

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

# **DICTÁMENES**

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

**2007-2008**

---

**N° XX**

***EDICIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA***

**DICTÁMENES** es una publicación  
**de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela**  
Dirección de Comunicación Corporativa  
piso PH1, edificio de la Contraloría General de la República,  
Avenida Andrés Bello, sector Guaicaipuro, Caracas 1050 - Venezuela.  
**Teléfonos:** 508-3209 **Fax:** 508-3862  
**Correo electrónico:** [dircc@cgr.gob.ve](mailto:dircc@cgr.gob.ve)  
**Diagramación:** Guillermo Díaz Torres  
**Diseño de portada:** Guillermo Díaz Torres  
**Corrección de prueba y estilo:** Dirección de Información y Cooperación Técnica  
**Depósito Legal:** PPO 196308DF15  
**ISBN:** 980-6151-24-0  
Caracas, 2012

Nota: Aún y cuando el número de estos Dictámenes corresponde a los años 2007-2008, el Directorio que aquí aparece corresponde al año 2012.

## **CONTENIDO**

### **PRESENTACIÓN**

Pág.

### **ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA**

Los Órganos de la República y sus entes descentralizados funcionalmente sin fines Empresariales, están en la obligación de efectuar los registros contables de los gastos causados. (Memorando N° 04-00-021 del 09 de enero de 2007).....	17
Inaplicabilidad de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los órganos del Poder Público Nacional, por parte de las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados. (Memorando N° 04-00-301 del 23 de abril de 2007).....	22
Facultad para certificar los documentos en el Instituto Autónomo de Salud del Estado Yaracuy y para delegar esta competencia. (Memorando N° 04-00-388 del 22 de mayo de 2007).....	29
Enajenación de bienes pertenecientes a un Instituto Autónomo. (Memorando N° 04-00-161 del 10 de marzo de 2008).....	35

### **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Inaplicabilidad de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los órganos del Poder Público Nacional por parte de los entes descentralizados. (Memorando N° 04-00-071 del 05 de febrero de 2007).....	43
Inaplicabilidad del Decreto 4.998, a las grandes empresas en lo atinente al compromiso de responsabilidad social. (Memorando N° 04-00-566 del 30 de julio de 2007).....	46
Exigibilidad de caución al personal contratado que ejerce funciones de manejo y custodia de recursos públicos. (Memorando N° 04 00-791 del 8 de noviembre de 2007) .....	51

Ubicación administrativa de las Unidades de Auditoría Interna. (Memorando N° 04-00-229 del 7 de abril de 2007) .....	57
Manejo de Fondos de Anticipo. (Memorando 04-00-658 del 27 de octubre de 2008).....	60
Ejercicio del control previo y control fiscal interno sobre los Gastos de Seguridad y Defensa del Estado. (Memorando N° 04-00-735 del 24 de noviembre de 2008).....	74

## **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Improcedencia del descuento por concepto de Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica, a una dependencia adscrita a la Contraloría General de la República. (Memorando N° 04-00-283 del 29 de abril de 2008) .....	89
--	----

## **CONTRATACIONES PÚBLICAS**

Posibilidad de aceptar Fianza de Anticipo proveniente de una entidad bancaria extranjera. (Oficio N° 01-00-000385 del 25 de junio de 2007) .....	93
Inclusión en los contratos de servicios de una cláusula que contemple los ajustes por concepto de variación de la Unidad Tributaria en el beneficio de Cesta Ticket; y del compromiso de responsabilidad social. (Memorando N° 04-00-372 del 03 de junio de 2008) .....	99
Exigibilidad de la Solvencia Laboral. (Memorando N° 04-00-547 del 28 de agosto de 2008) .....	113

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

La Figura de Interpuesta Persona. (Memorando N° 04-00-581 del 02 de agosto de 2007).....	121
--	-----

## **CONTROL FISCAL**

Naturaleza Jurídica de los Informes Preliminares. (Memorando N° 04-00-60 del 30 de enero de 2007.).....	131
---	-----

Órgano de Control Fiscal Externo competente para recibir las copias certificadas de los documentos que se presenten ante los Jueces, Notarios y Registradores. (Memorando N° 04-00-240 del 4 de abril de 2007) .....	136
La Contraloría General de la República no puede expedir finiquito. (Memorando N° 04-00-321 del 26 de abril de 2007).....	138
Naturaleza del informe de verificación de las actas de entrega. (Memorando N° 04-00-393 del 23 de mayo de 2007).....	140
Carácter confidencial de la Declaración Jurada de Patrimonio. (Oficio N° 04-00-070 del 20 de junio de 2007.).....	143
La Unidad de Auditoría Interna del SENIAT, es el órgano competente para examinar sus cuentas. (Memorando N° 04-00-808 del 08 de noviembre de 2007).....	146
Incompetencia de la Unidad de Auditoría Interna de un Ministerio para ejercer actuaciones de control en un ente adscrito que tiene su propio órgano de Control Fiscal Interno. (Memorando N° 04-00-812 del 13 de noviembre de 2007) .....	157
Funcionarios 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. (Memorando N° 04-00-823 del 15 de noviembre de 2007) .....	159
Funcionario competente para suscribir los actos con ocasión de la potestad investigativa en una Unidad de Auditoría Interna. (Memorando N° 04-00-394 del 16 de junio de 2008) .....	166
Autoridad competente para aprobar la normativa que debe regir en un Órgano de Control Fiscal Interno. Las fallas y debilidades en la ejecución física y financiera de proyectos, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa. (Memorando N° 04-00-445 del 10 de julio de 2008).....	174

