que se refiere el artículo 2; aplicación que se ha mantenido desde la Ley de 1986 y sus posteriores reformas.

En este contexto, también es importante destacar lo previsto en el artículo 6° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del

Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹⁷, que establece el régimen aplicable a los obreros:

Artículo 6°. *Los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales se regirán por las normas sobre la función pública en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional; y los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.*

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a la huelga, de conformidad con lo previsto en esta Ley, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo.

Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social.

El tiempo desempeñado en la administración pública nacional, estatal y municipal, centralizada y descentralizada, será considerado para todos los efectos legales y contractuales como tiempo de servicio efectivamente prestado y computado a la antigüedad. (Destacado propio)

Como puede observarse de las disposiciones constitucionales y legales anteriormente transcritas, se desprende claramente que los obreros se encuentran sujetos a la legislación laboral y no son beneficiarios de

¹⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo del año 2012.

la jubilación que contempla la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones en comento.

En conexión con lo expuesto, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo¹⁸, sostuvo:

*(...) los obreros están excluidos de la aplicación del beneficio de jubilación, regulado en la “Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios”; por cuanto este instrumento legal, sólo es aplicable a los funcionarios o empleados públicos (Art. 1°), **no así a los obreros, cuyo régimen legal de aplicación es la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento** (...).* (Destacado propio)

Sin embargo, esta situación no puede interpretarse en el sentido de considerar que a los obreros al servicio de la Administración Pública, se les niegue el derecho a la jubilación, sino que por el contrario, al encontrarse sometidos a un régimen jurídico distinto, como lo es la legislación laboral, que al no tener carácter estatutario¹⁹, permite la modificación de sus normas (respetando su finalidad) por la vía de las convenciones colectivas para establecer regulaciones más favorables a los trabajadores.

Es así, como en la práctica los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, adquirieron el derecho a la jubilación, por cuanto en el año 1992 se suscribió entre el Ejecutivo Nacional y la Confederación de Trabajadores de Venezuela el Acuerdo Marco (Convención Colectiva de Trabajo de los Funcionarios de la Administración Pública, al cual se anexó el Plan de Jubilaciones que se aplicará a los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional. El referido Plan de Jubilaciones en su artículo 1°, señala lo siguiente:

Artículo 1°. *El presente Plan regula el derecho a la jubilación y pensión de sobreviviente de los trabajadores obreros al servicio de la Administración Pública Nacional,*

¹⁸ Dictamen N° 46 del año 2002.

¹⁹ Como la relación que vincula al funcionario con la Administración Pública, en virtud de lo cual puede ser reglamentada única y unilateralmente por el Estado por vía general. Los funcionarios no tienen derechos adquiridos en cuanto al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación.

de conformidad con el Acuerdo Suscrito entre el Ejecutivo Nacional y la Confederación de Trabajadores de Venezuela en fecha 1° de septiembre de 1992.

Ahora bien, a los fines de determinar cuál es el alcance del término *Administración Pública Nacional*, contenido en el citado artículo, es necesario considerar la definición contenida en el Acuerdo Marco al cual se encuentra anexo el Plan y el ámbito de aplicación del mismo.

Así, en la Cláusula Primera se define a la Administración Pública Nacional como los Ministerios, Oficinas Nacionales de la Presidencia de la República, Institutos Autónomos y Procuraduría General de la República, a quienes corresponde el cumplimiento de esa convención colectiva marco. Por su parte, la Cláusula Décimo Primera, señala que se aplicará el Plan de Jubilaciones y Pensiones de Sobrevivientes, anexo a ese Instrumento, en los Ministerios, Institutos Autónomos u Organismos contratantes que no posean reglamentación al respecto y que en aquellos organismos que tuvieran planes de jubilación más favorable al allí establecido, se mantendrán en vigencia y se harían contributivos a partir de la firma de la nueva convención colectiva de trabajo, en un tres por ciento (3%) del salario mensual, porcentaje que podría variar de acuerdo con el estudio actuarial que cada organismo realice.

En este sentido, es importante mencionar que la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, ante la consulta de los trabajadores del Ministerio de Infraestructura de que si el salario base para el cálculo de su jubilación sería el estipulado en la Convención Colectiva suscrita, a los fines de emitir su dictamen citó la sentencia N° 138 del año 2000 de la Sala de Casación Social (caso: CANTV), decisión que asentó lo siguiente:

La jubilación como beneficio tuvo su génesis en las convenciones colectivas de trabajo, al principio por razones filantrópicas y últimamente reconocida como un derecho, de allí que las partes tengan la necesidad de negociar y plasmar por escrito lo referido a sus requisitos, condiciones, modalidades de ejecución y financiamiento (...) Es por ello que la Ley del Seguro Social y su reglamento, más lo previsto en sus convenciones colectivas de trabajo, resultan ser actualmente la única normativa aplicable a sus traba-

jadores en la materia bajo análisis, siempre y cuando estas últimas no violenten los principios generales de la materia.

Con fundamento en dicha jurisprudencia, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo²⁰ dictaminó:

En consecuencia por tratarse de obreros beneficiarios de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo, la cual constituye ley entre las partes, la misma debe aplicarse en su integridad, por ser obligatorio cumplimiento entre las partes. En conclusión en opinión de esta Consultoría Jurídica, los obreros del Ministerio de Infraestructura deben seguir percibiendo el beneficio de jubilación con el cien por ciento (100%) del salario, de conformidad con lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo Suscrita por FETRATRANSPORTE, siendo el salario base de cálculo para otorgar el mencionado beneficio el salario integral.

Para sustentar lo afirmado, en cuanto a que las convenciones colectivas constituyen la forma adoptada por los trabajadores para suplir la falta del instrumento legal que les otorgue la jubilación, es preciso mencionar lo establecido en la sentencia N° 006 del 2007 del Juzgado Superior del Trabajo del Nuevo Régimen como del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas en el caso: Convención Colectiva Alcaldía del Municipio Obispos del Estado Barinas²¹, en la cual se indicó:

Ciertamente, la regulación del beneficio de jubilación que se concede al finalizar la carrera administrativa debe ser regulada a través de Ley Nacional por estatuirlo en esos términos la Constitución Nacional. Empero, en lo referente al personal obrero que labora para los entes públicos la normativa que los regula es la Ley Orgánica del Trabajo conforme al artículo 8 de la misma, razón por la cual es por medio de las normas aplicables a las relaciones laborales, bien sea la de origen heterónimo como las leyes o las de fuentes autonómicas como lo son: en el plano colectivo las

20 Dictamen N° 03. Disponible en: www.mintra.gov.ve/consultoria/dictámenes/dictámen3_03.html

21 Juzgado Superior del Trabajo del Nuevo Régimen como del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, N° de Expediente EP11-R-2006-000175, Sentencia N° 006 del 15 de enero del año 2007.

convenciones colectivas de trabajo o en el plano individual el contrato de trabajo, las que pueden establecer una serie de beneficios para el trabajador.

(...) Es por ello, que la consagración del beneficio de jubilación convencional, es decir, como producto de las negociaciones colectivas celebradas entre los sujetos colectivos del trabajo, a favor de aquellos trabajadores que no ostentan este derecho **ab initio**, constituye una conquista de las organizaciones de trabajadores a favor de sus agremiados, que deben ser cumplidos y respetados por los sujetos patronales obligados a ello, **y ello ha sido acogido en la sentencia de la Sala Constitucional en el caso de los Jubilados de la CANTV del 25 de Enero de 2005, que reconoce la autonomía colectiva como fuente creadora del beneficio de la jubilación convencional e incluso va más allá, al estatuir que el beneficio nunca será inferior al salario mínimo, y, siendo ello así la estipulación del beneficio peticionado es ajustado a derecho, y no existe invasión de la reserva legal, ya que no se está regulando sobre el beneficio de los funcionarios públicos, sino se está otorgando un beneficio a un grupo de trabajadores excluidos del mismo.** (Destacado y subrayado propio)

De manera que, los trabajadores y patronos ante la falta de regulación legal, optan por incluir en las convenciones colectivas que suscriben el derecho a disfrutar de la jubilación, reflejo de esto son las convenciones colectivas siguientes: Convención Colectiva de Trabajo entre la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela y el Sindicato de Obreros Legislativos de la Asamblea Nacional (SINOLAN) 2008-2009; Convención Colectiva del Sector Obrero de la Educación Superior de Venezuela (2008-2009); Convención Colectiva de la Fundación Centro de Investigaciones de Astronomía, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia, Tecnología, Industrias Intermedias y Telecomunicaciones de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas, se debe señalar que los trabajadores adscritos a los Ministerios e Institutos Autónomos se encuentran amparados por el citado Plan Anexo al Acuerdo Marco suscrito entre la

Confederación de Trabajadores de Venezuela y el Gobierno. Por esto, es preciso puntualizar que la situación de los obreros al servicio de las gobernaciones y a las alcaldías municipales, en cuanto al beneficio de jubilación, se encuentra regida por las convenciones colectivas suscritas con esos órganos regionales.

Ahora bien, en el caso específico de las contralorías estatales y municipales, es preciso reiterar que en atención a su autonomía funcional, administrativa y organizativa, están facultadas para dictar sus propias normas en materia de previsión y seguridad social; adquiriendo las máximas autoridades de estos órganos un mayor nivel de compromiso, toda vez que el personal de esos órganos son en su mayoría funcionarios de confianza, quedando una mínima porción de sus trabajadores integrada por obreros, circunstancias que imposibilitan la creación de sindicatos; para lo cual, en atención a los postulados del Estado Social de Derecho y de Justicia, a los principios de igualdad y no discriminación, deben estas máximas autoridades garantizar que los grupos de funcionarios y obreros a su cargo disfruten de los beneficios sociales consagrados en la Constitución. De manera que, los contralores estatales y municipales pueden válidamente establecer un régimen de previsión social en el que se regule el derecho a la jubilación del personal a su servicio a través de resoluciones, sin que ello signifique la vulneración de la reserva legal y siempre que estas resoluciones estén en armonía con lo dispuesto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Para finalizar, y atendiendo a las consideraciones que anteceden, se puede concluir lo siguiente:

La Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, es aplicable a: i) los ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República; ii) la Procuraduría General de la República; iii) los estados y sus organismos descentralizados; iv) los municipios y sus organismos descentralizados; v) los institutos autónomos y a las empresas del Estado siempre que éstas no tengan un régimen de jubilación propio, vi) las fundaciones del Estado; vii) las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas; viii) los demás

entes descentralizados de la Administración Pública Nacional de los estados y de los municipios.

No se encuentran sometidos a las regulaciones contenidas en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, los órganos de rango constitucional que en atención a su autonomía puedan dictar sus propios regímenes en materia de seguridad social o estén contenidos en las leyes que los regulan; tales como: el Consejo Nacional Electoral, el Tribunal Supremo de Justicia, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público.

De igual forma, los obreros de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal están excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, por ser una Ley exclusiva al ejercicio de la función pública. Sin embargo, los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional (entendida como ministerios, institutos autónomos, oficinas de la Presidencia y Procuraduría General), se encuentran amparados por el Plan de Jubilaciones anexo al Acta suscrita en fecha 1° de septiembre del año 1992, contentiva del Acuerdo CTV-Gobierno. Así como por las regulaciones que al efecto, están contenidas en las convenciones colectivas suscritas con sus patronos.

Oficio 01-00-325 del 29 de mayo del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Incompatibilidad que pudiera existir entre el disfrute de la jubilación otorgada por la Contraloría General de la República y la percepción de un sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en una empresa privada, a la cual le fue aplicada la medida de adquisición forzosa mediante decreto presidencial.

No son compatibles el disfrute de la pensión de jubilación otorgada por este Organismo Contralor con el sueldo proveniente de un cargo en una empresa del Estado, toda vez que lo que se persigue con el régimen de incompatibilidades es evitar que una misma persona acumule percepciones que tienen un mismo origen (fondos públicos), de ser así, se estaría incurriendo en un pago de lo indebido, sujeto a repetición.

Oficio 04-00-037 del 21 de junio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la incompatibilidad que pudiera existir entre el disfrute de la jubilación otorgada por la Contraloría General de la República, conforme a su Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios de la Contraloría General de la República¹ y la percepción de un sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en una empresa privada en la cual le fue aplicada la medida de adquisición forzosa mediante Decreto Presidencial, de conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social², la cual se encuentra dirigida por una Junta Administradora nombrada por el Ejecutivo Nacional, por cuanto no se ha perfeccionado el traspaso a la República del cincuenta y uno por ciento (51%) al cien por ciento (100%) de las acciones.

Analizado el asunto sometido a consideración, es preciso indicar que de manera general los funcionarios públicos están sometidos en el desempeño de un cargo público a ciertas restricciones o prohibiciones que limitan o impiden el ejercicio simultáneo de otro cargo público, y que a su vez limitan el goce de los beneficios que pudieran derivarse de las situaciones anteriores, aspectos que están comprendidos dentro de las denominadas incompatibilidades. Ahora bien, la primera y la principal de estas **incompatibilidades** está consagrada en el artículo 148

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.475 del 01 de julio del año 2002.

de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, donde se establece que nadie podrá desempeñar de manera simultánea más de un destino público remunerado, salvo que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes determinados por la ley, estableciéndose como consecuencia que el desempeño de un segundo destino público remunerado, que no sea de los exceptuados en la norma constitucional, acarrea la renuncia del primero de manera automática.

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

La tercera de ellas está referida a la imposibilidad de que un funcionario jubilado reingrese a la Administración Pública, salvo que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción (artículo 24 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios⁴, y artículo 13 de su Reglamento⁵. Estableciéndose que el pago de la pensión de jubilación será suspendida al reingresar a la Administración Pública en alguno de los cargos exceptuados.

Ahora bien, en el presente caso, por tratarse de una empresa a quien le fue aplicada la medida de adquisición forzosa dirigida en la actualidad por una Junta Administradora nombrada por el Ejecutivo Nacional, se estima que posee el cincuenta y uno (51%) de las acciones propiedad del Estado, de allí que debe considerarse como una empresa del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁶ que señala:

Artículo 102. *Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo con las normas de derecho privado, en las cuales la República,*

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

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo del año 2010.

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

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

*los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, **tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social.*** (Destacado propio)

Siendo así, y por tratarse de un funcionario jubilado por este Organismo Contralor que pretende ejercer un cargo en la referida empresa, es oportuno señalar que el artículo 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios de la Contraloría General de la República, establece:

Artículo 37. *Es incompatible el disfrute de la jubilación o pensión otorgada por la Contraloría General de la República con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público, salvo que se trate de cargos académicos, asistenciales, accidentales o docentes. Igualmente son incompatibles el goce simultáneo de la jubilación o pensión otorgada por la Contraloría con otra jubilación o pensión.*

La norma transcrita establece con diáfana claridad que no son compatibles el disfrute de la pensión de jubilación otorgada por este Organismo Contralor con el sueldo proveniente de un cargo en una empresa del Estado, toda vez que lo que se persigue con el régimen de incompatibilidades es evitar que una misma persona acumule percepciones que tienen un mismo origen (fondos públicos), de ser así, se estaría incurriendo en un pago de lo indebido, sujeto a repetición.

En ese sentido, los funcionarios jubilados por la Contraloría General de la República están inmersos en la referida incompatibilidad, razón por la cual les está vedado la percepción simultánea de la pensión de jubilación y el sueldo proveniente de otro destino público, en consecuencia, ante esta situación debe solicitar la suspensión del disfrute de la pensión de jubilación otorgada por este Organismo Contralor.

Oficio 04-00-037 del 21 de junio del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Remisión a la Contraloría General de la República de expedientes de funcionarios de alto nivel por estar presuntamente involucrados en la aprobación del pago de un bono de Doctor a personal jubilado de una universidad nacional.

Este Máximo Órgano de Control Fiscal externo es el competente para asumir y valorar las actuaciones realizadas por la Unidad de Auditoría Interna de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL) y, decidir sobre la continuación de la investigación, el archivo del expediente o el inicio del procedimiento para la Determinación de Responsabilidades, respecto a los hechos presuntamente cometidos por los integrantes del Consejo Universitario, toda vez que califican como “Funcionarios de Alto Nivel” de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Memorando 04-00-447 del 20 de julio del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, en relación con la pertinencia de remitir el expediente que contiene los resultados de la Potestad Investigativa realizada por el Órgano de Control Fiscal Interno de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL), efectuado al personal del Instituto Pedagógico de Maturín, por estar presuntamente incursos funcionarios de Alto Nivel de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹.

Realizado el estudio y análisis correspondiente, esta Dirección General emite su parecer en los términos subsiguientes:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece en el artículo 97 lo siguiente:

Artículo 97. Cuando a juicio del órgano de control fiscal que realiza una investigación o actuación de control existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas a

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

funcionarios de alto nivel de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, que se encuentren en ejercicio de sus cargos, deberán remitir inmediatamente el expediente a la Contraloría General de la República con el fin de que ésta, mediante auto motivado que se notificará a los interesados, según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, continúe la investigación, decida el archivo de las actuaciones realizadas o inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades.