## **DERECHO TRIBUTARIO**

Regulación del silencio administrativo y la prescripción en materia Tributaria. (Memorando N° 04-00-257 del 13 de abril de 2007).....	183
La Contraloría General de la República no esta obligada a cumplir con lo estipulado en el Parágrafo único del artículo 97 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. (Memorando N° 04-00-448 del 19 de junio de 2007) .....	200
Alcance de la Decisión que interpretó el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. (Memorando 04-00-262 del 14 de abril de 2008) .....	204
Declaratoria de incobrabilidad de obligaciones tributarias. (Memorando N° 04-00-627 del 10 de octubre de 2008).....	210
La Transacción Tributaria. (Memorando N° 04-00-665 del 29 de octubre de 2008) .....	216

## **EMPRESAS DEL ESTADO**

Posibilidad de ejercer simultáneamente el cargo de Especialista de Negocios y Director Laboral Suplente en una Empresa del Estado. (Memorando N° 04-00-595 del 07 de agosto de 2007).....	235
Procedencia de la suspensión de la pensión de jubilación al reingresar a una empresa del Estado. (Memorando N° 04-00-723 del 17 de noviembre de 2008) .....	239

## **ESTADOS Y MUNICIPIOS**

Posibilidad de que los funcionarios públicos puedan integrar la Unidad Económico Financiera de un Consejo Comunal. (Memorando N° 04-00-540 de fecha 25 de agosto 2008).....	255
Improcedencia de la homologación de transacción sobre materia de orden público. (Memorando 04-00-551 del 28 de agosto de 2008).....	267
Aplicabilidad de la Ley de Contrataciones Públicas a los Consejos Comunales. (Memorando N° 04-00-774 del 15 de diciembre de 2008).....	283

## **FUNCIÓN PÚBLICA**

Recálculo de la pensión de jubilación. (Oficio N° 04-00-018 del 02 de febrero de 2007) .....	291
Posibilidad de que el personal obrero jubilado de la Contraloría General de la República pueda reingresar a la Administración Pública Nacional. (Memorando N° 04-00-088 del 13 de febrero de 2007) .....	298
Los trabajadores de las empresas del Estado están exceptuados de la aplicación 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 siempre que tengan establecido un régimen de jubilación distinto. (Memorando N° 04-00-305 del 24 de marzo de 2007).....	304
Posibilidad de exigir la Declaración Jurada de Patrimonio al personal obrero. (Memorando N° 04-00-368 del 11 de mayo de 2007.) .....	318
Imposibilidad de otorgar dualidad de contratos a un mismo profesional como persona natural y como jurídica. (Memorando N° 04-00-488 del 02 de julio de 2007).....	321
Posibilidad de trasladar la pensión de jubilación al órgano o ente donde se produce el reingreso. (Oficio N° 01-00,-000545 del 12 de septiembre de 2007) .....	324
Reingreso de una persona jubilada en calidad de obrero a la Administración Pública. Compatibilidad de la pensión de jubilación con la de invalidez. (Memorando N° 04-00-790 del 5 de noviembre de 2007).....	327
Exclusión de la prima por hijos de la base de cálculo para la pensión de jubilación. (Memorando N° 04-00-822 del 13 de noviembre de 2007) .....	333
Las máximas autoridades de los órganos o entes, previa consulta con su titular, son los competentes para nombrar el personal que integra las Unidades de Auditoría Interna. (Memorando 04-00-866 del 29 de noviembre de 2007).....	342

Posibilidad de otorgar la jubilación de oficio al titular de una Unidad de Auditoría Interna designado por concurso. (Memorando N° 04-00-877 del 05 de diciembre de 2007) .....	347
Forma de calcular el incremento del veinte por ciento (20%) para el pago del bono vacacional durante el ejercicio fiscal 2006, establecido en una Convención Colectiva de Trabajo. (Memorando N° 04-00-904 del 14 de diciembre de 2007) .....	354
Imposibilidad de hacer extensivo el beneficio social de alimentación previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, a los funcionarios que están de reposo o disfrutando vacaciones. (Memorando N° 04-00-711 del 13 de noviembre de 2008) .....	363
Procedencia del pago de los beneficios sociales generados con ocasión a la prestación de servicio, a los trabajadores y funcionarios que se encuentran en situación de reposo. (Memorando N° 04-00-775 del 15 de diciembre de 2008) .....	377

## **LICITACIONES**

Órgano competente para exigir el compromiso de responsabilidad social y la obligación de publicar la Buena Pro. (Memorando N° 04-00-325 del 30 de abril 2007) .....	391
Improcedencia de otorgar la Buena Pro en un procedimiento licitatorio cuando solo se presenta una oferta, así como prorrogarse la vigencia anual de un contrato. (Memorando 04-00-422 del 07 de junio de 2007) .....	398
Improcedencia en la designación de un funcionario o empleado de una Unidad Auditoría Interna para que integre la Comisión de Licitaciones del órgano o ente sujeto a su control. (Memorando N° 04-00-487 del 02 de julio de 2007) .....	406

## **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

No toda violación de norma legal o sublegal genera responsabilidad administrativa. (Memorando N° 04-00-438 del 9 de julio de 2008) .....	411
--	-----







## **PRESENTACIÓN**

La publicación de los dictámenes de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela se inició en el año 1963, durante la gestión del Contralor General de la República para la época, Dr. Luis A. Pietri, a quien le surgió la idea de recopilar los criterios emitidos por el Organismo Contralor a través de la Consultoría Jurídica durante los años 1938-1963, en virtud de la proximidad del 25° aniversario de la Institución, en el ejercicio de las actividades de control y fiscalización de la Hacienda Pública.

La primera edición se denominó *Dictámenes de la Consultoría Jurídica, Tomo I*, publicaciones que se han mantenido en el transcurso del tiempo, contando en la actualidad hasta el Tomo XIX, correspondiente a las opiniones emitidas durante los años 2005-2006.

Estas publicaciones tienen como objetivo fundamental poner en conocimiento de los funcionarios públicos y de los particulares interesados en la materia, la doctrina jurídico administrativa sostenida por la Contraloría General de la República sobre diferentes tópicos que los órganos y entes de la administración pública nacional, estatal y municipal someten a la consideración legal de este máximo órgano rector de control fiscal superior externo.