La Contraloría General de la República también podrá asumir las investigaciones y procedimientos para la determinación de responsabilidades iniciados por los demás órganos de control fiscal cuando lo juzgue conveniente. A tales fines, los mencionados órganos de control fiscal deberán participar a la Contraloría General de la República el inicio de los procedimientos de determinación de responsabilidades y de las investigaciones que ordenen.
(Subrayado propio)

La disposición en referencia prevé que cuando el órgano de control fiscal en ejercicio de sus actividades determine que existen elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, **a funcionarios de alto nivel** de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la citada Ley, que se encuentren en el **ejercicio de sus cargos**, deberán remitir inmediatamente el expediente a la Contraloría General de la República, con el fin de que continúe conociendo el caso.

Ahora bien, la expresión *funcionario de alto nivel* contenida en la norma legal en comento, está referida exclusivamente a los titulares de los órganos y entidades del sector público indicados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 *eiusdem*, así como a los funcionarios que integran las máximas autoridades jerárquicas, entendidas estas como el órgano ejecutivo a quien corresponde la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le es aplicable, regidos por órganos colegiados como juntas directivas, juntas de administración, consejos directivos u órganos similares, son los que deben considerarse máximas autoridades, y los funcionarios que

integran tales cuerpos son calificados como de “alto nivel”, a los fines previstos en el citado artículo 97 de la precitada Ley.

En tal sentido, es importante traer a colación el contenido de los artículos 6 y 65 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², que disponen lo siguiente:

Artículo 6. (...) se considerará como máxima autoridad jerárquica al órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo y 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.**

Artículo 65. A los fines de la remisión de los expedientes a la Contraloría General de la República, prevista en el artículo 97 de la Ley, se consideran funcionarios de alto nivel a los titulares, máximas autoridades jerárquicas e integrantes de los cuerpos colegiados o deliberantes de:

1. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los estados, Distritos, Distritos Metropolitanos, Municipios y Territorios Federales.
3. Los Institutos Autónomos Nacionales.
4. El Banco Central de Venezuela.
- 5. Las Universidades Públicas Nacionales.**
6. Las demás personas Jurídicas de Derecho Público Nacionales.
7. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales 1 y del 3 al 8, del presente artículo, tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 de fecha 2 de agosto del año 2009.

8. *Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos Nacionales, o que sean dirigidas por las personas a que se refiere los numerales 1 y del 3 al 8 del presente artículo, o en los 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 dichos numerales representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto. (Destacado propio)*

Ahora bien, a fin de precisar que se debe entender por **funcionarios de alto nivel** en una universidad experimental a la luz del artículo 97 *eiusdem*, es necesario conocer lo que establece la Ley de Universidades³.

Artículo 10. *Conforme a lo dispuesto en la Ley de Educación, el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo Nacional de Universidades, podrá crear Universidades Nacionales Experimentales con el fin de enseñar nuevas orientaciones y estructuras en Educación Superior. Estas universidades gozarán de autonomía dentro de las condiciones especiales requeridas por la experimentación educativa. Su organización y funcionamiento se establecerá por reglamento ejecutivo y serán objeto de evaluación periódica a los fines de aprovechar los resultados beneficiosos para la renovación del sistema y determinar la continuación, modificación o supresión de su estatus.*

(Omissis)

Artículo 24. *La autoridad suprema de cada Universidad reside en su Consejo Universitario, el cual ejercerá las funciones de gobierno por órgano del Rector, de los Vice-Rectores y del Secretario, Conforme a sus respectivas atribuciones.*

Artículo 25. *El Consejo Universitario estará integrado por el Rector, quien lo presidirá, los Vice-Rectores, el Secretario, los Decanos de las Facultades, cinco representantes de los profesores, tres representantes de los estudiantes, un*

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.429 Extraordinaria del 08 de septiembre del año 1970.

representante de los egresados y un delegado del Ministerio de Educación. (Subrayado propio)

De los artículos transcritos, se desprende que la máxima autoridad de la universidad es el Consejo Universitario, órgano colegiado conformado por los miembros que lo integran quienes toman en conjunto las decisiones que atañen a la universidad, en su condición de órgano supremo que ejerce funciones de gobierno a través del Rector, los Vice-Rectores y del Secretario.

Siendo así, se tiene que en el caso en referencia, relacionado con el expediente recibido, que se evidencia que el Consejo Universitario en pleno aprobó la cancelación de un bono de Doctor a dos (2) jubilados de esa casa de estudio, quienes presuntamente para la fecha en que les nació el derecho no habían consignado el Título de Doctor, requisito indispensable para el otorgamiento del beneficio en comento, según lo preceptuado en el punto 3 del instructivo aprobado por el Consejo Nacional de Universidades (CNU) que establece:

3. El beneficio constituye un estímulo para elevar la formación académica del personal activo, en consecuencia sólo es aplicable al personal jubilado y pensionado que ya había alcanzado el título de Doctor para la fecha de su jubilación o pensión. (Destacado propio)

De manera que, con dicha aprobación, los integrantes del Consejo Universitario presuntamente comprometieron su responsabilidad y en razón de que en la actualidad dos (2) de ellos se encuentran en el ejercicio del cargo, es perfectamente viable su remisión a este Órgano Contralor, toda vez que califican como *Funcionarios de Alto Nivel*, de conformidad con lo previsto **en el mencionado artículo 97**, motivo por el cual resulta procedente que este Máximo Órgano de Control Fiscal externo es el competente para asumir y valorar las actuaciones realizadas por la Unidad de Auditoría Interna de esa Casa de Estudios, respecto a los hechos presuntamente cometidos por los integrantes del referido Consejo Universitario, y decidir sobre la continuación de la investigación, el archivo del expediente o el inicio del procedimiento para la Determinación de Responsabilidades de ser el caso.

Memorando 04-00-447 del 20 de julio del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Procedencia de otorgar la pensión de invalidez a funcionaria que ostenta la cualidad de interesada legítima en una potestad investigativa.

El derecho a recibir la pensión de invalidez deberá prevalecer siempre sobre cualquier procedimiento administrativo, aun en los casos en que estos sean en ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, toda vez que la pensión de invalidez es un derecho y un beneficio laboral irrenunciable.

Memorando 04-00-307 del 22 de agosto del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la procedencia de otorgamiento de una pensión de invalidez, a un funcionario público del Banco de Desarrollo de la Mujer (BANMUJER), debido a que se acordó iniciarle una Potestad Investigativa.

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

La invalidez se configura cuando el trabajador o funcionario público sufre una pérdida de su capacidad para trabajar como consecuencia de una enfermedad o accidente de trabajo, que le impide laborar por un periodo largo de tiempo o de forma permanente. De esta manera está prevista en los artículos 13 y 15 de la Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Seguro Social¹, cuando establecen:

Artículo 13. *Se considerara inválido o inválida, el asegurado o asegurada que quede con una pérdida de más de dos tercios (2/3) de su capacidad para trabajar, a causa de una enfermedad, en forma presumiblemente permanente o de larga duración.*

Artículo 15. *Los asegurados y aseguradas que se invaliden a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional tendrán derecho a la pensión de invalidez cualquiera que sea su edad y no se le exigirá requisito de cotizaciones previas. (Subrayado propio)*

En este sentido, es preciso indicar que la pensión de invalidez está definida en la Enciclopedia Jurídica Opus² como una “*retribución econó-*

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 del 30 de abril del año 2012.

2 Enciclopedia Jurídica Opus, Tomo VI. Ediciones Libras. Caracas, Venezuela 1995. p. 9.

mica que se otorga a los trabajadores o empleados públicos al retirarse de su actividades productivas bien por haberse cumplido determinado período de servicio o por padecer de alguna incapacidad permanente para el trabajo”. Igualmente, para la autora Hilda Rodríguez³, sostiene que la Pensión de Invalidez “Es un beneficio o prestación económica que se otorga a los funcionarios públicos en caso de invalidez permanente...”.

Así se tiene que, la pensión de invalidez en Venezuela tiene un fin inminentemente social, pues procura suministrar un medio mínimo de subsistencia necesario, en caso de ocurrir contingencias de desempleo, incapacidad para trabajar, por vejez o invalidez, entre otras. Por tanto, la pensión no es una dádiva otorgada por el Estado o el patrono, sino que constituye un derecho del trabajador, así está consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴ cuando los artículos 86 y 89 establecen lo siguiente:

Artículo 86 *Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedades, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas (...)*

Artículo 89. *El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:*

³ Cita Hilda Rodríguez. Libro de Jubilaciones y Pensiones en la Administración Pública. P. 74

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

1. *Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.*
2. *Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.* (Subrayado propio)

En igual sentido está previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁵, cuando señala:

Artículo 4 *La seguridad social es un derecho humano y social fundamental e irrenunciable, garantizado por el Estado a todos los venezolanos residentes en el territorio de la República, y a los extranjeros residenciados legalmente en él, independientemente de su capacidad contributiva, condición social, actividad laboral, medio de desenvolvimiento, salarios, ingresos y renta, conforme al principio de progresividad y a los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las diferentes leyes nacionales, tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela.* (Destacado propio)

Como puede observarse, tanto la normativa legal que rige la materia como la doctrina venezolana, son coincidentes al sostener que la pensión de invalidez tiene por objeto cubrir las necesidades básicas del incapacitado y de las personas a su cargo, prevaleciendo bajo la inspiración de la justicia social, la equidad y los principios y normas de la seguridad social.

Conforme a lo señalado, el derecho a recibir la pensión de invalidez deberá prevalecer siempre sobre cualquier procedimiento administrativo, aun en los casos que estos sean en ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, toda vez que como se señaló *supra* la pensión de invalidez es un derecho y un beneficio laboral irrenunciable.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 del 30 de abril del año 2012.

A todo evento, y no obstante a que la funcionaria sea acreedora de la pensión de invalidez, los efectos derivados de los procedimientos administrativos, como es este caso particular, el inicio de la potestad investigativa persiste, y en consecuencia, la Unidad de Auditoría Interna del Banco de Desarrollo de la Mujer (BANMUJER) debe continuar con la misma hasta su culminación.

Memorando 04-00-307 del 22 de agosto del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Otorgamiento del beneficio de utilidades o uno equivalente al personal pensionado y jubilado.

El otorgamiento del beneficio de utilidades que concede el Banco Central de Venezuela, solo le corresponde al personal al servicio activo de esa Institución, toda vez que para su cálculo se toman en consideración conceptos que requieren la prestación efectiva del servicio, de allí que sin lugar a dudas, no puede extenderse al personal pensionado y jubilado, toda vez que se desvirtuaría la naturaleza de este beneficio concebido como una remuneración adicional al salario como reconocimiento del esfuerzo realizado por el trabajador, para lograr la productividad de la empresa o institución donde labora, mientras que el personal pensionado y jubilado se encuentra en el disfrute de un nuevo *status* al producirse la extinción de la relación laboral activa y pasa a una situación de retiro (pasividad) de la Administración Pública.

Memorando 04-00-544 del 24 de agosto del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la posibilidad que el Banco Central de Venezuela en el marco de las competencias que constitucional y legalmente le han sido atribuidas, pueda conceder el beneficio de utilidades o uno equivalente al personal pensionado y jubilado, mediante la incorporación en la normativa que rige la relación de estos y la Institución.

Sobre el particular, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, 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 Fiscal², la Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos. En tal sentido, se observa que la solicitud formulada excede el ámbito de competencia atribuida a este Órgano de Control, no obstante, apegados al principio de colaboración que rige entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público previsto en el artículo 136 Constitucional, y tomando en consideración que el otorgamiento de este beneficio incide

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

en los recursos públicos manejados por el Banco Central de Venezuela, se procede a realizar algunos señalamientos sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

La naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela deviene de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cuando el artículo 318 califica a dicho ente como: *una persona jurídica de derecho público*. En desarrollo de la referida disposición constitucional, el artículo 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela³ dispone que es una persona jurídica de derecho público, con rango constitucional, de naturaleza única, **con plena capacidad pública y privada** e integrante del Poder Público Nacional.

A su vez la precitada Ley en los artículos 21 y 28 prevé lo siguiente:

Artículo 21. *Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular tendrá las siguientes atribuciones:*

(Omissis)

4. **Aprobar las políticas administrativas y de personal y su correspondiente reglamentación para el mejor funcionamiento del Banco y el régimen interno del Directorio.**

Artículo 28. *El personal al servicio del Banco Central de Venezuela, de acuerdo con la Ley, estatuto o contrato que regule su prestación de servicio, está integrado por funcionarios o empleados públicos, personal de protección, custodia y seguridad, contratados y obreros.*

Los funcionarios o funcionarias, empleados públicos o empleadas públicas al servicio del Banco Central de Venezuela estarán regidos por los estatutos que al efecto dicte el Directorio y, supletoriamente, por la Ley de Carrera Administrativa o por la ley que la sustituya.

En los Estatutos que dicte el Directorio se establecerá el régimen de carrera de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas del Banco Central

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.419 del 7 de mayo del año 2010.

de Venezuela, mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, extinción de la relación de empleo público y las demás que se consideren pertinentes. Dichos Estatutos otorgarán a los empleados o empleadas del Banco, como mínimo, los derechos relativos a preaviso, prestaciones sociales, vacaciones, **participación en las utilidades** e indemnización por despido injustificado, establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo.

Las previsiones del presente artículo no se aplicarán al Director Ministro o Directora Ministra del Banco Central de Venezuela escogido o escogida por el Presidente o Presidenta de la República.

El personal de protección, custodia y seguridad del Banco Central de Venezuela, en atención a la naturaleza de las funciones a su cargo, estará regulado por el estatuto especial que dicte el Directorio.

El personal contratado para realizar o desarrollar trabajos o actividades especiales distintas de las ordinarias a cargo de los funcionarios públicos o funcionarias públicas, no de carácter permanente o aquellos que realicen suplencias de funcionarios o funcionarias, empleados públicos o empleadas públicas, estarán regidos por el contrato respectivo y supletoriamente por la Ley Orgánica del Trabajo.

Los obreros al servicio del Banco Central de Venezuela se regirán por la Ley Orgánica del Trabajo. (Destacado propio)

Conforme con los artículos transcritos, y salvo la excepciones allí establecidas, la ley consagró para el personal **al servicio del Banco Central de Venezuela** el derecho a participar en el reparto de utilidades, y le atribuye al Directorio la competencia para dictar las normas relativas a los derechos y obligaciones que en razón de la prestación de sus servicios corresponden a sus empleados.

En ejercicio de estas potestades normativas, el Directorio dictó la reglamentación correspondiente entre las que se encuentra el Estatuto de Personal vigente que rige a su personal, el cual en su artículo 76 establece:

Artículo 76. Los empleados del Banco tendrán derecho a percibir por concepto de utilidades el equiva-

lente a ciento veintidós (122) días de ingreso real que hubiere recibido durante el año. *A los efectos de este artículo, para el cálculo del ingreso real del empleado se tomará en cuenta los siguientes conceptos: sueldo básico anual, remuneración especial de fin de año, prima por antigüedad, bono vacacional, gastos de representación y otras asignaciones de carácter permanente, complemento del salario por desempeño del cargo de rango superior, bono nocturno, trabajo extraordinario, almuerzo, cena y bonificación por trabajos realizados. El monto correspondiente a las utilidades será pagado en dos porciones en las oportunidades en que se cancele la remuneración especial de fin de año. (Destacado propio)*

De las normas precedentes, se infiere que el otorgamiento del beneficio de utilidades que concede esa Institución, conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Ley en comento, en concordancia con el 76 de Estatuto de Personal, solo le corresponde al personal al servicio activo del Banco Central de Venezuela, toda vez que para su cálculo se toman en consideración conceptos que requieren la **prestación efectiva del servicio**, de allí que sin lugar a dudas, no puede extenderse al personal pensionado y jubilado, toda vez que se desvirtuaría la naturaleza de este beneficio concebido como una remuneración adicional al salario como reconocimiento del esfuerzo realizado por el trabajador para lograr la productividad de la empresa o institución donde labora, mientras que el personal pensionado y jubilado se encuentra en el disfrute de un nuevo *status* al producirse la extinción de la relación laboral activa y pasa a una situación de retiro (pasividad) de la Administración Pública.

No obstante, a los señalamientos indicados, se estima que corresponde al Directorio por detentar la suprema dirección de esa entidad Bancaria, en ejercicio de la autonomía funcional que le ha sido atribuida para reglamentar su organización y funcionamiento, estudiar la posibilidad de conceder un beneficio social -distinto al de las utilidades- al personal pensionado y jubilado siempre y cuando cuenten con la disponibilidad presupuestaria para ello, previo análisis del impacto que ese desembolso implicaría para el patrimonio, en el sentido de que no afecte o ponga en peligro la estabilidad económica y financiera del Banco Central de Venezuela.

Memorando 04-00-544 del 24 de agosto del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Funcionario de alto nivel, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Especial referencia al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores.

El funcionario que ejerce el cargo de Embajador no puede ser considerado dentro de esta categoría, toda vez que de conformidad con lo previsto en la Ley de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal y su Reglamento, el funcionario de alto nivel en esa estructura es el Ministro o Ministra como máxima autoridad, quien ejerce la rectoría y la suprema dirección de dicho Órgano integrante del Poder Público Nacional.

Memorando 04-00-547 del 27 de agosto del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la devolución del expediente remitido por la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Poder Popular para Relaciones Exteriores, relacionado con una actividad de control practicada en la Unidad Administradora Desconcentrada, “Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Malasia”, toda vez que de los hechos presuntamente irregulares detectados, involucran la responsabilidad del Embajador a quien consideran funcionario de alto nivel, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹.

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

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece en su artículo 97 lo siguiente:

Artículo 97. *Cuando a juicio del órgano de control fiscal que realiza una investigación o actuación de control existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas a funcionarios de alto nivel de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 de artículo 9 de esta Ley, que se encuentren en el ejer-*

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

cicio de sus cargos, deberán remitir inmediatamente el expediente a la Contraloría General de la República con el fin de que ésta, mediante auto motivado que se notificará a los interesados según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, continúe la investigación, decida el archivo de las actuaciones realizadas o inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades ...”. (Destacado propio)

La disposición en referencia prevé, que cuando el órgano de control fiscal en ejercicio de sus actividades, determine que existen elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, **a funcionarios de alto nivel** de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la citada Ley, **que se encuentren en el ejercicio de sus cargos**, deberán remitir inmediatamente el expediente a la Contraloría General de la República, con el fin de que continúe conociendo del caso.

Ahora bien, la expresión “funcionario de alto nivel” contenida en la norma legal en referencia, se debe entender referida exclusivamente a los titulares de los órganos y entidades del sector público indicados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 *eiusdem*, así como a los funcionarios que integran las máximas autoridades jerárquicas, entendidas estas como el órgano ejecutivo a quien corresponde la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable, por lo que en aquellos organismos regidos por órganos colegiados como juntas directivas, juntas administradoras, consejos directivos u órganos similares, serán estas las que deben considerarse máximas autoridades, y los funcionarios que integran tales cuerpos son distinguidos como de “alto nivel”, a los fines previstos en el parcialmente citado artículo 97 de la precitada Ley.

Para el caso en particular en comento, es importante traer a colación el contenido de los artículos 6 y 65 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal², que disponen lo siguiente:

Artículo 6. (...) se considerará como máxima autoridad jerárquica al órgano ejecutivo a quien corresponda la

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240 del 12 de agosto del año 2009.

dirección y administración del organismo y 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.

Artículo 65. *A los fines de la remisión de los expedientes a la Contraloría General de la República, prevista en el artículo 97 de la Ley, se consideran funcionarios de alto nivel a los titulares, máximas autoridades jerárquicas e integrantes de los cuerpos colegiados o deliberantes de:*

- 1) *Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional. (Destacado propio)*

Así pues, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³ en el artículo 136, señala que **el Poder Público Nacional** se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; por su parte el artículo 225 *eiusdem*, establece que el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, **los Ministros o Ministras** y demás funcionarios o funcionarias que determine la Constitución y la Ley. De allí que, es importante puntualizar si el cargo de Embajador de la República Bolivariana de Venezuela en un país determinado es considerado de alto nivel a la luz del precitado artículo 97.

Al respecto, es preciso indicar que las Embajadas están conformadas por las Unidades Administrativas Desconcentradas dentro de la estructura organizativa del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, sujetas al control jerárquico del Ministro respectivo, conforme lo establece el artículo 92 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁴, de manera que, sin lugar a dudas, el funcionario que ejerce el cargo de Embajador no puede ser considerado dentro de esta categoría, toda vez que de conformidad con lo previsto en la normativa *supra* transcrita, el funcionario de alto nivel dentro de esa estructura es el Ministro o Ministra como máxima auto-

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

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

ridad, quien ejerce la rectoría y la suprema dirección de dicho Órgano integrante del Poder Público Nacional.

Memorando 04-00-547 del 27 de agosto del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Procedencia de otorgar el beneficio de alimentación durante 30 días del mes calendario.

El beneficio de alimentación puede ser concedido voluntariamente por los empleadores o empleadoras, y en aplicación del principio *Indubio Pro Operario*, según el cual cuando existieren dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora; es jurídicamente posible otorgar el beneficio de alimentación durante los treinta días del mes calendario respectivo.

Memorando 04-00-611 del 11 de octubre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la posibilidad de otorgar el beneficio de alimentación durante los treinta (30) días del mes calendario.

Analizado el asunto planteado, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y Trabajadoras¹ tiene por objeto regular el beneficio de alimentación para **proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores, a fin de fortalecer su salud, prevenir las enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral**, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 *eiusdem*.

A los fines de cumplir su objeto, la Ley prevé que los empleadores del sector público y del sector privado deben otorgar **una comida balanceada durante la jornada del trabajo**. A tal efecto, define que una comida balanceada es aquella que reúna las condiciones calóricas y de calidad, tomando como referencia las recomendaciones y criterios establecidos por el órgano competente en materia de nutrición, a tenor de lo previsto en el artículo 2 de Ley *in commento*.

Como se observa, el carácter de esta normativa es eminentemente sociolaboral, toda vez que su propósito es amparar al trabajador durante **la jornada de trabajo**, en el sentido de garantizar una comida balanceada con lo cual se protege su estado nutricional, se fortalece su salud, previene enfermedades ocupacionales, entre otros aspectos. De allí que el beneficio de alimentación debe entenderse como un derecho básico y

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.666 del 4 de mayo del año 2011.

fundamental inherente a la persona, entendido con una visión social y no solo económico-laboral, pues al momento de otorgar este beneficio debe considerarse la condición de trabajador como “ser humano”, y no como entidad productiva que merece el beneficio en función de la labor que realiza.

En efecto, el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² consagra fundamentalmente lo relacionado a los límites de la jornada laboral, se dispone su reducción con el objetivo de aumentar el tiempo que tienen los trabajadores y trabajadoras para su descanso y desarrollo integral, estableciendo además que *“Los trabajadores y Trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que la jornada efectivamente laborada.”* En términos similares, es definida en el artículo 167 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras³, haciendo especial énfasis en el artículo 173, que la jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador y trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.

A su vez, la Ley bajo análisis dispone que el beneficio de alimentación procede por jornada de trabajo, la cual es definida conforme al artículo 3 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras⁴ como *“(...) el tiempo pactado entre las partes durante el cual el trabajador está a disposición del empleador o empleadora y de su actividad y de sus movimientos dentro de los límites establecidos en el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo.”*

Las normas bajo análisis permiten interpretar que la intención del constituyente y legislador fue la de hacer extensivos los beneficios que perciben los trabajadores y trabajadoras durante la jornada efectivamente laborada, al tiempo durante el cual estos hacen uso efectivo del derecho a los días de descanso y vacaciones, aun cuando no haya

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario del 7 de marzo del año 2012.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.713 del 14 de julio del año 2011.

prestación efectiva del servicio durante esos días, toda vez que estos hechos no pueden ser imputables a ellos⁵.

Esta circunstancia se ve reforzada cuando en la última reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y Trabajadoras, en el artículo 6, en consonancia con lo *supra* indicado se dispuso lo siguiente:

Artículo 6. *En caso que la jornada de trabajo no sea cumplida por el trabajador o trabajadora por causas imputables a la voluntad del patrono o patrona, o por una situación de riesgo, emergencia, catástrofe o calamidad pública derivada de hechos de la naturaleza que afecten directa y personalmente al trabajador o trabajadora, pero no al patrono o patrona, impidiéndole cumplir con la prestación del servicio, así como en los supuestos de vacaciones, incapacidad por enfermedad o accidente que no exceda de doce (12) meses, descanso pre y post natal y permiso o licencia de paternidad, no serán motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio de alimentación.*

Parágrafo Único: *Cuando el otorgamiento del beneficio de alimentación se haya implementado a través de las modalidades previstas en los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 4 de la presente Ley, dicho beneficio deberá ser pagado mediante la provisión o entrega al trabajador o trabajadora de cupones, tickets o tarjetas*

⁵ En similares términos se pronunció la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, cuando en el año 2008, al ser consultada sobre la procedencia de otorgar el beneficio de alimentación a trabajadores y trabajadoras que se encontraban de reposo médico sostuvo refiriéndose a un criterio anterior que: “ (...) el objeto de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, no es más que un incentivo para el incremento de la productividad, siendo en realidad que el mismo es un beneficio social que incide directamente en el régimen alimenticio de las trabajadoras y trabajadores y trasciende en aquellas consideraciones de carácter meramente económico. Igualmente se observa que se le atribuye al ejercicio de derechos consagrados legalmente, un carácter de imputabilidad (...) opinión que no se comparte, por cuanto considera que el descanso vacacional, los permisos, los períodos de incapacidad o de descanso maternales son voluntad propia de la trabajadora o trabajador, y por tanto son ausencias injustificadas al trabajo, sería considerar que la trabajadora o trabajador ante tales circunstancias, en lugar de ejercer su derecho, podría eventualmente renunciar a ellos con la finalidad de obtener otros fines que incluso atenten contra su bienestar y salud, dejando nugatoria la naturaleza de orden público de nuestro ordenamiento jurídico laboral y el carácter irrenunciable de los derechos sociolaborales en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) **la no prestación de servicio de la trabajadora o trabajador justificada, no podrá entenderse en caso alguno, como un hecho imputable a su persona y en consecuencia no constituirá causa para la suspensión de este beneficio** (...).” (Destacado propio)

electrónicas de alimentación, o mediante dinero en efectivo o su equivalente, mientras dure la situación que impida al trabajador o trabajadora cumplir con la prestación del servicio, conforme a lo establecido en este artículo, o mientras se encuentre disfrutando su derecho a vacaciones, descanso pre y post natal, el permiso o licencia de paternidad, así como por incapacidad por enfermedad o accidente que no exceda de doce (12) meses.
(Destacado propio)

De la norma legal en comentario, emerge el otorgamiento del beneficio de alimentación en circunstancia en las cuales no hay una prestación efectiva de la jornada de trabajo, porque el trabajador se encuentra disfrutando del ejercicio de un derecho sociolaboral reconocido en el artículo 90 Constitucional que le impiden la prestación del servicio y que bajo estas circunstancias se hace acreedor del precitado beneficio.

De manera que, es importante tener estas circunstancias presentes para considerar dentro de estos supuestos los días de descanso semanal como un derecho, cuyo disfrute no puede ser utilizado por los empleadores o empleadoras como pretexto para no cancelar durante estos días el beneficio de alimentación, toda vez que estos beneficios no dependen de la voluntad del trabajador o trabajadora ni tampoco del empleador o empleadora, sino que devienen de un mandato Constitucional desarrollado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cuyo cumplimiento es de orden público y por tanto irrenunciables, motivos más que suficientes para que se les reconozca el beneficio de alimentación durante los días de descanso, que si bien durante ellos existe inactividad laboral, no obstante, son reconocidos dentro de su remuneración.

Conforme a los argumentos expuestos, concatenado con la potestad prevista en la parte *in fine* del artículo 15 del Reglamento de la Ley en comento, en cuanto a que el beneficio de alimentación puede ser concedido voluntariamente por los empleadores o empleadoras, y en aplicación del principio *Indubio Pro Operario*, según el cual cuando existieren dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora; esta Dirección General considera que es jurídicamente

posible otorgar el beneficio de alimentación durante los treinta días del mes calendario respectivo.

Memorando 04-00-611 del 11 de octubre del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Ejecución de las sanciones a que alude el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal recaídas en el personal obrero al servicio de la Administración Pública.

Si bien es cierto que con la imposición de la sanción de destitución se produce la terminación de la relación de trabajo para el obrero, sin embargo, esta no se origina como consecuencia de las causales establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras, sino que, es producto de una sanción disciplinaria derivada de la declaratoria de responsabilidad administrativa, por tal motivo, la autoridad competente para ejecutar la decisión no tiene que recurrir a ningún otro procedimiento, a los fines de hacer efectiva la materialización definitiva de la sanción de destitución al personal obrero.

Memorando 04-00-612 del 11 de octubre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, para determinar si para la ejecución de las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, recaídas en el personal obrero al servicio del Ministerio del Poder Popular para la Educación, es preciso solicitar la calificación de despido por ante los organismos competentes, por estar sometidos al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras².

Analizada la solicitud y la normativa que rige la materia, esta Dirección General emite su opinión en los términos siguientes:

Los obreros al servicio de la Administración Pública se encuentran excluidos del régimen estatutario que rige para los funcionarios públicos, según se colige de lo previsto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, que establece lo siguiente:

Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario del 7 de marzo del año 2012.

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

*de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, **los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública** y los demás que determine la Ley. (Destacado propio)*

En similares términos se establece tal exclusión en el numeral 6, Parágrafo Único del artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴. Dada esta exclusión, a los obreros se les aplican las disposiciones comunes del derecho del trabajo, conforme al artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual prevé:

Artículo 6°. (...) *Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social. (...).*

De allí que, los obreros al servicio de la Administración Pública gozan de los beneficios y derechos laborales en ella previstos, tales como: convenciones colectivas, huelgas, estabilidad, inamovilidad, entre otros, pero respetando siempre las especificidades aplicables al sector público.

Ahora bien, en virtud de las funciones que los obreros desempeñen dentro de los órganos o entes de la Administración Pública son sujetos pasibles de responsabilidad administrativa en los términos expuestos en el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁵, el cual establece:

Artículo 82. *Los funcionarios, funcionarias, empleados, empleadas, **obrerros y obreras 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.** (Destacado propio)*

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre del año 2002.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

Como se observa, los obreros al servicio de órganos y entes públicos, no obstante de estar excluidos del Estatuto de la Función Pública, responden administrativamente por los actos, hechos u omisiones cometidos en el desempeño de sus funciones, vinculados con la administración, manejo y custodia de recursos y bienes públicos.

En tal sentido, ante la declaratoria de responsabilidad administrativa de conformidad con los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, surge automáticamente la aplicación de una sanción pecuniaria que impone el órgano decisorio y adicionalmente, en atención a la entidad del ilícito y a la gravedad de la irregularidad cometida, la aplicación de las sanciones de naturaleza disciplinaria, a saber: suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, las cuales impone el Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente y **sin que medie ningún otro procedimiento**; así lo establece el artículo 105 *eiusdem* cuando señala:

Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor o Contralora General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron

los hechos para que realice los trámites pertinentes. (...).
(Destacado y subrayado propio)

Sobre el precitado artículo, es importante señalar que la Sala Constitucional⁶ y la Sala Político-Administrativa⁷ del Tribunal Supremo de Justicia de manera pacífica y reiterada se ha pronunciado en relación con su constitucionalidad y alcance, al sostener que la imposición de las sanciones disciplinarias no amerita la apertura de un nuevo procedimiento, porque estas se configuran como resultado de un procedimiento previo donde se comprueba el ilícito y se declara la responsabilidad administrativa.

Siendo así, conviene destacar que si bien es cierto que con la imposición de la sanción de destitución se produce la terminación de la relación de trabajo para el obrero, sin embargo, esta no se origina como consecuencia de las causales establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, sino que, se insiste, es producto de una sanción disciplinaria derivada de la declaratoria de responsabilidad administrativa en los términos *supra* señalados, por tal motivo en criterio de esta Dirección General, la autoridad competente para ejecutar la decisión no tiene que recurrir a ningún otro procedimiento, a los fines de hacer efectiva la materialización definitiva de la sanción de destitución al personal obrero al servicio del Ministerio del Poder Popular para la Educación.

Memorando 04-00-612 del 11 de octubre del año 2012.

6 Sentencia N° 1.266 del 06 de agosto del año 2008. Expediente N° 06-0494.

7 Sentencias N° 00868 del 21 de julio del año 2004; N° 00217 del 07 de febrero del año 2007; N° 00738 del 17 de mayo del año 2007; N° 00808 del 30 de mayo del año 2007; N° 01383 del 01 de agosto del año 2007; N° 00595 del 14 de mayo del año 2008; N° 00742 del 19 de junio del año 2008 y N° 00947 del 12 de agosto del año 2008 y N° 00376 del 24 de abril del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Compatibilidad entre el ejercicio de un cargo administrativo y docente de manera simultánea en instituciones diferentes, con especial énfasis en el número de horas máximas que se pudiesen desempeñar.