En la lectura de los referidos dictámenes observamos numerosos aspectos tanto de derecho público como de la esfera privada, agrupados por temas relacionados con administración pública, administración descentralizada, control fiscal, contratos públicos, derecho tributario, estados y municipios, empresas del Estado, función pública, licitaciones; responsabilidades administrativa, civil, política, moral, ética y penal; entre otros.

Esperamos que este tomo, el N° XX, sirva como herramienta de trabajo para los interesados en conocer el acervo doctrinario que comienza a producirse en la Contraloría General de la República, al amparo de los nuevos y trascendentales cambios institucionales, legales y reglamentarios, bajo la conducción participativa y protagónica de los ciudadanos.

ADELINA GONZÁLEZ  
Contralora General de la República (E)



# ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA



*ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Los órganos de la República y sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, están en la obligación de efectuar los registros contables de los gastos causados.*

**Las Normas Generales de Contabilidad del Sector Público, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 4 sobre el Sistema de Contabilidad Pública, establecen la obligación por parte de los órganos de la República y sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, de registrar todas las etapas o fases del procedimiento administrativo y financiero que afectan el patrimonio, dicho registro debe estar justificado con los comprobantes necesarios a los fines del control que posteriormente se realice.**

Memorando N° 04-00-021 del 09 de enero de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto, a dictaminar si dentro de las Normas Generales de Contabilidad del Sector Público procede el Registro en Contabilidad de los gastos causados y no registrados, toda vez que a la fecha de la presente solicitud el Instituto Nacional no contaba con los soportes respectivos, a los fines de realizar el cierre del ejercicio **contable** del año 2005.

Sobre el particular cabe precisar, que las Normas Generales de Contabilidad del Sector Público dictadas por el Contralor General de República<sup>1</sup>, tienen como finalidad que la contabilidad de los organismos y entidades públicas, contenga una información cuantitativa, expresada en unidades monetarias, veraz, útil y oportuna sobre las transacciones que realiza una entidad económica y de ciertos eventos económicos identificables y cuantificables que la afectan, todo ello con el objeto de facilitar el proceso de toma de decisiones en relación con dicha entidad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 *eiusdem*.

Ahora bien, en relación a los gastos causados, las referidas Normas establecen que estos deben ser registrados de forma oportuna, de una sola vez, en orden cronológico, consecutivo, sin que existan vacíos u omisiones en la información y en moneda de curso legal haya o no

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.100 del 04 de diciembre de 1996.

movimiento de efectivo. Estos gastos se consideran causados, al hacerse exigible el pago de la obligación correspondiente. Asimismo, las transacciones presupuestarias de gastos deberán registrarse en la contabilidad por el sistema de partida doble en todas sus etapas, es decir, autorización del gasto, establecimiento del compromiso, reconocimiento de la obligación o gasto causado, ordenación o solicitud de pago y extinción de la obligación. Todo ello con el objeto de permitir evidenciar la relación entre los gastos realizados y los ingresos necesarios para el financiamiento del órgano o entidad dentro de un ejercicio.

Igualmente, las mencionadas Normas establecen, que los registros en la contabilidad fiscal deben estar **respaldados por los documentos de soporte** que determine la normativa legal y reglamentaria, así como por las instrucciones dictadas por los órganos competentes, como consecuencia de los sistemas de contabilidad que se prescriban.

Cabe destacar que las mencionadas Normas regulan la contabilidad del Sector Público, mediante reglas, preceptos, pautas, disposiciones y criterios básicos, por lo que debemos tomar en consideración además, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>2</sup> y su Reglamento N° 4 sobre el Sistema de Contabilidad Pública<sup>3</sup>.

En ese orden, el artículo 122 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público dispone, que el Sistema de Contabilidad Pública tendrá por objeto, entre otros, el registro sistemático de todas las transacciones que afecten la situación económico-financiera de la República y de sus entes descentralizados funcionalmente.

Asimismo, el artículo 12 del Reglamento N° 4 de la Ley Orgánica *in commento*, establece que el sistema de contabilidad pública debe registrar todas las transacciones económicas y financieras que tengan o puedan tener efecto sobre el patrimonio de la República y de sus entes descentralizados funcionalmente. El registro de estas transacciones se realizará en función de los momentos contables vigentes, utilizando el sistema de contabilidad prescrito por la Oficina Nacional de Contabilidad

---

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.333 del 12 de diciembre de 2005.



Pública, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 *eiusdem*, que dispone que cada transacción se registrará por única vez, a los fines que a partir de ese registro sea factible generar todas las salidas de información que requiera la administración financiera del sector público.

Específicamente, en relación al gasto causado, el artículo 18 del Reglamento expresa que el gasto con afectación patrimonial se registrará cuando cumpla el momento contable del causado, dando lugar al posterior registro del pago con la emisión de cualquier medio o forma de pago legalmente establecido.

Por su parte, los artículos 22, 23 y 24 del referido Reglamento, establecen que la documentación de las transacciones económicas y financieras que afecten o puedan afectar el patrimonio público, debe contener información suficiente que soporte la formalidad de los criterios utilizados para su incorporación en el Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas. Dichas transacciones se deben justificar mediante comprobantes y documentos debidamente identificados por número y ejecutores responsables, así como el proceso específico que le dio origen, con el objeto de facilitar el control y la auditoría interna y externa, sin perjuicio de que la Oficina de Contabilidad Pública mediante providencia administrativa pueda disponer que se empleen medios informáticos para generar comprobantes, procesar y transmitir informaciones y producir los libros diario, mayor y auxiliares.