Es compatible el ejercicio de un cargo administrativo con la profesión docente, en virtud de que se encuentra dentro de las excepciones previstas en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante, es necesario que el ejercicio simultáneo de dichas funciones no disperse la atención del funcionario y no genere interferencias entre ambas actividades.

Memorando 04-00-691 del 15 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la compatibilidad del ejercicio de un cargo administrativo y la profesión docente de manera simultánea en instituciones diferentes, con especial énfasis en el número de horas máximas que estos pudieran desempeñar y si las mismas pueden ser dentro del mismo horario, sin consideraciones a responsabilidad administrativa alguna por esta situación, cuando exceda la carga horaria permitida por Ley.

Una vez analizada la normativa de referencia, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

Los funcionarios públicos están sometidos en el desempeño de sus cargos a ciertas restricciones que limitan o impiden el ejercicio simultáneo de otro cargo público y el goce de los beneficios que pudieran derivarse de esta situación. Estos aspectos están contenidos dentro de las denominadas incompatibilidades previstas en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹ que dispone 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 que determine la ley (...).* (Destacado propio)

La norma Constitucional consagra la incompatibilidad en el ejercicio de dos destinos públicos **remunerados**, con las excepciones que la

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009.

misma disposición establece, a saber cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la Ley. Su propósito fundamental es preservar la decencia del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole ejercer simultáneamente actividades o cargos que eventualmente pudieran llegar a entorpecer el normal desarrollo de su gestión pública, en detrimento y perjuicio del interés general y de los principios que orientan la función pública. Esta prohibición se configura, en el supuesto de que la aceptación de cualquier cargo público implique el alejamiento de sus deberes y obligaciones propios. De ahí que, **tal y como se desprende de la norma constitucional antes citada para la aplicación de la referida prohibición, es necesario que un funcionario público ejerza al mismo tiempo dos cargos públicos y que reciba una remuneración por cada uno de ellos.** (Destacado propio)

Así lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia², cuando en interpretación del referido artículo 148 Constitucional, sostuvo lo siguiente:

Esa limitación inicial para el ejercicio de cargos públicos tiene, para la Sala, una triple finalidad: no dispersar la atención del funcionario con actividades que pueden ser muy distintas entre sí; evitar interferencias entre actividades que, por su naturaleza, no deban mezclarse (como podría ocurrir con cargos en distintas ramas del Poder Público); y una razón económica pero nada desdeñable: que una misma persona no se vea beneficiada con el pago de remuneraciones por parte de diversos órganos estatales (lo que da sentido también al último párrafo del artículo 148: la prohibición de doble jubilación o pensión).

Por supuesto, tanto el principio como la excepción deben ser analizados con lógica y, precisamente, el artículo 148 de la Constitución responde a ello. El principio es la incompatibilidad (con la consecuencia de la presunción de renuncia al cargo original). La excepción es la doble aceptación o ejercicio simultáneo para ciertas actividades. La conciliación del principio y la excepción implica límites interpretativos: la excepción sólo será posible si se satisface la finalidad que

2 Sentencia N° 698, Expediente 03-1305 del 29 de abril del año 2005.

dio lugar a la incompatibilidad, con lo que tendrá que ponderarse si el nuevo destino afecta negativamente al anterior.

Como puede interpretarse, la prohibición prevista en el mencionado artículo tiene como propósito **evitar que quienes estén al servicio del Estado acepten o ejerzan dos o más cargos públicos remunerados** cuyo ejercicio simultáneo implique perjuicio para el Estado, reservando a la Ley el establecimiento de las excepciones a esta prohibición y, permitiendo la posibilidad de conciliar actividades cuando se trate del ejercicio de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes, con la ponderación que la excepción del mismo destino no debe interferir ni afectar negativamente al cargo anterior.

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública³ recoge lo dispuesto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y reproduce en sus artículos 35 y 36 el contenido del artículo 148 citado, al disponer:

Artículo 35. *Los funcionarios o funcionarias públicos no podrán desempeñar más de un cargo público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.*

La aceptación de un segundo destino, que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Artículo 36. *El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales y docentes, declarados por la ley compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, **se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste.** (Destacado propio)*

De ahí que, tanto la Constitución como la Ley del Estatuto de la Función Pública resultan severas y determinantes en relación con las incompatibilidades, y respecto a la compatibilidad excepcional permitida, dejan claramente establecido que se permite siempre y cuando esta no implique un menoscabo del cumplimiento de los deberes del funcionario ni se genere interferencias entre ambas actividades.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre del año 2002.

Aplicando lo expuesto al caso bajo análisis, se observa que el personal que ejerce un cargo administrativo dentro de un órgano o ente pudiera concurrentemente desempeñarse en la profesión de ocente, en virtud de que se encuentran inmersos dentro de la excepción Constitucional señalada en el artículo 148 *supra* citado, en razón de que es una actividad que por lo general no es susceptible de menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario; bien porque **puede ser ejercido fuera del horario ordinario de labores**, o bien porque son ejercidas con carácter transitorio o realizada en forma esporádica o espaciada, es decir, ocasionalmente y con ciertos intervalos de tiempo que no afectan el adecuado desempeño de las tareas habituales del funcionario inherentes al cargo original, o bien que el superior jerárquico o autoridad respectiva le conceda un **permiso especial**, tal como lo establece el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa⁴, que dispone:

Artículo 65. *Serán de concesión potestativa los siguientes permisos:*

(Omissis)

9. En cualquier otro caso en que el funcionario a quien corresponda otorgar el permiso lo considere procedente y por el tiempo que a su juicio sea necesario.

Los permisos a que se refiere este artículo, serán remunerados, salvo los previstos en los numerales 8 y 9, que podrán serlo o no. (Destacado propio)

Respecto a si ambos cargos pueden ser ejercidos dentro de un mismo horario en dos instituciones a la vez, es preciso indicar que la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador cumple con las responsabilidades y tareas inherentes a su cargo, como lo preceptúa el artículo 167 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁵ cuyo tenor es:

⁴ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.630 del 27 de enero del año 1999.

⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario del 07 de mayo del año 2012.

Definición de Jornada

Artículo 167. *Se entiende por jornada de trabajo, el tiempo durante el cual el trabajador o la trabajadora está a disposición para cumplir con las responsabilidades y tareas a su cargo, en el proceso social de trabajo (...).*

Asimismo, se debe señalar que el límite de la jornada de trabajo permitida por la Ley no deberá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales, conforme lo dispone el artículo 173 *eiusdem*.

Limites de la Jornada de Trabajo

Artículo 173. *La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.*

La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:

1. *la jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., **no podrá exceder de ocho horas diaria, ni de cuarenta semanales.*** (Destacado propio)

De manera que, conforme a lo expresado en estos casos excepcionales, pudiera ejercerse durante la misma jornada pero siempre que su desempeño simultáneo se realizara de tal manera que no menoscabe el cabal cumplimiento de los deberes inherentes al cargo original, pues de lo contrario se produciría automáticamente la incompatibilidad entre ambos y la renuncia tácita prevista en el segundo aparte del artículo 35 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Caso contrario, se incurriría en supuestos generadores de responsabilidad administrativa, conforme lo establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶.

De conformidad con lo expuesto, estima esta Dirección General que es compatible el ejercicio de un cargo administrativo con la profesión docente, en virtud de que se encuentra dentro de las excepciones previstas en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante es necesario que el ejercicio simultáneo de

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

dichas funciones no disperse la atención del funcionario, y no genere interferencias entre ambas actividades.

Memorando 04-00-691 del 15 de noviembre del año 2012.

FUNCIÓN PÚBLICA: Incidencias salariales que deben utilizarse como base para calcular la pensión de jubilación del personal de una universidad nacional.

Ante la circunstancia de haber efectuado cálculos de pensiones de jubilación, con base en las incidencias salariales estipuladas en el artículo 4 del Reglamento de Pensiones y Jubilaciones del Personal Académico de la Universidad Nacional Experimental “Francisco de Miranda”, se estima procedente que la autoridad competente de la referida Universidad, realice las modificaciones y ajustes necesarios que permitan solventar y sincerar las incidencias salariales a utilizarse, como base para efectuar el cálculo de las pensiones con apego a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley, toda vez que deben tener claramente diferenciadas las incidencias aplicables, a los efectos de la indemnización por la terminación de la relación laboral, es decir, para el cálculo de las prestaciones sociales y las aplicables para calcular la pensión de jubilación y, de esta manera, evitar contabilizar conceptos que produzcan efectos sobre sí mismo, como por ejemplo, la alícuota del bono de fin de año, bono vacacional, aporte a la caja de ahorro y las primas por hogar e hijos, entre otros.

Memorando 04-00-749 del 07 de diciembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la situación que confronta la Universidad Experimental “Francisco de Miranda” respecto al pago del bono recreacional y la bonificación de fin de año al personal administrativo y técnico jubilado, en virtud de que la Dirección de la Oficina de Planificación y Presupuesto de esa casa de estudios dictaminó “(...) *excluir de la pensión del personal administrativo y técnico aquellos conceptos salariales que tengan incidencia en sí mismos por lo tanto deberán abstenerse de aplicar la sumatoria de estos conceptos a la pensión base para el cálculo del Bono recreacional y la Bonificación de fin de año (...).*”

En la citada comunicación, se manifiesta que el Reglamento de Pensiones y Jubilaciones del Personal Académico de la Universidad Nacional Experimental “Francisco de Miranda”, publicado en la Gaceta de la Universidad II trimestre 1994, N° 63, en el artículo 4 establece:

A los efectos de la Jubilación y Pensión, se entiende por sueldo la cantidad mensual correspondiente a la sumatoria de los conceptos que se mencionan a continuación según los valores vigentes al momento del cálculo correspondiente:

sueldo básico, prima asistencial, prima por hogar, prima por hijos, incidencia de bono vacacional, incidencia de bono de fin de año y prima por jerarquía de cargo. (Destacado propio)

Que con fundamento en dicha norma, la Universidad ha tomado como base en estas asignaciones, a los fines de otorgar las pensiones de jubilación al personal, en ese sentido solicita opinión en relación con:

Primero: *¿Qué conceptos debe comprender las Pensiones de Personal Administrativo y técnico Jubilado de la Universidad nacional Experimental ‘Francisco de Miranda’?*

Segundo: *¿Es procedente debitar de las Pensiones de Jubilaciones, base para el cálculo del Bono Recreacional y Bono de Fin de año (...) las incidencia de los Bono (sic) Vacacionales y Bono de Fin de Año contenidas en la Pensión o su inclusión por el contrario contraviene lo dispuesto en el artículo 133 de la hoy derogada Ley Orgánica del Trabajo, hoy artículo 104 del DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS como norma de orden público?*

Tercero: *¿Considera esta instancia ilegal el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal Administrativo y Técnico de la Universidad Nacional Experimental “Francisco de Miranda” a la luz de la reserva legal en materia de Pensiones y Jubilaciones que tiene la Asamblea Nacional para legislar en esta materia de acuerdo con las previsiones de su artículo 156 numeral 32, siendo que el referido Reglamento data del año 1994 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el año 1999?*

Como punto previo, es preciso señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema

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

Nacional de Control Fiscal², la Contraloría General de la República es el órgano rector de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos.

No obstante, apegados al principio de colaboración que rige entre los distintos órganos que ejercen el Poder Público previsto en el artículo 136 Constitucional, y tomando en consideración que el pago de este beneficio incide en los recursos públicos administrados por la Universidad, se procede a realizar algunos señalamientos, a los fines de orientar, sin carácter vinculante.

La institución de las universidades experimentales está prevista en la Ley de Universidades³, la cual en su artículo 10 señala lo siguiente:

Artículo 10. *Conforme a lo dispuesto en la Ley de Educación, el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo Nacional de Universidades, podrá crear Universidades Nacionales Experimentales con el fin de ensayar nuevas orientaciones y estructuras en Educación Superior. **Estas Universidades gozarán de autonomía dentro de las condiciones especiales requeridas por la experimentación educativa. Su organización y funcionamiento se establecerá por reglamento ejecutivo y serán objeto de evaluación periódica a los fines de aprovechar los resultados beneficiosos para la renovación del sistema y determinar la continuación, modificación o supresión de su status.***

Parágrafo Único: *El Ejecutivo Nacional, oída asimismo la opinión del Consejo Nacional de Universidades, podrá también crear o autorizar el funcionamiento de Institutos o colegios universitarios, cuyo régimen será establecido en el reglamento que al efecto dicte, y los cuales no tendrán representantes en el Consejo Nacional de Universidades.*
(Destacado propio)

De la norma transcrita, se infiere que las universidades experimentales están dotadas de **autonomía** en el marco de su especial con-

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.429 Extraordinario del 8 de septiembre del año 1970.

dición, en ese sentido se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁴, al expresar:

En anteriores fallos esta Corte se ha venido pronunciando acerca de la problemática de las Universidades experimentales creadas conforme al artículo 10 de la vigente Ley de Universidades y ha establecido, entre otros criterios, el de que la autonomía que la Ley nombrada les reconoce está limitada como lo expresa la disposición por ‘las condiciones especiales requeridas por la experimentación’, lo que justifica soluciones diversas y que cada Universidad experimental cuente con grados diferentes de autonomía en razón de la naturaleza de los objetivos que han llevado a su creación. Sobre esta base puede afirmarse que cada texto reglamentario dirigido a establecer la organización y funcionamiento de una Universidad experimental puede contener de forma limitada las cuatro clases de autonomía universitaria que define el artículo 9 de la Ley de Universidades, limitación que deriva originalmente por una parte, de que es el Ejecutivo el que crea la Universidad mediante decreto en el cual precisa los objetivos asignados a la institución y, por la otra, a la potestad que se acuerda también al Ejecutivo Nacional (Ministerio de Educación) para reglamentar el funcionamiento y organización de tales entidades. Se justifica así la variedad de regímenes y la definida y particular normativa que cada cuerpo reglamentario contiene para regular en detalle objetivos que el Decreto de creación ha atribuido a la institución así como los aspectos atinentes a su organización y funcionamiento.

Con fundamento en el citado artículo 10, el Presidente de la República mediante Decreto N° 2.256 de fecha 25 de julio de 1977⁵, creó la Universidad Nacional Experimental “Francisco de Miranda”, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio y conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del referido Decreto, sus normas de organización y fun-

4 Sentencia 09-05-85. Caso Norma Castillo Vs. Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado. Consultada en “15 años de Jurisprudencia” Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Años 1977-1992, Contencioso Contra las Universidades. Tomo III, Volumen 1. Páginas 22 y 23. Universidad de Carabobo. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 31.285 del 28 del 25 de julio del año 1977.

cionamiento serían establecidas en el Reglamento que al efecto dictaría el Ministerio de Educación, materializado según Resolución N° 165 del 28 de enero del año 1994⁶, donde se define **al Consejo Universitario como el máximo organismo de política general y de decisión de la Universidad a quien le corresponde la dirección académica y administrativa, facultado para dictar los reglamentos internos y demás normas para el buen funcionamiento de la Institución (numeral 24 del artículo 8). En tal sentido, es el Consejo Universitario el competente para dictar toda la normativa interna de esa casa de estudios.**

En ejercicio de esa autonomía, la citada Universidad a través del Consejo Universitario, dictó el Reglamento de Pensiones y Jubilaciones, que contiene el artículo 4 *supra* transcrito, que indica los conceptos que esa Casa de Estudios viene aplicando para efectuar los cálculos de la pensión de jubilación de sus trabajadores que cumplen con los requisitos. De manera que, conforme a lo indicado, este Reglamento constituye el régimen reglamentario al cual se encuentra sometido el personal académico y técnico de esa Institución, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento y de preferente aplicación a cualquier otra norma que regule la materia, como lo dejó asentado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia fecha 05 de agosto del año 1985⁷.

Sin embargo, es preciso indicar que a pesar de que su cumplimiento es obligatorio, se estima que los conceptos que se tomen como base de cálculo para las pensiones de jubilación deben estar acorde con el resto

6 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.685 Extraordinario del 01 de febrero del año 1994.

7 “Las Universidades Experimentales le permiten al Ejecutivo Nacional contar con Instituciones distintas de las Universidades Nacionales Autónomas tradicionales, en el sentido, que las Universidades Experimentales podrán detentar formas organizativas diferentes a la rígida estructura que les establece a la Universidad tradicional la Ley de Universidades. Pero es el caso, que la consecuencia inmediata de tal condición referida al régimen jurídico aplicable a una Universidad derivada de su condición de Universidad Experimental, está dada en las normas que la regulan serán las contenidas en el Decreto de su creación y las establecidas en la Resolución dictada por el Ministerio de Educación por la cual se determina la forma de su funcionamiento; situación de preeminencia de estas normas que impide que las disposiciones contenidas en la Ley de Universidades le sean aplicables a las Universidades Experimentales frente a las específicas reglas de derecho que regulan a esta especial entidad educativa.

Para una mayor precisión debemos indicar, que la Ley de Universidades contiene dos tipos de normas, unas dirigidas al Sistema de Educación Superior como un todo, y por supuesto frente a ellas **las Universidades Experimentales son sujetos pasivos de tales disposiciones; y otras dirigidas a organizar la Universidad Nacional Autónoma tradicional, normas que en este caso, tienen frente a las Universidades Experimentales una aplicación supletoria, entendiéndose como tal condición, que dichas disposiciones serán de aplicación necesaria siempre y cuando no exista disposición expresa en los textos legales que de manera específica regulan a la Universidad Experimental.”**

(Destacado propio)

del ordenamiento que regula la materia, toda vez que se observa que la referida disposición contiene ciertos beneficios que inciden sobre sí mismos, ejemplo de ello se tiene, al incorporar las alícuotas del bono vacacional y de bonificación de fin de año, en franca contradicción con el artículo 133 del derogado Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo⁸, hoy contenida en el artículo 104 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁹.

De manera que, a juicio de esta Dirección General, la Universidad, a los fines de calcular el monto de la pensión de jubilación del personal académico y técnico, debe realizarlo sobre la base de las incidencias regulares y permanentes que por derecho le corresponden al trabajador a causa de su labor, sin caer en excesos que conlleven a incluir conceptos que repercutan sobre sí mismos; en ese sentido, se considera que deben estar en armonía con la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios¹⁰ y su Reglamento¹¹, que si bien es cierto sus disposiciones no le son aplicables, no menos cierto es que, como Ley Especial en la materia es aplicable a la mayoría de los integrantes de la Administración Pública en sentido amplio, circunstancias que deben tenerse como parámetros generales por **los órganos o instituciones con autonomía al momento de dictar su propia normativa, a los fines de evitar situaciones que vulneren el principio constitucional de igualdad y no discriminación**. Autonomía que se confirma en la

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.024 Extraordinario del 06 de mayo del año 2011.

9 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo del año 2012 que dispone en el artículo 104 lo siguiente: "(...) A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Queda por lo tanto excluido de los mismos las percepciones de carácter accidental, las derivadas de las prestaciones sociales y las que esta Ley consideren que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos en sí mismo."

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo del año 2010, que en el artículo 7, establece: "A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario, funcionaria, empleado o empleada, el integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente. En el Reglamento de esta Ley se podrán establecer los elementos de sueldo, según las características del organismo o empleado."

11 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 del 11 de enero del año 1999, que prevé en el artículo 15: "La remuneración a los fines del cálculo de la jubilación estará integrada por el sueldo básico mensual, por las compensaciones por antigüedad y el servicio eficiente y por las primas que correspondientes a estos conceptos."

decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia del año 1990, en la cual se reconoció la potestad reglamentaria en materia de prevención y seguridad social a los órganos con autonomía funcional, sin que ello implique una violación al principio de reserva legal, potestad que tiene plena vigencia en la Constitución de la República del año 1999, toda vez que el artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la Ley Nacional que ha de regir en esta materia, como quedó asentado en la jurisprudencia del más alto Tribunal de la República en Sentencia N° 797 de la Sala Constitucional de fecha 11 de abril del año 2002, al expresar que reconoce la potestad reglamentaria de los órganos con autonomía funcional para establecer su propio régimen de jubilaciones, sin que esto constituya una violación al principio de la reserva legal, criterio este, reiterado en las sentencias números 2230 y 195, de fechas 23 de octubre del año 2002, y 2 de marzo del año 2005 respectivamente.

De acuerdo con lo señalado, el Reglamento de Pensiones y Jubilaciones del Personal Académico de la Universidad Nacional Experimental “Francisco de Miranda” fue dictado por el Consejo Universitario como autoridad competente, lo cual no deja lugar a dudas sobre su legalidad; sin embargo, respecto al contenido de la norma bajo análisis, se reitera que no puede contener conceptos que incidan sobre sí mismo a objeto de evitar colocar a esa Casa de Estudio, así como al personal pasivo en estado de inseguridad jurídica al tener que acudir al ajuste de las pensiones de jubilación para proceder al cálculo de las bonificaciones a que son acreedores.

Por ello, ante la circunstancia de haber efectuado cálculos de pensiones de jubilación, con base en las incidencias salariales estipuladas en el artículo 4 del referido Reglamento, se estima procedente que la autoridad competente de esa Casa de Estudio realice las modificaciones y ajustes necesarios que permitan solventar y sincerar las incidencias salariales a utilizarse como base para efectuar el cálculo de las referidas pensiones con apego a la Constitución de la República y la Ley, toda vez que deben tener claramente diferenciadas las incidencias aplicables a los efectos de la indemnización por la terminación de la relación laboral, es decir, para el cálculo de las prestaciones sociales y las aplicables para calcular la pensión de jubilación y, de esta manera, evitar contabilizar conceptos que produzcan efectos sobre sí mismo, como por ejemplo,

la alícuota del bono de fin de año, bono vacacional, aporte a la caja de ahorro y las primas por hogar e hijos, entre otros.

Memorando 04-00-749 del 07 de diciembre del año 2012.

LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN,
CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE
DE TRABAJO

LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN, CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO: Aplicabilidad de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) a contralorías municipales.

Las contralorías municipales o cualquier otro órgano o ente público están sujetos a la supervisión, inspección por parte del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) y al cumplimiento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) y su Reglamento, toda vez que, la finalidad de esta Ley es garantizarle a los trabajadores y trabajadoras, condiciones y medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus facultades físicas y mentales dentro de la entidad de trabajo, que conlleve a realizar sus funciones de manera segura y saludable, sin distinción entre público o privado.

El proceso de elección de los Delegados de Prevención es una función exclusiva de los trabajadores y trabajadoras, como ejercicio de un derecho establecido en la Ley Orgánica *in commento* y su Reglamento. En consecuencia, el empleador o empleadora no tiene inherencia alguna en la realización del proceso antes mencionado, toda vez que, de la interpretación de los postulados de la Ley y su Reglamento, se infiere que la participación de estos en dicho proceso se limita solo a proporcionar los medios y el tiempo requerido para que los trabajadores puedan organizarse y llevar adelante la elección. Sin embargo, pueden impulsar el referido proceso.

Los trabajadores y trabajadoras que se desempeñen en cargos de dirección o de confianza, no podrán elegir ni ser elegidos como Delegados ante el Comité de Seguridad y Salud Laboral, de manera que, la elección en esta categoría de órganos, solo le correspondería al resto de los trabajadores que no clasifican dentro de estos cargos (dirección o confianza), incluyendo a los obreros.

Memorando 04-00-692 del 15 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo en la Contraloría Municipal del municipio Juan Antonio Sotillo del estado Anzoátegui, toda vez que en fecha 27 de junio del año 2012, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral (INPSASEL-ANZOATEGUI), practicó una inspección para verificar "(...) si en la Contraloría Municipal del Municipio Juan Antonio Sotillo del estado Anzoátegui, se están cumpliendo las normas de seguridad establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de

Trabajo y su Reglamento, así como el impulso y gestión de la elección del Delegado o Delegada de prevención” y, en consecuencia, le conceden “(...) un plazo de 21 días hábiles a los fines de consignar respuesta en cuanto al proceso de elección del Delegado o los Delgados de prevención (...).”

Sobre el particular planteado, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

Como punto se tiene que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, en su artículo 87 dispone:

Artículo 87.

(Omissis)

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones. (Destacado propio)

En apego a la citada norma Constitucional, el legislador dictó la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo² (LOPCYMAT) que en el Título II correspondiente a la “*Organización del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Capítulo I “*Conformación del Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*” artículo 12, creó el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social como un ente de supervisión o inspección de empresas, establecimientos, explotaciones y faenas, con autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, de conformidad con el artículo 15 *eiusdem*, ente especializado en la prevención de riesgos y el análisis de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

Como se observa, la Institución cuenta con una estructura organizativa con un nivel operativo desconcentrado, conformado por las Direcciones Estadales de Salud de los Trabajadores (DIRESAT). Estas unidades se encargan de prestar atención directa al usuario, trabajador, trabajadora, empleador y empleadora, así como de prestar servi-

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 Extraordinario del 19 de febrero del año 2009

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.236 del 26 de julio del año 2005.

cio en cuanto a la evaluación de ambientes y condiciones de trabajo, investigación de accidentes, trámites para la certificación de servicios de salud ocupacional y la conformación de los Comités de Seguridad y Salud Laboral.

De ahí que, el referido ente tiene dentro de sus atribuciones la potestad de ejercer la vigilancia, supervisión e inspección en los establecimientos o entidades de trabajo, con la finalidad de velar porque se cumplan con las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salud en el trabajo, por parte de los patronos.

Así esta expresado en el numeral 6 del artículo 18, que establece:

Artículo 18. *El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales tendrá las siguientes competencias:*

(Omissis)

6. Ejercer las funciones de inspección de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, estableciendo los ordenamientos y plazos de cumplimiento en caso de violación de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias generales de las Unidades de Supervisión, adscritas a las Inspectorías del Trabajo. (Destacado propio)

De acuerdo con lo señalado, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), a través de la Dirección Estatal de Salud de los Trabajadores (DIRESAT-ANZOATEGUI), tiene la facultad para fiscalizar e inspeccionar las entidades de trabajo, a los fines de determinar si estos cumplen a cabalidad con las condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados para el ejercicio pleno de las facultades físicas y mentales de los trabajadores, independientemente de que las entidades de trabajo sean públicas o privadas, como lo estipula el artículo 4 de la precitada ley al disponer:

Del ámbito de aplicación

Artículo 4. *Las disposiciones de esta Ley son aplicables a los trabajos efectuados bajo relación de dependencia por cuenta de un empleador o empleadora, cualesquiera sea su naturaleza, el lugar donde se ejecute, persiga o no*

finés de lucro, sean públicos o privados existentes o que se establezcan en el territorio de la República, y en general toda prestación de servicios personales donde haya patronos o patronas y trabajadores o trabajadoras, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. Quedan expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley el trabajo a domicilio, doméstico y de conserjería.

(Omissis)

Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Ley, los miembros de la Fuerza Armada Nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Destacado propio)

Conforme a lo anteriormente expuesto, no queda duda de que las contralorías municipales o cualquier otro órgano o ente público está sujeto a la supervisión, inspección por parte del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) y al cumplimiento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) y su Reglamento. Toda vez que, la finalidad de esta Ley -se insiste- es garantizarle a los trabajadores condiciones y medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus facultades físicas y mentales dentro de la entidad de trabajo, que conlleve a realizar sus funciones de manera segura y saludable, sin distinción entre público o privado.

Ahora bien, en cuanto al proceso de elección del Delegado o los Delegados de Prevención el artículo 41 *eiusdem*, dispone lo siguiente:

De los delegados o delegadas de prevención.

Artículo 41. *En todo centro de trabajo, establecimiento o unidad de explotación de las diferentes empresas o de instituciones pública o privadas, los trabajadores y trabajadoras elegirán delegados o delegadas de prevención, que serán sus representantes ante el Comité de Seguridad y Salud Laboral, mediante los mecanismos democráticos*

establecidos en la presente Ley, su Reglamento y las convenciones colectivas de trabajo. (Destacado propio)

Por su parte, el Reglamento Parcial³ de la referida Ley en sus artículos 61 y 62 numeral 1 establecen:

Artículo 61. *La elección de los Delegados y Delegadas de Prevención debe fundamentarse en los principios democráticos de participación de los trabajadores y las trabajadoras, especialmente el de soberanía popular, contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. En consecuencia, los Delegados y Delegadas de Prevención deberán elegirse mediante votaciones libres, universales, directas y secretas.*

El patrono o la patrona se abstendrán de ejercer cualquier tipo de presión, coacción, intimidación o injerencia contra los trabajadores y las trabajadoras con el objeto de afectar su derecho a ser elegido libremente a los Delegados y Delegadas de Prevención. *En caso de incumplir este deber, se considerará que se ha obstaculizado las elecciones de los Delegados y Delegadas de Prevención, a los fines de imponer las sanciones a que hubiere lugar.*

Artículo 62. *A los fines de garantizar el derecho de participación protagónica de **los trabajadores y trabajadoras** en materia de seguridad y salud en el trabajo, el proceso de elección de los Delegados y Delegadas de Prevención, por las siguientes regulaciones mínimas:*

1. *Iniciativa para la convocatoria: **corresponde a los trabajadores y las trabajadoras, sus organizaciones o al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales la convocatoria a elecciones de los Delegados o Delegadas de Prevención.*** (Destacado propio)

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.596 del 03 de enero del año 2007.

De las disposiciones transcritas, se evidencia con diáfana claridad, que el proceso de elección de los Delegados de Prevención es una función **exclusiva de los trabajadores y trabajadoras**, como ejercicio de un derecho establecido en la Ley Orgánica *in commento* y su Reglamento. En consecuencia, el empleador o empleadora no tiene injerencia alguna en la realización del proceso antes mencionado, toda vez que, de la interpretación de los postulados de la Ley y su Reglamento, se infiere que la participación de estos en dicho proceso se limita solo a proporcionar los medios y el tiempo requerido para que los trabajadores puedan organizarse y llevar adelante la elección. Sin embargo, pueden impulsar el referido proceso.

No obstante las consideraciones precedentes, es preciso destacar respecto a los Órganos de Control Fiscal que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal señalados en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴, y en el caso particular de la Contraloría Municipal del municipio Juan Antonio Sotillo del estado Anzoátegui, se observa que la misma está conformada casi en su totalidad por trabajadores y trabajadoras que ocupan cargos de dirección y confianza, cuya actividad está orientada a las auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en los entes y organismos sujetos a su control, y la información que allí se maneja está tipificada con el carácter de confidencial y la minoría la conforman el resto del personal calificado como obrero. De allí que, la gran mayoría de estos trabajadores no puedan elegir ni ser elegidos Delegados o Delegadas de Prevención, tomando en consideración lo establecido en el artículo 57 del Reglamento Parcial de la referida Ley, que establece:

Artículo 57. *Todos los trabajadores y las trabajadoras que laboren en un centro de trabajo, establecimiento, faena o unidad de explotación de las diferentes empresas o de instituciones públicas o privadas podrán elegir y ser electos Delegados o Delegadas de Prevención **salvo**:*

1. *Los y las representantes del patrono o la patrona.*
2. **Los empleados y empleadas de dirección.**
3. **Los trabajadores y las trabajadoras de confianza.**

⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

4. *Las personas que tengan vínculos por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, ascendente o colateral, con el patrono o la patrona.*
5. *La persona que mantenga una unión estable de hecho con el patrono o patrona.*
6. *El amigo o amiga íntima del patrono o patrona.*
7. *La persona que mantenga amistad manifiesta con el patrono o la patrona. (Destacado y subrayado propio)*

De la norma transcrita, se desprende claramente que los trabajadores y trabajadoras que se desempeñen en cargos de dirección o de confianza, no podrán elegir ni ser elegidos como Delegados ante el Comité de Seguridad y Salud Laboral, de manera que la elección en esta categoría de órganos, solo le correspondería al resto de los trabajadores que no clasifican dentro de estos cargos (dirección o confianza), incluyendo a los obreros dando cumplimiento a lo establecido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y su Reglamento.

Ahora bien, respecto al lapso de 21 días otorgado por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL-ANZOATEGUI) a ese Órgano de Control Fiscal, es importante que se tome en consideración lo que establece el artículo 123:

Artículo 123. *El funcionario de inspección y supervisión competente en la materia, cuando las circunstancias así lo aconsejen y siempre que no pongan en peligro la integridad física o la salud de los trabajadores y las trabajadoras, podrá advertir y aconsejar al empleador o empleadora por una sola vez, en vez de iniciar un procedimiento sancionador. En estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la autoridad competente de dicho instituto.*

El funcionario fijará un plazo perentorio para el cumplimiento de las advertencias o recomendaciones, vencido éste se iniciará el proceso sancionatorio.
(Destacado propio)

Por otra parte, es importante destacar que el mencionado Instituto es el único órgano que posee la competencia para imponer sanciones

por el incumplimiento de la Ley en comento, en virtud de lo estipulado en el artículo 133, el cual dispone:

Artículo 133. *La competencia para sancionar las infracciones administrativas por incumplimiento de las normas previstas en esta Ley, corresponden al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales.*

Por las razones que anteceden y con la salvedad de la situación excepcional que se presenta para este tipo de elección en los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, se puede concluir que cualquier organización venezolana sea pública o privada, está en la obligación de cumplir las disposiciones de la precitada Ley, toda vez que la condición indispensable para su aplicación es que exista una relación de dependencia laboral entre uno o varios trabajadores con su patrono. En este sentido, todos los órganos o entes públicos quedan sujetos al cumplimiento de la Ley y su Reglamento, pues los funcionarios y las funcionarias de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal tienen el derecho de contar con un medio ambiente de trabajo que contenga las condiciones mínimas necesarias de seguridad, salud y bienestar, de modo que se sientan protegidos y así evitar en lo posible incidentes, accidentes y/o siniestros laborales.