Aunado a los dispositivos normativos citados, cabe indicar que el Manual de Contabilidad aplicable a los Organismos del Poder Público Nacional *ut supra* mencionado a los fines referenciales, toda vez que sus disposiciones no son aplicables a los entes descentralizados sin fines empresariales de la República, prevé:

*“Los datos de las cuentas presupuestarias y de la contabilidad general, se interrelacionan en el momento en el cual se registra el devengado o causado, según corresponda; en el mismo se registran las transacciones en la contabilidad patrimonial y al incluirlo en el sistema presupuestario, se constituye en el nexo de integración de ambos sistemas. Antes de ese momento, la información es de tipo presupuestario, y a partir de allí tiene incidencia patrimonial de (sic)*

*la institución. Los registros presupuestarios suelen mostrar información patrimonial, como son los gastos pagados, pero ello sólo tiene por objeto facilitar la comprensión de los datos que aportan.” (Subrayado nuestro)*

Como puede observarse, tanto las Normas Generales de Contabilidad del Sector Público, como la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 4 establecen la obligación de parte de los órganos de la República y sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales –como es el caso del Instituto- de registrar todos los momentos contables, vale decir, las etapas o fases del procedimiento administrativo y financiero que afectan el patrimonio, entre los cuales se encuentra, el gasto causado, para lo cual dicho registro debe estar justificado con los comprobantes necesarios a los fines del control que posteriormente se realice, resaltando que de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de las Normas Generales de Control Interno<sup>4</sup>, todas las transacciones y operaciones financieras, presupuestarias y administrativas deben estar respaldadas con la suficiente documentación justificativa.

En tal sentido, a los fines del cierre del ejercicio económico financiero, el Instituto debe contar con la información de los montos comprometidos, de los gastos causados y de los pagos del ejercicio correspondiente, pero a tal efecto dichas transacciones deben estar respaldadas por los comprobantes que las justifiquen, y como quiera que el cierre del ejercicio es una obligación ineludible, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en concordancia con el artículo 115 del Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario<sup>5</sup> y el 26 del Reglamento N° 4 sobre el Sistema de Contabilidad Pública, a juicio de esta Dirección General, y a falta de los soportes que justifiquen el gasto causado para el momento del cierre, **en el entendido que se trata de un compromiso válidamente adquirido**, una vez agotadas todas las gestiones para obtener los comprobantes respectivos, se podría levantar un Acta suscrita por los funcionarios responsables, a fin de dejar constancia sobre los motivos de la ausencia de los comprobantes de la transacción y las gestiones

---

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

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

realizadas a tal efecto, con el propósito de proceder al cierre respectivo, sin menoscabo de las responsabilidades a que hubiere lugar, con ocasión de las actuaciones de control que se realicen a posteriori.

Lo contrario cabe recordar, que si el gasto causado no se registra, el crédito se mantiene disponible durante el ejercicio económico financiero correspondiente, por cuanto no ha afectado las cuentas patrimoniales; y al cierre de éste el día 31 de diciembre, los créditos no causados caducarán sin excepción, de conformidad con lo establecido en el artículo 115 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector

Memorando N° 04-00-021 del 09 de enero de 2007.

*ADMINISTRACION DESCENTRALIZADA: Inaplicabilidad de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, por parte de las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados.*

**Las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados no tienen la competencia para realizar el examen selectivo o exhaustivo de las cuentas, así como la declaratoria de fenecimiento de las mismas, en virtud de que las Normas para la Formación, Rendición y examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, a que hace referencia el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal sólo se encuentran dirigidas a los organismos de la Administración Central.**

Memorando 04-00-301 del 23 de abril de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto a la posibilidad de que un ente descentralizado pueda aplicar las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, específicamente en lo atinente a las funciones de control posterior que le corresponde desarrollar a la Unidad de Auditoría Interna del mencionado ente.

Analizado el planteamiento respectivo esta Dirección General emite su opinión en los términos siguientes:

Las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, disponen textualmente en su artículo 1 lo siguiente:

**“Artículo 1.** *Las presentes Normas tienen por objeto regular la formación, rendición, examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos, y bienes de los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.*”

Por ello, a los fines de dar respuesta a su solicitud, es importante señalar que la Ley Orgánica de Administración Pública<sup>1</sup> básicamente regula la organización de la Administración Pública Nacional distinguiendo en su artículo 1° entre la Central y la Descentralizada funcionalmente.

---

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

Así tenemos que en cuanto a la Administración Pública Descentralizada, la misma se traduce en la descentralización administrativa funcional, que tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, siendo que esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho privado, como serían las sociedades mercantiles del Estado, las fundaciones del Estado y las asociaciones civiles del Estado, con forma de derecho público, entre las cuales se encontraría la figura del Instituto Autónomo, cuya definición se encuentra consagrada en el artículo 95 de la aludida Ley Orgánica, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creado por Ley Nacional, Estadal u Ordenanza Municipal conforme a las disposiciones de la mencionada Ley, dotado de patrimonio propio e independiente de la República, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree.

En cuanto a la distribución del Poder Público la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 136 dispone:

***“El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.”*** (Omissis)

(Destacado y subrayado nuestros)

Como puede apreciarse conforme al Texto Constitucional, la División del Poder Público se distribuye en dos formas a saber: 1) la **distribución vertical del Poder Público** en Poder Municipal, Poder Estadal y Poder Nacional, colocados en ese orden según su cercanía con el ciudadano y 2) La **distribución horizontal del Poder Público Nacional** en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Ciudadano. A nivel **Municipal y Estadal**, el Poder Público se divide en Poder Legislativo y Ejecutivo. Consecuentemente, existe una pluralidad de Administraciones Públicas, constituidas por órganos y entidades públicas, las cuales pueden ser esquematizadas en los términos que siguen: la Administración Pública se divide en Muni-

pal, Estatal y Nacional, divididas a su vez en central y descentralizada respectivamente, existiendo además los órganos con autonomía, tal como es el caso de este Máximo Órgano Contralor.