Memorando 04-00-692 del 15 de noviembre del año 2012.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

PARTICIPACIÓN CIUDADANA: Presencia, participación y protagonismo de la mujer venezolana en la Gestión de Contraloría Social en la Gran Caracas.

En la Ley Orgánica de Contraloría Social se garantiza la participación activa y protagónica de mujeres y hombres en el ejercicio de la contraloría social, que de forma individual, colectiva y orgánica, pueden controlar el ejercicio de la gestión pública. De allí que, es importante la ejecución de estudios que permitan medir el grado de participación de la mujer tanto en el uso, control y beneficio de los bienes y servicios, así como de la toma de decisiones en la vida social, económica, política, cultural y familiar, es decir, verificar la igualdad de oportunidades de la mujer en las distintas situaciones y ámbitos de la sociedad.

Memorando 04-00-200 del 30 de marzo del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, sobre el documento *Presencia, participación y protagonismo de la mujer venezolana en la Gestión de Contraloría Social en la Gran Caracas.*

Una vez analizado el referido documento, esta Dirección General emite su opinión en los términos siguientes:

A partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹ y las Leyes nacionales en materia de corresponsabilidad y participación, la sociedad venezolana y los diferentes actores del ámbito político, económico, social y cultural adquieren herramientas para afianzar la participación ciudadana en el desarrollo de la experiencia organizada de las comunidades y la necesidad de involucrar al pueblo en la toma de decisiones, para encauzar los mecanismos institucionales en pro de la democracia participativa y protagónica.

En este sentido, la participación se encuentra directamente relacionada con las diferentes instancias organizativas y las actividades que cumple el Estado, en políticas de descentralización, planificación, desarrollo económico y social. Igualmente, desde la perspectiva de la sociedad, la participación se relaciona con los siguientes elementos: la corresponsabilidad, la solidaridad, la organización de las comunidades, la defensa y protección de los derechos humanos.

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

En este orden, y de acuerdo con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las mujeres son ciudadanas de deberes y derechos, creadoras y autónomas, imprescindibles para el pleno desarrollo de la sociedad. Por ello el Texto Fundamental establece principios de gran importancia para el desarrollo de una cultura de género, igualdad y equidad entre hombres y mujeres, de los cuales es preciso mencionar los siguientes: a) Reconocimiento de la existencia de diversas estructuras y organizaciones familiares para superar la visión unilateral de la sola existencia de la familia nuclear y se establece que las relaciones familiares se fundamentan en deberes e igualdad de derechos, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes (artículo 75); b) Protección a la maternidad y a la paternidad (artículo 76); c) Reconocimiento a las niñas, niños y las y los adolescentes como sujetos plenos de derechos (artículo 78); d) Igualdad ante la Ley de hombres y mujeres sin ningún tipo de discriminación (artículo 21); e) Derecho a la participación política protagónica, incorporando a las mujeres a los puestos de poder y de elección popular, en condiciones de igualdad (artículos 62 y 70); f) La responsabilidad del Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos a ancianos y ancianas (artículo 80); g) Reconocimiento a la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio y acceso al trabajo, el valor económico del trabajo doméstico y la seguridad social para las amas de casa, así como la protección material, moral e intelectual de las trabajadoras (artículos 88 y 89).

A tal efecto, se observa que el Texto Constitucional con fundamento en el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, así como en los principios de la participación protagónica y de la corresponsabilidad, establece las bases del marco jurídico que ampara la igualdad de género y los derechos de la mujer desde el preámbulo hasta las disposiciones finales. Adicionalmente, se debe señalar que el Estado social de Derecho se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático; de allí que, la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones, crea una nueva relación que en el ámbito de los derechos sociales, se desarrolla con el estrecho vínculo de solidaridad entre sociedad, familia, individuo y Estado, consagrado como el principio de corresponsabilidad.

En lo atinente a la normativa legal a través de la cual el Estado venezolano promueve la corresponsabilidad, la participación ciudadana e igualdad de género en todos los niveles del ámbito político, económico, social y cultural, se tiene: **Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer**², esta Ley regula el ejercicio de los derechos y garantías necesarias para lograr la igualdad de oportunidades para la mujer, es decir, la igualdad jurídica de la mujer para todos los actos y negocios jurídicos, igualdad de oportunidades de hombres y mujeres ante la Ley (artículo 4), igualdad de acceso a todos los empleos, cargos, ascensos, oportunidades y a idéntica remuneración por igual trabajo (artículo 11); **Ley Orgánica del Poder Popular**³, la cual instaaura el Poder Popular como el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo (artículo 2), cuyo Poder procura la igualdad de condiciones para todos y todas sin discriminaciones de ningún tipo (artículo 4); **Ley Orgánica de las Comunas**⁴, instrumento que establece el ejercicio del Poder Popular tanto para las mujeres y hombres dentro de las comunas como entidades locales (artículo 1), señala los principios y valores que rigen la comuna, entre ellos, la igualdad social y de género y la garantía de los derechos de la mujer (artículo 2), además refiere que dentro de las áreas que deben atender los comités de gestión de las comunas está el área de la mujer e igualdad de género (artículo 31); **Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia**⁵, esta Ley entre sus principios rectores dispone el fortalecimiento de las políticas públicas para la erradicación de la discriminación de género (artículo 2), a su vez señala dentro de los programas de prevención, la formación y capacitación en derechos humanos e igualdad de género a la sociedad en su conjunto (artículo 20) y establece como una de las atribuciones del Instituto Nacional de la Mujer, el deber de diseñar conjuntamente con los ministerios con competencia en materia de Educación, Deporte, de Educación Superior, de Salud, de Participación y Desarrollo Social, de Comunicación e Información, proyectos y programas de prevención y educación dirigidos a formar la igualdad, la equidad de género y la preparación para la vida familiar con derechos y obligaciones comparti-

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.398 Extraordinario del 26 de octubre del año 1999.

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre del año 2010.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre del año 2010.

5 **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.668 del 23 de abril del año 2007.**

das y, en general, la igualdad entre el hombre y la mujer en la sociedad (artículo 21); **Ley Orgánica de Contraloría Social**⁶, la cual define la contraloría social como el medio de participación y de corresponsabilidad de todos los ciudadanos y ciudadanas (artículo 1), respecto a los principios y valores socialistas que rigen el ejercicio del control social, contempla la garantía de los derechos de la mujer (artículo 6) y también prevé que en el ejercicio de la contraloría social todos y todas sus integrantes tendrán las mismas potestades (artículo 7).

Como se observa, bajo la premisa del Estado social de Derecho y los principios de corresponsabilidad y participación previstos en la Constitución Nacional y en las mencionadas leyes, se inspira el ejercicio de la contraloría social como un elemento fundamental de la sociedad, en el que la ciudadanía en forma amplia y masiva logra acceder y participar en todas las instancias del Poder Público, lo que implica el derecho a intervenir en la planificación, diseño, ejecución, evaluación y control de las políticas y gestión pública puestas en marcha por los distintos organismos del Estado.

Así pues, se garantiza en la Ley Orgánica de Contraloría Social, la participación activa y protagónica de mujeres y hombres en el ejercicio de la contraloría social, que de forma individual, colectiva y orgánica, pueden controlar el ejercicio de la gestión pública. De allí que, es importante la ejecución de estudios que permitan medir el grado de participación de la mujer tanto en el uso, control y beneficio de los bienes y servicios, así como de la toma de decisiones en la vida social, económica, política, cultural y familiar, es decir, verificar la igualdad de oportunidades de la mujer en las distintas situaciones y ámbitos de la sociedad.

Efectuadas las consideraciones anteriores, es oportuno referirse al documento sometido a consulta, el cual plantea la posibilidad de crear una consultoría para realizar el estudio de *“las características de mujeres y hombres incorporados regularmente a Consejos Comunales de la Gran Caracas, que permita disponer de información sobre las capacidades y oportunidades, que tienen las mujeres, para ejercer funciones de contraloría social sobre asuntos relacionados con sus necesidades e intereses en el marco del nuevo ordenamiento jurídico que existe en el*

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre del año 2010.

país, y particularmente para la vigilancia y exigibilidad de sus derechos” sobre dicha propuesta esta Dirección General considera:

En primer término, es preciso mencionar que el documento bajo análisis, en su título y contenido menciona la expresión “Gran Caracas” como el ámbito de aplicación de la consultoría, y para realizar el estudio planteado se recomienda delimitar esta expresión, puesto que comúnmente se conoce como “Gran Caracas” el Valle de Caracas con los municipios aledaños del Estado Miranda y Vargas⁷; o bien que se utilice la expresión “Área Metropolitana de Caracas” si la intención es abarcar los municipios Libertador, Baruta, El Hatillo, Sucre y Chacao.

En cuanto a la creación de la consultoría, se evidencia que tendrá un carácter temporal, pues el objetivo primordial de su constitución es solo realizar el estudio y análisis de la participación de la mujer en las gestiones de control social en la “Gran Caracas”, estudio que encuentra plena justificación con la necesidad de obtener información cuantitativa y cualitativa de la participación de la mujer, con el fin de generar soluciones pertinentes y acordes a la realidad social. En este sentido, se estima que este Máximo Órgano Contralor y la Defensoría del Pueblo deben evaluar si resulta más viable que el estudio se realice a través de las Oficinas de Atención al Ciudadano en coordinación con las contralorías sociales, toda vez que la consultoría será integrada por un grupo de expertos, que recibirán el pago mediante honorarios profesionales, costos que ineludiblemente deben contrastarse con la importancia del estudio y el fin perseguido con los resultados del mismo.

De no ser posible que el estudio se realice a través de las Oficinas de Atención al Ciudadano, se considera pertinente la creación de la consultoría, siempre que se tenga claro el objetivo perseguido con dicho estudio y se ejecuten las soluciones que los resultados determinen; pues debe existir un compromiso responsable para ejecutar consecuentemente las recomendaciones o propuestas que arroje el estudio y para el caso que se detecten deficiencias o fallas en la participación de las mujeres en las gestiones de control social en la “Gran Caracas”, es necesario promover la capacitación y asistencia que corresponda en esa materia. En otras palabras, más allá de la constitución de la consultoría y un

⁷ Municipio Libertador; Chacao, Baruta, Sucre y El Hatillo, las ciudades de Guarenas, Guatire, Los Teques, Carrizal, San Antonio de Los Altos, Charallave y Cúa (Estado Miranda); y Catia La Mar, Maiquetía, La Guaira, Macuto, Caraballeda, Naiguatá y Carayaca (Estado Vargas).

perfecto desarrollo del estudio, se debe hacer un efectivo y adecuado uso institucional y social de los resultados del estudio, en el marco de establecer planes de acción conducentes a lograr la participación igualitaria de la mujer en la gestión pública.

Respecto al objeto y alcance del estudio a realizar por la consultoría, se plantea el análisis de los consejos comunales de la “Gran Caracas” para determinar el nivel de participación de las mujeres en la integración, responsabilidades y toma de decisiones en estas instancias; en este caso se recomienda que el estudio abarque los aspectos siguientes: relación y comunicación entre las mujeres y hombres integrantes; capacitación y nivel de responsabilidad; organización y planificación de las funciones y proyectos; distribución e inversión de los recursos; apoyo de las instituciones del Estado y la participación ciudadana en la relación (Consejo Comunal-Estado) y (Consejo Comunal-Comunidad). Asimismo, es importante que se verifique si las funciones de control social en estos consejos comunales versan sobre: a) la supervisión de los proyectos de los consejos comunales, con base en la realidad y características propias de la comunidad, desde la elaboración hasta la efectiva ejecución de los mismos; b) la promoción para espacios de concertación y debate público; c) vigilancia de la transparencia en la gestión pública; d) establecimiento de exigencias públicas para la corrección de desviaciones detectadas y desarrollo de las capacidades de seguimiento para la cabal administración y ejecución de la gestión.

Este Máximo Órgano de Control Fiscal y la Defensoría del Pueblo como precursores de la propuesta, y cuyo objetivo fundamental del estudio es obtener resultados cuantitativos y cualitativos de la participación de las mujeres en las gestiones de control social en la “Gran Caracas”, es conveniente que estudien la posibilidad de ampliar esta iniciativa y hacerla extensiva al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral e incluir a las organizaciones que en materia de igualdad de género luchan por los derechos de las mujeres, toda vez que con el estudio se involucran materias de orden legal, económico, cultural y social.

En ese sentido, se considera importante que esta Institución Contralora evalúe la posibilidad de orientar los resultados obtenidos en la creación de manuales o normas, que desarrolle aspectos relacionados con la igualdad de género en materia de control social de los derechos,

por medio de una explicación comprensible sobre la perspectiva de género y orientación a los funcionarios y funcionarias públicos, así como a las organizaciones sociales y/o de mujeres, sobre la incorporación de la dimensión de género en las políticas, planes, programas y toma de decisiones.

Finalmente, esta Dirección General considera de notable importancia la propuesta analizada, toda vez que la Contraloría General de la República, además de regular la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora, fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública y actuar en coordinación con los ciudadanos como partes del Sistema Nacional de Control Fiscal. También debe en su compromiso por afianzar la participación de las mujeres en la funciones de control social; fortalecer el ejercicio de la contraloría social mediante la constante capacitación, formación, información y asistencia técnica de la ciudadanía; promoción de la comunicación y publicidad de las actividades de los contralores sociales (ciudadanas y ciudadanos) para la rendición de cuentas ante la comunidad, todo esto con el fin de lograr la efectiva participación y confianza de la comunidad en la funciones de control social.

Memorando 04-00-200 del 30 de marzo del año 2012.

PRESUPUESTO

PRESUPUESTO: Lapso para realizar la remisión de las modificaciones presupuestarias a la Asamblea Nacional y a la Oficina Nacional de Presupuesto.

Si bien es cierto que ambas disposiciones contemplan un lapso de cinco (5) días hábiles para efectuar la tramitación, no menos cierto es que en estos lapsos están previstos para cumplir obligaciones distintas, por una parte, la de remitir una relación de las modificaciones presupuestarias, y por la otra, la de notificar cada modificación presupuestaria autorizada por la máxima autoridad.

Memorando 04-00-205 del 02 de abril del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, respecto a los lapsos previstos en el artículo 4 de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2012 y 86 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario.

En ese sentido, se requiere conocer cuál es el lapso para remitir a la Asamblea Nacional y a la Oficina Nacional de Presupuesto (ONAPRE) las modificaciones presupuestarias, en razón de que el artículo 4 establece que es durante los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes y el artículo 86 dentro de los cinco (5) días hábiles de haber sido autorizadas.

Analizado el asunto sometido a consulta, esta Dirección General pasa a emitir su opinión en los términos siguientes:

El artículo 4 de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2012¹ señala lo siguiente:

Artículo 4. *El funcionario a quien compete la aprobación de trasposos de gastos corrientes para gastos de capital, ordenará su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con las instrucciones que a tal efecto dicte la Oficina Nacional de Presupuesto.*

Los ordenadores de compromisos y pagos de la República remitirán a la Asamblea Nacional, durante los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes, una relación de las modificaciones presupuestarias aprobadas por aquellos, o sus dependientes, en el mes anterior, señalando como mínimo la identificación

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.065 Extraordinario de fecha 19 de diciembre del año 2011.

del órgano, el proyecto o la acción centralizada, las partidas cedentes y receptoras y sus respectivos montos. En la misma oportunidad y forma, remitirán un ejemplar de la citada relación a la Oficina Nacional de Presupuesto, anexando copia de las modificaciones aprobadas (...).” (Destacado propio)

Por su parte, el artículo 86 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario², dispone:

Artículo 86. *Corresponde a las máximas autoridades de los órganos ordenadores de compromisos y pagos contemplados en el Título II de la Ley de Presupuesto, autorizar las modificaciones presupuestarias por fuentes de financiamiento, según se indica a continuación:*

1. *Los traspasos entre créditos presupuestarios de la misma acción específica de un mismo proyecto, de nuevos contratos para contratos vigentes o de contratos vigentes a nuevos contratos, siempre que no existan pagos pendientes debidamente certificados por la Dirección de Presupuesto y de Administración del organismo.*
2. *Los traspasos de créditos presupuestarios originales hasta un veinte por ciento (20%), de una acción específica a otra del mismo proyecto o categoría equivalentes a proyecto o acción centralizada, tanto del cedente como del receptor. En el caso de acciones específicas sujetas a coordinación con las entidades federales o con otros órganos o entes públicos, se requerirá la previa modificación del respectivo convenio. Se incluye en el porcentaje señalado en este numeral los traspasos entre gastos de capital y, de gasto corriente para gasto de capital, los cuales deberán mediante resolución del respectivo órgano que será publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, con indicación de las respectivas imputaciones presupuestarias. En las modificaciones debe tenerse presen-*

² Publicada en Gaceta Oficial N° 5.781 Extraordinario de fecha 12 de agosto del año 2005.

te lo señalado en los demás artículos sobre la materia. Cuando la suma del monto de los traspasos que afecten a una misma acción específica cedente o receptora supere el porcentaje de los créditos originales señalados en este numeral, deberán ser aprobados conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

3. *Los traspasos de créditos presupuestarios originales hasta un veinte por ciento (20%), entre partidas de una misma acción específica, de un mismo proyecto, o categoría equivalente a proyectos o acciones centralizadas, tanto de la partida cedente como de la receptora.*
4. *Los traspasos de créditos presupuestarios, entre subpartidas específicas y genéricas de una misma partida, de una acción específica de un mismo proyecto, o categoría equivalente a proyecto o acción centralizada. En el caso de las modificaciones debe tenerse presente lo señalado en los demás artículos sobre la materia.*

Estas modificaciones serán notificadas a la Oficina Nacional de Presupuesto dentro de los cinco (5) días hábiles de haber sido autorizadas. (Destacado propio)

Al interpretar el contenido de las normas transcritas, se observa que la disposición legal impone a los ordenadores de compromisos y pagos de la República, la obligación de remitir a la Asamblea Nacional y a la Oficina Nacional de Presupuesto, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos, una relación de todas las modificaciones presupuestarias aprobadas durante el mes inmediatamente anterior, remisión que debe efectuarse durante los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes; y la norma reglamentaria está referida a la obligación de notificar solo a la Oficina Nacional de Presupuesto cada modificación presupuestaria autorizada por la máxima autoridad, durante los cinco (5) días hábiles posteriores a su autorización.