Ahora bien, la expresión Administración Pública puede ser empleada en su sentido orgánico o subjetivo, es decir, referida al complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo, y funcional como “actividad” materialmente administrativa no sólo del Poder Ejecutivo, sino también de los órganos de los demás Poderes Públicos. El concepto previsto en la Carta Magna es más amplio porque está referido al aspecto funcional de todos los Poderes Públicos, como actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, por lo tanto, inserta a la Administración Pública como una actividad inherente no sólo al Poder Ejecutivo sino a todos y cada uno de los Poderes Públicos, vale decir, Poder Público Nacional dividido en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral y distribuido territorialmente entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional.

Sin embargo, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, la expresión “administración pública” es entendida en su acepción más común o en el sentido más restringido como un aspecto de la actividad del conjunto de órganos y entes subordinados al Poder Ejecutivo. En efecto, dicha Ley precisa que en la Administración Pública Central, los órganos de Dirección son el Presidente o Presidenta de la República quien dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública Central del Poder Nacional, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros, y dispone como órganos de consulta, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y ministeriales. Por su parte, refiriéndose a la Administración Pública Descentralizada, precisa que todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociaciones y sociedades civiles del Estado se encontrarán adscritas a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente.

Así las cosas, tomando en cuenta las previsiones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, con el propósito de evitar cualquier género de dudas al respecto, estimamos pertinente atender al criterio que asocia el término “Administración Pública” en sentido estricto sólo a los

órganos que conforman al Poder Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal, respectivamente, la cual se divide a su vez en Administración Pública Central y Descentralizada Funcionalmente.

En ese sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 2.724 proferida el 18 de diciembre de 2001, refiriéndose a la Administración Pública Nacional estableciendo que:

*“(..)* la Administración Pública Nacional está integrada por:  
a) **La Administración Central**, conformada por **órganos que dependen directamente del Ejecutivo Nacional**, como lo son la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, las Oficinas Centrales de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo de la Defensa de la Nación; y, b) **La Administración Descentralizada**, la cual a su vez se subdivide en dos tipos, la Administración **Descentralizada Territorialmente**, conformada por los entes políticos-territoriales (Estados y Municipios); y la Administración **Descentralizada Funcionalmente**, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado.” (Destacado nuestro)

Ahora bien, tomando en consideración esta distribución tenemos que el artículo 2 de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, dispone que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los siguientes organismos: la Presidencia y Vicepresidencia Ejecutiva de la República, los Ministerios, la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Moral Republicano, -conformado por la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo- el Consejo Nacional Electoral, la Procuraduría General de la República, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, el Sistema Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, y el Fondo Intergubernamental para la Descentralización, no mencionando ciertamente a los entes descentralizados, entre ellos los Institutos Autónomos.

De allí que las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados como lo es un Instituto Autónomo, no tienen la competencia para realizar el examen selectivo o exhaustivo de las cuentas, así como la declaratoria de fenecimiento de las mismas, en virtud de que las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, a que hace referencia el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, se encuentran dirigidas solamente a los organismos de la Administración Central.

Con respecto a esa situación, el Contralor General de la República mediante la potestad que le otorga el artículo 55 de la referida 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 descentralizados, tengan la competencia para realizar el examen selectivo o exhaustivo, así como la declaratoria de fenecimiento de las cuentas, por lo que se sugiere que dentro de las normas que rigen internamente el funcionamiento de la Unidad de Auditoría Interna del Fondo, se establezca una disposición redactada de la manera siguiente: “Realizar el examen selectivo o exhaustivo así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes públicos del Instituto, en la forma, oportuna y dentro del ámbito de sus competencias, en el caso de que la Contraloría General de la República mediante Resolución publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana, lo autorice.

Por otra parte, es menester hacer mención a la disposición contenida en el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual señala que todo el que administre, maneje o custodie recursos de los entes y organismos señalados en el artículo 9 numerales 1 al 11 de la citada Ley, entre ellos los Institutos autónomos, (numeral 6) quienes están obligados a formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, en la forma y oportunidad y ante el órgano de control fiscal que establezca el Contralor General de la República, mediante Resolución que dicte a tal efecto; situación que está vinculada con el

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



concepto de responsabilidad, referido al deber de responder o rendir cuentas del manejo de los recursos y bienes públicos, sobre la base de que la Administración Pública se rige por los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, los cuales deben servir de guía general de su actuación, aplicables en los tres niveles de la autonomía territorial, y su sometimiento pleno a la ley y el derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 del texto fundamental en concordancia con el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En este sentido es oportuno señalar, que si bien es cierto que las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados, no tienen la competencia expresa en la norma en cuestión para examinar las cuentas y demás actuaciones derivadas de la misma, no es menos cierto que, los entes descentralizados tienen la obligación de rendir cuenta de su gestión, ante el órgano de adscripción respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Administración Pública el cual a tenor de lo dispuesto establece:

***“Artículo 121. Los entes descentralizados funcionalmente deberán informar al ministerio u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano, o municipal acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma.***

***Los administradores de los entes descentralizados funcionalmente remitirán anualmente a los ministros u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal correspondientes, el informe y cuenta de su gestión.”*** (Destacado nuestro)

Además, en el artículo 123 de la referida Ley Orgánica de la Administración Pública, se encuentra contemplado que el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrá decidir la intervención de un Instituto Autónomo, cuando existan razones que lo justifiquen. Por tanto cabe apuntalar, que el control que le corresponde ejercer a los órganos de adscripción sobre los entes que le están adscritos, se puede definir como

un control administrativo, que pueda revestir la forma de un control de tutela, accionarial o estatutario, o bien efectuarse a través de los órganos administrativos de coordinación y planificación, atendiendo el alcance que le otorga el artículo 117 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

Sin embargo, es oportuno indicar que en atención al **principio general de Rendición de Cuentas** anteriormente señalado, previsto constitucional y legalmente que informa el funcionamiento de la Administración Pública y las actividades de los funcionarios públicos, los cuentadantes de los entes descentralizados de la República, **deberían 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 a tal 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 a dicho cuentadante le corresponde organizar, enumerar y clasificar los libros, registros, comprobantes y demás documentos que demuestren las transacciones realizadas, en espera que sean debidamente examinadas por el órgano competente.

Memorando N° 04-00-301 del 23 de abril de 2007.

*ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Facultad para certificar los documentos en el Instituto Autónomo de Salud del Estado Yaracuy y para delegar esta competencia.*

**El Presidente del Instituto Autónomo de Salud del Estado Yaracuy está plenamente facultado para suscribir todos los documentos que correspondan a su representación, y no existe impedimento legal para delegar en otro funcionario adscrito al Instituto la labor material de rubricar los documentos expresamente indicados, sin que ello implique la pérdida de dicha facultad, no obstante, el delegatario no podrá subdelegar o transmitir a otra persona la referida facultad en atención a la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.**

Memorando N° 04-00-388 del 22 de mayo de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto a determinar quién tiene la competencia para certificar documentos en el Instituto Autónomo de Salud de Estado Yaracuy y para delegar esta facultad.

Analizada la normativa que regula el asunto consultado en concordancia con la jurisprudencia y doctrina aplicable, ésta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

La delegación de firma como fórmula organizativa en el campo del Derecho Público, es aquella mediante la cual el órgano superior faculta al inferior para suscribir algunos actos específicos. A diferencia, de la delegación de funciones, la delegación de firma no constituye una traslación de competencia propiamente dicha, sino un mecanismo mediante el cual el delegante atribuye al delegado la firma de los documentos o actos señalados en la delegación que son y siguen siendo competencia de aquél, toda vez que no se transfiere la competencia pues el acto se imputa al delegante y no al delegado, siendo el funcionario delegante el responsable de la decisión y de la competencia. En los casos de delegación de firma, el funcionario delegado no actúa en nombre propio, por lo que la decisión siempre es del superior.

Este ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cuando ha señalado que el jerarca es responsable de las actuaciones que por delegación de su firma llevan a cabo sus subalternos, toda vez que la delegación es una técnica organizativa

mediante la cual un órgano con un ámbito competencial determinado, desvía algunas de sus atribuciones, ya sea a un órgano de inferior jerarquía o bien al funcionario que ostente la titularidad de dicho órgano; en este segundo supuesto, la cesación en el cargo aparejaría el fin de la autorización

Así la doctrina ha precisado que existen dos tipos de delegaciones: la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. La primera consiste en el acto jurídico general o individual, por medio del cual un órgano administrativo transmite parte de sus poderes o facultades a otro órgano, transmisión que incluye tanto la competencia como la responsabilidad que trae aparejada su ejercicio, por lo que los actos así dictados se estiman emanados del funcionario inferior delegado y no del superior delegante.

Por su parte en la delegación de firma como ha expresado la referida Sala:

*“(…), se transmite una sola facultad de naturaleza meramente instrumental que se concreta en la firma de documentos. En este último supuesto, el órgano habilitado no puede tomar determinación decisiva alguna pues, como se ha señalado, su actuación se limita a la suscripción de algunos documentos que, en todo caso, se entienden emitidos por el delegante. ...omissis... Al respecto, se observa que la delegación de firmas constituye un mecanismo por el cual, el delegante atribuye al delegado la firma de los actos administrativos que son de su competencia, no así la competencia, siendo por tanto el funcionario delegante responsable de la decisión. (...)”<sup>1</sup>.*

Para el administrativista José Peña Solís<sup>2</sup>, esta fórmula organizativa *“pese a denominarse “delegación”, en realidad no comporta una transferencia o desviación de la competencia, ya que no modifica ni afecta en lo más mínimo el orden legal de asignación de competencias de los distintos órganos. Se trata más bien de un acto mediante el cual el órgano superior descarga en el inferior parte de su labor material, como lo es la firma de determinados documentos (...)”*. (Subrayado nuestro)

---

1 Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 928 del 30 de marzo de 2005, caso Cooperativa Colanta Limitada (Vzla.) contra Ministro de la Producción y el Comercio.

2 Obra: Manual de Derecho Administrativo. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005. pp. 260-261.

En ese mismo sentido, la autora Hildegard Rondón de Sansó<sup>3</sup> señala que: “*Se ha puesto en duda si la llamada delegación de firma es una verdadera delegación. En realidad sus características diferenciales con la delegación de funciones permiten dudar de que pertenezcan al mismo género.*” (Subrayado nuestro)

Así las cosas, la técnica de delegación de firma responde principalmente a criterios de eficiencia y especialización en la gestión de las potestades públicas, por lo que ha sido objeto de frecuente utilización en la Administración Pública (*latu sensu*).

Respecto a la regulación de la delegación de firma en el ordenamiento jurídico venezolano, encontramos que ésta se encuentra prevista en Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>4</sup>, cuyos principios y normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios son de obligatoria observancia por éstos, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2, precisamente, este es el caso del artículo 38 de la Ley *in commento*, el cual señala textualmente:

*“El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los ministros o ministras, los viceministros o viceministras, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los entes de la Administración Pública, podrán delegar la gestión, total o parcial, de determinadas atribuciones a los órganos bajo su dependencia, así como la **firma de documentos en funcionarios o funcionarias adscritas a los mismos**, de conformidad con las formalidades previstas en la presente Ley y su reglamento. La delegación de firmas no procederá en el caso de actos administrativos de carácter sancionatorio ni en los casos indicados en el artículo 35 de esta Ley.”* (Destacado y subrayado nuestros)

En ese orden de ideas, el artículo 35 *eiusdem*, dispone lo siguiente:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la Re-*

3 Obra: Teoría General de la Actividad Administrativa. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981. p. 114.

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

*pública Bolivariana de Venezuela o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los siguientes casos:*

- 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 de recurso.*
- 3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación.**
- 4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.*

*Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deberán publicarse en la Gaceta Oficial de la Administración Pública correspondiente.*

*Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.*

*La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido”. (Destacado nuestro)*

Como puede observarse, los funcionarios y las **autoridades de superior jerarquía** de la República, de los **estados**, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los **entes de la Administración** Pública, pueden delegar la firma de documentos en funcionarios adscritos a los mismos, a los fines de facilitar el acto material o instrumental de firmar, sin que esto comporte bajo ninguna circunstancia transferencia de competencia alguna.