En este sentido, si bien es cierto que ambas disposiciones contemplan un lapso cinco (5) días hábiles para efectuar la tramitación, no menos cierto es, que esos lapsos están previstos para cumplir obligaciones distintas, por una parte, la de remitir una relación de las modificaciones

presupuestarias, y por la otra, la de notificar cada modificación presupuestaria autorizada por la máxima autoridad.

Siendo así, la Dirección consultante está en la obligación de dar estricto cumplimiento a ambas disposiciones, toda vez que regulan situaciones distintas, remitiendo la relación de las modificaciones presupuestarias aprobadas mensualmente a la Asamblea Nacional y a la Oficina Nacional de Presupuesto, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes y notificar a la ONAPRE cada vez que la máxima autoridad apruebe una modificación presupuestaria, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su autorización.

Memorando 04-00-205 del 02 de abril del año 2012.

**REGISTRO DE AUDITORES,
CONSULTORES Y PROFESIONALES
INDEPENDIENTES EN MATERIA
DE CONTROL**

REGISTRO DE AUDITORES, CONSULTORES Y PROFESIONALES INDEPENDIENTES EN MATERIA DE CONTROL: Contrataciones reguladas por el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, dictado por este Organismo Contralor.

Solo las contrataciones celebradas por los órganos y entidades del sector público para apoyar sus funciones de control fiscal o control interno, están sujetas al cumplimiento del requisito de inscripción en el Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, llevado por este Organismo Contralor, de la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar.

Oficio N° 03-01-01-091 del 26 de marzo del año 2012.

Se solicita opinión respecto a las contrataciones reguladas por el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, dictado por este Organismo Contralor.

Sobre el particular consultado, se emite opinión en los términos siguientes:

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, establece en el Parágrafo Único de su artículo 43, que:

(...) los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades a los que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la mencionada Ley Orgánica, podrán ejercer sus facultades de control apoyándose en los informes, dictámenes y estudios técnicos emitidos por auditores, consultores y profesionales independientes, calificados y registrados por la Contraloría General de la República, con sujeción a la normativa que al respecto dicte esta última.

En desarrollo de la disposición legal antes transcrita, la Contralora General de la República (E), en ejercicio de las atribuciones conferidas en

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, mediante Resolución N° 01-00-000163 de fecha 04 de agosto de 2011, dictó el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control², cuyo objeto es regular el registro, calificación, selección y contratación de auditores, consultores, profesionales independientes y firmas de auditores que coadyuvarán con los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades del sector público, en el ejercicio de *sus funciones de control*, mediante la elaboración de informes, dictámenes y estudios técnicos, según lo prevé el artículo 1 *eiusdem*.

Como puede apreciarse, el referido Reglamento ha sido dictado con la finalidad de que las personas naturales y jurídicas que apoyarán las *funciones de control* de los sujetos a que se refiere la disposición normativa *supra* mencionada, hayan sido certificados por la Contraloría General de la República, previa verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos de profesionalización, capacitación o experiencia laboral o docente; lo cual contribuye a garantizar la idoneidad y capacidad de quienes prestan sus servicios profesionales con la finalidad de apoyar tan importantes labores y coadyuvar, de este modo, al fortalecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal, que comprende, entre otros, la coordinación en el ejercicio del control interno y del control externo en las organizaciones públicas, cuya rectoría corresponde ejercer a este Organismo Contralor.

Ahora bien, en cuanto a las funciones de control a las que aluden los dispositivos legales y reglamentarios en comento, es preciso aclarar que estas no pueden ser otras que aquellas que corresponde realizar a los sujetos a que se refiere el citado artículo 43, las cuales han sido previstas y definidas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el control fiscal, comporta el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos y su ejercicio está atribuido a los órganos que expresamente prevé la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 26, a saber: *-Contraloría General de la República, Contralorías Estadales, Municipi-*

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.729 del 05 de agosto del año 2011.

pales, Distritales y Distritos Metropolitanos, Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y unidades de auditoría interna-, por su parte el control interno, comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos, adoptados dentro de un ente u organismo del sector público, 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, cuya implantación, fortalecimiento y vigilancia, es responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas de esos órganos y entidades; a tenor de lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica en comentario y artículo 134 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³; labor en la cual debe coadyuvar la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna como órgano encargado de la supervisión, orientación y coordinación del control interno y la auditoría interna en los organismos que integran el Poder Ejecutivo Nacional y sus entes descentralizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 137 *eiusdem*.

Por consiguiente, estarán sujetos al cumplimiento del requisito de inscripción en el Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, llevado por esta Máxima Entidad Fiscalizadora, las personas naturales o jurídicas que pretendan celebrar contratos con las instituciones públicas *-independientemente de su monto* -con la finalidad de prestar sus servicios profesionales para apoyar sus funciones de control fiscal, tales como las relacionadas con la práctica de auditorías o cualquier tipo de actuación de control, así con actividades vinculadas con los procedimientos investigativos y sancionatorios que corresponde realizar a los órganos de control fiscal.

Igualmente, estarán sujetas al cumplimiento del mencionado requisito de inscripción ante este Registro, las contrataciones realizadas con la finalidad de apoyar las funciones de control interno, como serían las vinculadas con las áreas de adquisiciones, contrataciones, presupuesto, contabilidad, finanzas; diseño, implantación o evaluación del sistema de control interno; o las que pretendan realizar en materia de recursos humanos, con el objeto de apoyar el control interno administrativo de esa

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.741 del 23 de agosto de 2011.

área, tales como las vinculadas con nóminas, cálculos de prestaciones sociales u otras relacionadas con la ordenación de pagos.

Adicionalmente, es preciso mencionar que las referidas contrataciones se regirán por lo dispuesto en el mencionado instrumento reglamentario y las Normas para la Ejecución de los Trabajos y Presentación de Resultados por Auditores, Consultores, Profesionales Independientes y Firmas de Auditores que Presten sus Servicios en Materia de Control⁴, *siempre que las mismas se realicen bajo la modalidad de honorarios profesionales*, por lo que quedarían excluidas aquellas contrataciones tuteladas por la Ley Orgánica del Trabajo⁵.

En tal sentido, es preciso tener presente que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo su continuada dependencia o subordinación y mediante remuneración. Sus elementos esenciales son el ejercicio de una actividad personal por parte del trabajador, de manera continuada y bajo subordinación o dependencia del trabajador respecto a su empleador, a cambio de la cual recibe un salario como retribución del servicio.

Para que este contrato se configure, se requiere la existencia de una prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral que supone la potestad del empleador de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada y la percepción de una remuneración denominada salario como contraprestación del mismo y que a la luz de las previsiones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública⁶, solo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

Por su parte, el contrato por honorarios profesionales se caracteriza como una convención en virtud de la cual una parte (persona natural o jurídica) se encuentra obligada a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otro, el que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por esos servicios, denominada honorarios. La denominación de contrato de honorarios profesionales, es una

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.827 del 23 de diciembre del año 2011.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.024 Extraordinario del 06 de mayo del año 2011.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre del año 2002.

expresión genérica que se utiliza para designar aquél contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero donde, efectivamente, hay prestación de servicios, porque a cargo del contratista pesa una obligación de hacer, que implica la ejecución de labores en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional en determinada materia, actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica.

Este tipo de contratos están pensados 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 para la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas en el contrato.

En ese orden de ideas, del análisis comparativo de estas dos modalidades contractuales se obtiene que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles que se hacen inconfundibles desde el punto de vista de los fines perseguidos, la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, elementos como el de subordinación o dependencia determinan la diferencia del contrato laboral con el de honorarios profesionales, pues en el plano legal debe entenderse que el que celebra un contrato de honorarios profesionales no puede tener frente al ente contratante sino la condición de contratista independiente, para quien la remuneración percibida no tiene la naturaleza de un salario debido a que el concepto de honorarios se opone al de salario.

Así las cosas, los contratos por honorarios profesionales no pueden considerarse como contratos que constituyan una relación de carácter laboral tutelada por la Ley Orgánica del Trabajo, puesto que no se configuran los supuestos para su existencia, que implican el goce de los beneficios establecidos en dicha Ley. De allí que, quienes presten sus servicios profesionales en los órganos y entes del sector público, en calidad de contratados, se registrarán por lo establecido en la precitada Ley Orgánica, no estando sujetos a las disposiciones legales y sublegales que regulan el Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control.

En atención a las consideraciones precedentemente expuestas se concluye, que solo las contrataciones celebradas por los órganos y entidades del sector público *para apoyar sus funciones de control fiscal o*

interno, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *realizadas bajo la modalidad de honorarios profesionales*, están sujetas al cumplimiento del requisito de inscripción en el Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, llevado por este Organismo Contralor, de la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar.

En los términos expuestos, queda expuesta la opinión de esta Dirección General sobre el particular consultado.

Oficio N° 03-01-01-091 del 26 de marzo del año 2012.

REGISTRO DE AUDITORES, CONSULTORES Y PROFESIONALES INDEPENDIENTES EN MATERIA DE CONTROL: Posibilidad de que mediante Resolución o Acto Administrativo, se autorice a un particular para laborar como profesional independiente en inspecciones de obras.

El Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control prevé una serie de prohibiciones para quienes pretendan contratar la prestación de servicios profesionales en materia de control, entre las cuales se encuentra, que el auditor o profesional independiente se haya desempeñado durante los dos (2) años anteriores a la fecha de celebración del respectivo contrato, como funcionario o empleado de órganos de control fiscal y en tal carácter hubiere intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el organismo o entidad contratante, ello a los fines de desarrollar el precepto constitucional, según el cual los funcionarios públicos están al servicio del Estado -y por ende de los ciudadanos- y no de parcialidad alguna, así como fortalecer la ética pública y la moral administrativa, que entre otros aspectos implica la preeminencia de los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular.

Oficio N° 01-00-000401 del 28 de junio del año 2012.

Se solicita sea evaluada la posibilidad de que mediante Resolución o Acto Administrativo, se autorice a un particular para laborar como profesional independiente en inspecciones de obras, como asesor o auditor en materia de control fiscal, en cualquier institución pública de un estado, toda vez que se desempeñó como Director de Control Posterior de un órgano de control fiscal estatal hasta el 25 de agosto del año 2011; asimismo requiere que se realice un llamado de atención a dicho órgano estatal, puesto que, según se expresa en la consulta, al haberle informado al Ejecutivo Regional sobre la prohibición prevista en el Reglamento para el Registro, para contratar a aquellos profesionales quienes durante los dos (2) años anteriores a la fecha de celebración del respectivo contrato, se hubieren desempeñado como funcionarios o empleados de órganos de control fiscal y en tal carácter hayan intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el organismo o entidad contratante, actuó de manera desproporcionada, en virtud de que no consideró la *vacatio legis* prevista en el citado cuerpo normativo.

Analizado el planteamiento formulado, se tiene a bien señalar que la Ley Orgánica de la General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, establece en el Parágrafo Único de su artículo 43, que:

(...) los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades a los que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la mencionada Ley Orgánica, podrán ejercer sus facultades de control apoyándose en los informes, dictámenes y estudios técnicos emitidos por auditores, consultores y profesionales independientes, calificados y registrados por la Contraloría General de la República, con sujeción a la normativa que al respecto dicte esta última.

Desarrollando la disposición normativa antes transcrita, mediante Resolución N° 01-00-000163 de fecha 04 de agosto del año 2011, se dictó el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control², el cual tiene por objeto regular el registro, calificación, selección y contratación de auditores, consultores, profesionales independientes y firmas de auditores que coadyuvarán con los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades del sector público, en el ejercicio de sus funciones de control, mediante la elaboración de informes, dictámenes y estudios técnicos.

Cabe señalar, que el texto reglamentario en comento entró en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que los auditores, consultores, profesionales independientes o firmas de auditores en materia de control debían comenzar a tramitar sus solicitudes de inscripción por ante la Oficina de Registro a partir del 01 de septiembre del año 2011, tal como lo dispone el artículo 37 del citado Reglamento. Ahora bien, en cuanto a la previsión contenida en el artículo 38 *eiusdem*, según la cual a partir del 01 de enero del año 2012, solo podrán contratarse los servicios profesionales de auditores, consultores y profesionales independientes en materia de control, vale acotar que dicha disposición se consideró,

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° N° 39.827 del 23 de diciembre del año 2011.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.729 del 05 de agosto del año 2011.

en virtud del principio de anualidad presupuestaria, conforme al cual este debe formularse y ejecutarse en el mismo ejercicio económico financiero, el cual comenzará el primero de enero y terminará el treinta y uno (31) de diciembre de cada año; por lo que cada compromiso deberá afectar al ejercicio presupuestario en el cual se adquieran válidamente.

Por otra parte, el Registro en referencia ha sido creado con la finalidad de que las personas naturales y jurídicas, que apoyarán las funciones de control de los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades del sector público, hayan sido certificados por la Contraloría General de la República, previa verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos de profesionalización, capacitación o experiencia laboral o docente establecidos en el Reglamento del Registro, ello como un mecanismo previsto para contribuir a garantizar la idoneidad y capacidad de quienes prestan sus servicios profesionales con la finalidad de apoyar tan importantes labores y coadyuvar, de este modo, al fortalecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal, que comprende, entre otros, la coordinación en el ejercicio del control interno y del control externo en las organizaciones públicas, cuya rectoría corresponde a este Máximo Órgano de Control.

Igualmente, el citado Reglamento prevé en el artículo 25, una serie de prohibiciones para quienes pretendan contratar la prestación de servicios profesionales en materia de control, entre las cuales se encuentra, que el auditor o profesional independiente se haya desempeñado durante los 2 años anteriores a la fecha de celebración del respectivo contrato, como funcionario o empleado de órganos de control fiscal y en tal carácter hubiere intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el organismo o entidad contratante.

Cabe aclarar que tal prohibición se consideró, a los fines de desarrollar el precepto constitucional, según el cual los funcionarios públicos están al servicio del Estado -y por ende de los ciudadanos- y no de parcialidad alguna, así como fortalecer la ética pública y la moral administrativa, que entre otros aspectos implica la preeminencia de los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular.

Sobre esa base, el objetivo perseguido con tal prohibición fue evitar conflictos de interés, así como que la labor del auditor o profesional

independiente pudiera verse comprometida en virtud de opiniones o resultados de auditorías previamente realizadas con ocasión de los trabajos ejecutados como auditor, supervisor, jefe o director del órgano de control fiscal y que en consecuencia, pudieran empañar su labor, su desempeño profesional e inclusive su reputación desde el punto de vista técnico, por lo que en modo alguno coloca a los solicitantes en un contexto desfavorable o de perjuicio y menos aún puede considerarse como discriminatoria, toda vez que tal limitación se circunscribe “exclusivamente” a aquellos entes u organismos en los que hubiere practicado actuaciones de control, durante los dos (2) años anteriores a la fecha de la celebración del respectivo contrato, por lo que no se constituye en una prohibición absoluta de prestar los aludidos servicios profesionales que puede entenderse como una limitación al ejercicio de la respectiva profesión.

Con fundamento en lo expuesto y del análisis realizado a su expediente del consultante, se observó, que el interesado se desempeñó como funcionario de un órgano de control estatal desde el 02 de abril del año 2001 hasta el 18 de julio del año 2011 y específicamente en el cargo de Director de Control Posterior de la Administración Estatal desde el 01 de diciembre del año 2009 hasta el 18 de julio del año 2011, correspondiéndole efectuar inspecciones, fiscalizaciones, realizar estudios, auditorías de cualquier naturaleza y en general, ejercer el control en los órganos y entidades a las que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal y sobre las personas naturales o jurídicas sujetas a su control, teniendo atribuida la facultad para decidir sobre dichos asuntos, de conformidad con lo previsto en la respectiva Resolución Organizativa, que regula lo relativo al funcionamiento y competencia de la Dirección de Control Posterior de la Administración Estatal del órgano de control estatal donde el consultante prestó sus servicios.

En consecuencia puede afirmarse, que se encuentra incurso en uno de los supuestos de prohibición de contratar, previsto en el Reglamento del Registro, conforme al cual no podrá celebrar contratos para la prestación de servicios profesionales, bien como persona natural, en calidad de auditor o profesional independiente, o en representación de personas jurídicas como firmas de auditores o consultores en materia de control, con aquellos entes u organismos en los cuales durante los dos (2) años anteriores a la fecha de celebración del respectivo contrato,

se hubiere desempeñado como funcionario o empleado de órganos de control fiscal y en tal carácter hubiere intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el organismo o entidad contratante.

En otro orden de ideas, respecto al otro planeamiento contenido en la solicitud, es menester aclarar que el artículo 35 del Reglamento del Registro, referido por el consultante, consagra que las situaciones no previstas y las dudas que se suscitaren en su aplicación, serán resueltas por el Contralor General de la República; por tal razón el requerimiento formulado, va más allá de lo dispuesto en la norma *in commento*, toda vez que la situación está prevista entre las prohibiciones de contratar, y por el contrario requiere que mediante acto administrativo sea autorizado para laborar como profesional independiente en cualquier institución pública del Estado. Al respecto, cabe traer a colación el principio de jerarquía de los actos administrativos, según el cual ningún acto podrá violar, modificar o derogar lo establecido en otro de superior jerarquía, ni los de carácter particular vulnerar lo previsto en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por igual autoridad a la que dictó el instrumento normativo, por cuanto acarrearía una violación del principio de legalidad.

En consecuencia, el Reglamento del Registro debe aplicarse con carácter preferente frente a cualquier acto administrativo, por considerarse de superior jerarquía, en tal razón no resulta procedente la petición realizada.

Finalmente, en relación con el llamado de atención hacia el órgano de control estatal, es importante resaltar que la opinión expresada por ese Organismo, se adecuó a las previsiones contenidas en el Reglamento del Registro y fue emitida en el ejercicio de la función de control preventivo que le compete ejercer.

Oficio N° 01-00-000401 del 28 de junio del año 2012.

REGISTRO DE AUDITORES, CONSULTORES Y PROFESIONALES INDEPENDIENTES EN MATERIA DE CONTROL: Necesidad o no de exigirle a los profesionales independientes que deseen suscribir contrato como ingeniero inspector de obras en un ente público, la Certificación de Inscripción y Calificación emanada del Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control.

El Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, ha sido creado con la finalidad de que las personas naturales y jurídicas que apoyen las funciones de control, hayan sido certificados por la Contraloría General de la República, previa verificación del cumplimiento de unos requisitos mínimos de profesionalización, capacitación o experiencia laboral o docente.

Oficio N° 03-01-01-186 del 07 de noviembre del año 2012.

Se solicita pronunciamiento en cuanto a si es necesario exigirle a los profesionales independientes que deseen suscribir contrato como ingeniero inspector de obras en una Gobernación, la Certificación de Inscripción y Calificación emanada del Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control.

Sobre el particular sometido a consideración, luego del análisis realizado se emite opinión en los términos siguientes:

La Ley Orgánica de la General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹, establece en el Parágrafo Único de su artículo 43, que:

(...) los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades a los que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la mencionada Ley Orgánica, podrán ejercer sus facultades de control apoyándose en los informes, dictámenes y estudios técnicos emitidos por auditores, consultores y profesionales independientes, calificados y registrados por la Contraloría General de la República, con sujeción a la normativa que al respecto dicte esta última.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre del año 2010.

En desarrollo de la disposición normativa antes transcrita, la Contralora General de la República (E), en ejercicio de las atribuciones conferidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, mediante Resolución N° 01-00-000163 de fecha 04 de agosto del año 2011, dictó el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control², el cual tiene por objeto según lo prevé en su Artículo 1:

(...) regular el registro, calificación, selección y contratación de auditores, consultores, profesionales independientes y firmas de auditores que coadyuvarán con los órganos de control fiscal, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entidades del sector público, en el ejercicio de sus funciones de control, mediante la elaboración de informes, dictámenes y estudios técnicos.

Como puede apreciarse, el referido Registro ha sido creado con la finalidad de que las personas naturales y jurídicas que apoyarán las *funciones de control* de los sujetos a que se refieren las disposiciones normativas *supra* transcritas, hayan sido certificados por la Contraloría General de la República, previa verificación del cumplimiento de unos requisitos mínimos de profesionalización, capacitación o experiencia laboral o docente; ello como un mecanismo previsto para contribuir a garantizar la idoneidad y capacidad de quienes prestan sus servicios profesionales con la finalidad de apoyar tan importantes labores y contribuir, de este modo, al fortalecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal, que comprende, entre otros, la coordinación en el ejercicio del control interno y del control externo en las organizaciones públicas, cuya rectoría corresponde ejercer a este Organismo Contralor.

Ahora bien, en cuanto a las funciones de control a las que aluden los dispositivos legales y reglamentarios en comentario, es preciso aclarar que estas no pueden ser otras que aquellas que corresponde realizar a los sujetos a que se refiere el citado artículo 43, las cuales han sido previstas y definidas por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, se entiendo por control fiscal, la vigilancia y fiscalización de los ingresos,

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.729 del 05 de agosto del año 2011.

gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, ejercido por los órganos que expresamente prevé la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 26, a saber “(...) *Contraloría General de la República, Contralorías Estadales, Municipales, Distritales y Distritos Metropolitanos, Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, unidades de auditoría interna (...)*”.

Por su parte, el control interno comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos, adoptados dentro de un ente u organismo del sector público, 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, cuya implantación, fortalecimiento y vigilancia, es responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas de dichos órganos y entidades; de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la precitada Ley Orgánica y en concordancia con el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³; labor en la cual debe coadyuvar la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna como órgano encargado de la supervisión, orientación y coordinación del control interno y la auditoría interna en los organismos que integran el Poder Ejecutivo Nacional y sus entes descentralizados, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 137 *eiusdem*.

De las consideraciones precedentemente expuestas se concluye, que sólo las contrataciones celebradas por los órganos y entidades del sector público para apoyar sus funciones de control fiscal o interno, según corresponda, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, están sujetas al cumplimiento del requisito de inscripción en el Registro de Auditores, Consultores y Profesionales Independientes en Materia de Control, llevado por esta Máxima Entidad Fiscalizadora, de la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio del año 2012.

Por consiguiente, en el caso concreto sometido a nuestra consideración, los ingenieros inspectores de obras NO REQUIEREN de la inscripción en el Registro y por ende, no están sujetos al requisito de contar con un certificado de inscripción y calificación emanado de este Organismo Contralor, toda vez que dichas actividades no están vinculadas con CONTROL FISCAL o CONTROL INTERNO del sector público.

Oficio N° 03-01-01-186 del 07 de noviembre del año 2012.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Procedencia de prorrogar el período de la comisión de servicio, así como las implicaciones de hecho y derecho que de ello se deriven.

Corresponde al Órgano de Control Fiscal Interno determinar, en salvaguarda del patrimonio público, si la disminución de personal dadas las comisiones de servicio que se encuentran en otros organismos del sector público, ha incidido de manera negativa en la conformación y logro de los objetivos y metas del ente u órgano sujeto a su control a los fines de decidir el inicio de los procedimientos a que hubiere lugar, toda vez que el control interno está diseñado para enfrentarse a los riesgos y para dar seguridad razonable de que en la consecución de la misión de la entidad se alcanzarán objetivos generales tales como asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público, promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas.

Memorando 04-00-659 del 01 de noviembre del año 2012.

Se solicita opinión de esta Dirección General, a los fines de responder la solicitud de opinión formulada por el Consultor Jurídico del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (FOGADE), sobre la procedencia de prorrogar el período de la comisión de servicios, así como las implicaciones de hecho y de derecho que de las mismas se deriven.

Sobre el particular, se informa que esta Dirección a través del Memorando N° 04-00-438 del 9 de julio del año 2008¹, emitió criterio para responder una situación similar en los términos siguientes:

“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 forma se encuentra prevista en los artículos 71 y 72 de la Ley de Estatuto de la Función Pública cuando establecen:

‘Artículo 71. *La comisión de servicio será la situación administrativa de carácter temporal por la cual se enco-*

1 Publicado en el libro de Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, Tomo XX, años 2007-2008, págs. 411 a 416.

mienda 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.

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 vigente, establece que las comisiones de servicio las ordena la máxima autoridad del organismo donde presta servicio el funcionario y el artículo 74 eiusdem, consagra respecto a la duración de las comisiones de servicio **que éstas no podrá exceder de doce meses** y que en caso de ausencia temporal, la comisión podrá ordenarse por el término de aquélla y se le pagará al comisionado la diferencia entre la remuneración de su cargo y la del cargo que va a suplir, si se trate de la vacancia definitiva la comisión no podrá exceder de tres meses.*

En ese sentido, es importante señalar que en el caso planteado, las comisiones de servicio presuntamente habrían excedido el límite de tiempo previsto en la normativa señalada, sin embargo, esta situación debe ser examinada a los fines de precisar si dicho incumplimiento constituye o no un hecho susceptible de generar responsabilidad administrativa a la luz de lo establecido en el numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En este orden de ideas el dispositivo en comentario dispone lo siguiente:

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

(...)

29. cualquier otro acto, hecho u omisión contrario 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.'

Sobre el alcance y aplicación de la norma transcrita, este Organismo Contralor ha expresado, que dicho supuesto se circunscribe o limita a aquellas actuaciones que resulten contrarias a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas normativas internas, los manuales de sistemas y procedimientos, dictados **dentro del ámbito del control interno.**

Coincidente con la opinión de este Organismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 30 de marzo de 2004, sostuvo lo siguiente:

(...) por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno, el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas. Por lo cual el numeral 29 del referido artículo 91, no resulta ambiguo, ya que de la redacción del legislador se desprende que **no está referido a un número ilimitado de actos hechos u omisiones, sino que se circunscribe o limita a aquellas actuaciones que resulten contrarias a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas normativas internas, los manuales de sistemas y procedimientos dictados dentro del ámbito del control interno con el propósito de salvaguardar el patrimonio público y procurar la eficacia y legalidad**

de los procesos y operaciones institucionales. *Así las cosas, estima la Sala que el numeral 29 del artículo 91 de la normativa impugnada, se ajusta a las tendencias más recientes que ha asumido la doctrina respecto al principio de la legalidad de las penas y las infracciones, por cuanto el ilícito administrativo que da lugar a la responsabilidad ha sido especificado por el legislador de manera clara y cierta, con lo que se logra que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción, y por la otra que no quede a la discrecionalidad de la autoridad contralora de que se trate la determinación arbitraria de la correspondiente figura delictual y la potestad irrestricta para imponer sanciones. En realidad lo que se sanciona es la violación de normas, así como de formas de proceder establecidos, como son las que recogen los manuales de sistemas y procedimientos.”*
(Destacado propio)

De manera que es oportuno indicar que esta responsabilidad a que alude el artículo 91 numeral 29 de la Ley, se conoce en la doctrina como responsabilidad administrativa strictu sensu, pues abarca un ámbito limitado como son las infracciones de la normativa relacionada con el control interno dirigidas a salvaguardar el patrimonio público. De manera que haciendo una interpretación restrictiva del citado numeral, la declaratoria de responsabilidad administrativa no sería posible por el incumplimiento de cualquier normativa de rango legal o sublegal.

Ciertamente, el incumplimiento previsto en el mencionado numeral tiene que estar vinculado con la normativa relacionada con el control interno, que en los términos del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es un sistema que comprende los planes de la organización, las políticas y los métodos dictados por el órgano o ente de que se trate con la finalidad de salvaguardar los recursos públicos, verificar la exactitud y veracidad de la información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad de sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas, así como el cumplimiento de la misión,

objetivos y metas del organismo o entidad, siendo responsabilidad de las máximas autoridades jerárquicas de cada ente organizar, establecer, mantener y evaluar dicho sistema de control interno el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización.

En ese orden de ideas, como señala el consultante, en el Manual de Procedimiento de “Traslado y Comisiones de Servicio” vigente desde 1997, de ese Fondo al igual que los Estatutos Internos, contienen los mismos requisitos establecidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, ut supra citados, para la tramitación y aprobación de las comisiones de servicio, así como los responsables de tales trámites, por ende, las comisiones de servicio que exceden del tiempo y condiciones allí establecidos contradicen la normativa interna en comentario.

No obstante, corresponde al Órgano de Control Fiscal Interno, determinar en salvaguarda del patrimonio público si la disminución del personal dadas las comisiones de servicio que se encuentran en otros organismos del sector público, han incidido de manera negativa en la conformación y logro de los objetivos y metas del ente u órgano sujeto a su control a los fines de decidir el inicio de los procedimientos a que hubiere lugar, toda vez que el control interno está diseñado para enfrentarse a los riesgos y para dar seguridad razonable de que en la consecución de la misión de la entidad se alcanzarán objetivos generales tales como asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público, promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas.

De manera que esta responsabilidad a que alude el artículo 91 numeral 29, de la Ley, se conoce en la doctrina como responsabilidad administrativa strictu sensu, pues abarca un ámbito limitado como son las infracciones de la normativa relacionada con el control interno que estén dirigidas a salvaguardar el patrimonio público. En ese sentido y como resultado de una interpretación restrictiva no sería posible la declaratoria de responsabilidad

administrativa sólo por el incumplimiento de cualquier normativa legal o sublegal, en este caso particular de carácter funcional como es la relacionada con la comisión de servicio, figura administrativa que obedece a razones de servicio que hace necesario el movimiento de personal dentro o fuera del organismo respectivo.

De manera que, si de la actuación practicada se determinase que la disminución de personal derivadas del reiterado incumplimiento de la normativa en comentario incide a su vez en la operatividad, el Órgano de Control Fiscal Interno puede disponer el ejercicio de las competencias que la Ley le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

Por último, respecto al planteamiento en torno a la posibilidad de remitir las actuaciones al Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es oportuno indicar que dicho artículo establece:

‘La omisión, retardo, negligencia o imprudencia de los titulares de las oficinas de recursos humanos en adoptar las medidas que les hubiere prescrito el Ministerio de Planificación y Desarrollo, o el órgano encargado de la planificación y desarrollo en el respectivo estado o municipio, será causal de remoción de la función pública, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones civiles y penales a las que hubiere lugar.’

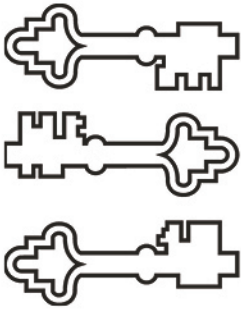
Como puede apreciarse, la norma en comentario no hace referencia al incumplimiento de las observaciones y/o recomendaciones derivadas de las actuaciones de los órganos de control fiscal interno, sino a la omisión, retardo, negligencia o imprudencia de los titulares de las oficinas de recursos humanos, directrices formuladas por el Ministerio de Planificación y Desarrollo como organismo responsable de la planificación del desarrollo de la función pública en los órganos de la Administración Pública Nacional, enmarcadas en el rol que cumplen las dependencias de Recurso Humanos en adoptar las medidas que le hubiere prescrito el citado Ministerio, toda vez que una de las atribuciones de la oficina de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, es la de actuar como enlace entre el órgano o ente respectivo y el Ministerio de Planificación y Desa-

rollo, organismo responsable de la planificación del desarrollo de la función pública en tales órganos.

La norma implica el desconocimiento de las directrices formuladas por el Ministerio, enmarcadas en el rol que cumplen las dependencias de Recursos Humanos como enlace, en los términos descritos en la precitada ley; por su parte, las remisiones que efectúan los órganos de control fiscal internos al Ministerio Público, se realizan en ejecución de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la Ley Contra la Corrupción, de acuerdo con el caso y en los supuestos allí previstos.”

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

Memorando 04-00-659 del 01 de noviembre del año 2012.





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

CONTRALORES SOMOS TODOS