Sobre el particular, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en los términos siguientes:

*(Omissis)*

*“Dentro de los principios generales que conforman la organización administrativa, el concepto de competencia se presenta como el elemento fundamental para establecer la medida de la potestad de actuación, por naturaleza, improrrogable, que le ha sido atribuida por Ley a un órgano específico de la Ad-*

*ministración; sin embargo, entre las posibles excepciones a la llamada inderogabilidad de la competencia, admitidas por la doctrina administrativa, se encuentra la figura de la delegación, en sus dos formas, esto es, de funciones y de firma. La primera, concebida como un mecanismo de modificación temporal de la competencia, por el cual un órgano de superior jerarquía transfiere a otro de inferior jerarquía el ejercicio de determinadas funciones, siempre que tal atribución se encuentre establecida en la ley, quedando entendido que el delegante conserva la titularidad de la competencia, pero de forma temporal se desprende de su ejercicio, por lo que se asume la responsabilidad directa del delegado por cada una de sus actuaciones. En cambio, la delegación de firma supone más bien un acto por el cual el superior descarga en una persona específica, una parte de la labor material que le corresponde, como puede ser, efectivamente, la firma de determinados documentos. Esta figura, en realidad, más que una verdadera delegación comporta una distribución de tareas, por lo que no se requiere de atribución expresa de la Ley para efectuarse en la práctica. Lo anterior, sin duda, explica el por qué el delegante no llega a perder, ni siquiera temporalmente, la competencia que le ha sido atribuida por mandato legal, pero además, conduce a interpretar que el acto contenido en el documento firmado por el delegado necesariamente ha sido adoptado, en forma previa, por el delegante*.<sup>5</sup> (Subrayado nuestro)

Ahora bien, aplicando las disposiciones y criterios antes señalados al caso planteado, cabe indicar que entre los soportes analizados, se encuentra el Decreto N° 573 del 17 de enero de 2007, publicado en la Gaceta Oficial del Estado N° 2977 de fecha 17 de enero de 2007, mediante el cual se crea la Comisión Reestructuradora del Sector Salud de esa Entidad Territorial, cuyo presidente designado por el Gobernador del Estado y a quien le corresponde, entre otras atribuciones, ejercer la representación del Instituto Autónomo de la Salud y suscribir con su firma todos los documentos que comprometan al Instituto que representa.

Al respecto, apreciamos que el ciudadano en mención ejerce tales atribuciones de manera directa con ocasión de su designación como

5 Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1137 proferida en fecha 30 de agosto de 2004 (Exp. N° 1997-13964. Caso: Claudio Fermin vs Contraloría General de la República).

Presidente del Instituto y no por vía de delegación de la Comisión. En tal sentido, no cabe duda que dicha persona está facultada para delegar la labor material de suscribir documentos en aquellos funcionarios que considere pertinente para facilitar la concretización de la actividad del Instituto, sin que ello suponga la traslación de responsabilidad alguna por los actos suscritos en su nombre por el delegatario, de conformidad con la Resolución N° 0005/2007 de fecha 14 de marzo del mismo año, mediante la cual fue designado exclusivamente para la certificación de los documentos requeridos por este Órgano Contralor.

En efecto, sin desconocer las “mayores facultades de representación del Gobierno Regional en el área salud” asignadas a la Comisión Reestructuradora, en atención al objetivo principal de su creación, el Presidente del Instituto está plenamente facultado para suscribir todos los documentos que correspondan a su representación. En nuestro criterio, no existe impedimento legal para que el referido ciudadano, delegue en otro funcionario adscrito al Instituto, la labor material de rubricar los documentos expresamente indicados, toda vez que el Presidente del Instituto al tener asignada la facultad de suscribir documentos, puede a su vez delegar dicha tarea, sin perder al propio tiempo dicha potestad. Sin embargo, es necesario aclarar que el delegatario no podrá a su vez subdelegar o transmitir a otra persona la referida facultad, en atención al principio de derecho “una potestad delegada no puede ser delegada”, el cual es recogido como una prohibición en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Es preciso indicar, que distinto a lo antes expuesto, es el caso de la delegación de competencias o funciones, en la que necesariamente se requiere una previsión expresa en la normativa para que proceda la delegación de responsabilidades, especialmente en aquella que regula la organización y funcionamiento del órgano u ente respectivo, salvo que se trate de una competencia en materia presupuestaria, en la que algunas leyes y reglamentos nacionales prevén la delegación para ordenar compromisos y pagos. Ello se fundamenta, en el principio de que toda competencia es de norma expresa, por lo que de primera sólo el titular de dicha competencia está legalmente facultado para ejercerla, de lo contrario el acto sería absolutamente nulo, a tenor de lo previsto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>6</sup>.

Memorando N° 04-00-388 del 22 de mayo de 2007

---

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio de 1981.



*ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA: Enajenación de bienes pertenecientes a un Instituto Autónomo.*

**La Ley de Enajenación de Bienes es una Ley Orgánica que reviste el carácter de especialísimo destinada a regular específicamente lo concerniente a la enajenación de una categoría particular de bienes públicos, vale decir, aquellos que no fueren necesarios para el cumplimiento de las finalidades de los órganos y entidades sujetos a su aplicación. En ese sentido al tratarse de la enajenación de bienes pertenecientes a un Instituto Autónomo que se encuentren dentro de las categorías a que alude el citado artículo 1 de la referida Ley debe realizarse conforme a lo establecido en ésta y su Reglamento.**

Memorando N° 04-00-161 del 10 de marzo de 2008.

Se solicita opinión respecto a si una Corporación puede enajenar bienes de su patrimonio que no son utilizados para cumplir su objeto, de ser procedente, podría hacerlo sin cumplir con el procedimiento establecido por la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no afectos a las Industrias Básicas.

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

Como se observa, la Ley *in commento* además de ser una Ley Orgánica, reviste el carácter de especialísimo, por cuanto está destinada

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

a regular específicamente lo concerniente a la enajenación de una categoría particular de bienes públicos, vale decir, **aquellos que no fueron necesarios para el cumplimiento de las finalidades** de los órganos y entidades mencionados en la norma, así como los que hubiesen sido desincorporados o se encontraren en estado de obsolescencia o deterioro, asimismo hace una enumeración de los entes públicos sujetos a la Ley, y definió al Presidente de la República en Consejo de Ministros, la determinación mediante Decreto, de cuáles entes serían los que efectivamente deberían proceder a enajenar sus bienes conforme a sus disposiciones.

En ese sentido, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica *ut supra*, fueron dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los Decretos Nros: 1.487 del 11 de marzo de 1987<sup>2</sup>, 1.571 del 20 de mayo de 1987<sup>3</sup> y el N° 79 del 20 de marzo de 1999<sup>4</sup>, que en su artículo 1 dispone lo siguiente:

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

De manera que, por disposición del citado Decreto los órganos y entidades del sector público llamados a enajenar sus bienes en las condiciones previstas en la Ley, son expresamente: los Ministerios, **los Institutos Autónomos**, las Empresas del Estado y las demás personas jurídicas de Derecho Público, en las que dichos entes tengan una

---

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

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

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

participación superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social; y las Fundaciones del Estado, es decir, los órganos y entidades que conforman la Administración Pública Nacionalcentral y descentralizada funcionalmente.

En ese orden de ideas cabe precisar que la Corporación, es un Instituto Autónomo adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, creado por Ley<sup>5</sup>, con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto e independiente de la República, **razón por la cual no cabe duda de que la Corporación está incluida dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Enajenación de Bienes**, aunado a que la consulta alude a bienes que no serían necesarios para el cumplimiento de las finalidades del respectivo ente público, toda vez que se encuentran en predios de otras empresas, como ZICOLCA, PRODUZCA y COMDIMA.

Por lo tanto, al tratarse de un ente sujeto a las disposiciones de la citada Ley, corresponde a la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no afectos a las Industrias Básicas, determinar si la enajenación de los referidos bienes se efectuará conforme a sus disposiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 *eiusdem*. Aunado a ello, corresponde a dicha Comisión establecer el precio que servirá de base a la enajenación según lo previsto en el artículo 3 de la Ley *in commento*.

Es importante señalar, que la enajenación es un término amplio que implica cualquier acto de disposición que traslade la propiedad de un bien material o inmaterial a un patrimonio diferente, amplitud conceptual que fue acogida en la Ley de Enajenación de Bienes, en su artículo 4 en cuyo texto se señalan las diversas formas de enajenación, cuando dispone:

*“La enajenación de los bienes a que se contrae la presente Ley podrá efectuarse a través de la siguientes operaciones:*

- 1.- Venta de bienes con las modalidades de pago del precio que determine la Comisión;*
- 2.- Permuta por bienes requeridos por un determinado ente u organismo del sector público;*
- 3.- Dación en pago del bien, por deudas asumidas por un determinado ente u organismo del sector público;*

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 28.979 de fecha 26 de julio de 1969.

- 4.- *Aporte del bien al capital social de empresas del Estado;*
- 5.- *A través de otros tipos de operaciones que determine la Comisión.”*

Es de resaltar que cuando se trate de los supuestos relacionados con los numerales 2, 3, 4 y 5, el procedimiento que habrá de seguirse para la enajenación lo estipula la Comisión; situación distinta se prevé, cuando la enajenación se produzca de conformidad con el numeral 1 -venta del bien-, en cuyo caso la operación debe hacerse mediante el procedimiento de licitación pública a que alude el artículo 5 de la precitada Ley y de acuerdo a las normas generales sobre licitación que a tal fin dicte la Comisión.

Específicamente, en relación a la **venta de bienes**, el artículo 5 *eiusdem* prevé que se realizará mediante **Licitación Pública**, en la que el **Comité de Licitaciones** del respectivo ente u organismo se encargará de la publicación de un aviso en dos diarios de comprobada circulación nacional, en el cual se indiquen las características del bien de que se trate, el precio base del mismo, las condiciones establecidas para su venta y el plazo de recepción de las ofertas. A tal efecto, los bienes se adjudicarán en propiedad a quien formule, a juicio del **Comité de Licitaciones**, la oferta más ventajosa, entendiéndose que la misma se ha realizado según el valor real o al corriente en el mercado, a tenor de lo dispuesto en el parágrafo primero del mencionado artículo.

Lo expuesto, conduce a sostener que la enajenación de los bienes pertenecientes a un Instituto Autónomo que se encuentren dentro de las categorías a que alude el citado artículo 1 de la Ley de Enajenación de Bienes, debe realizarse conforme a lo establecido en la citada Ley y su Reglamento, en cuyo caso le corresponde a la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no afectos a las Industrias Básicas determinar los bienes así como el tipo de operación a efectuarse de acuerdo a lo previsto en los numerales 1 al 5 del artículo 4 de la referida Ley.

Siendo así las cosas, la Corporación a los fines de efectuar la enajenación de bienes de su propiedad debe dirigirse a la Comisión, con la finalidad de que ésta, en ejercicio de sus competencias, escoja el tipo de operación (venta, permuta, dación en pago, aporte del bien al capital, u

otro tipo de operación) a través de la cual se realizará la enajenación, y de ser el caso establecer el procedimiento aplicable cuando se trate de supuestos distintos a la venta, pues como se señaló *ut supra* el procedimiento de esta última está establecido en el artículo 5 de la Ley.

Memorando N° 04-00-161 del 10 de marzo de 2008.



# ADMINISTRACIÓN PÚBLICA





*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Inaplicabilidad de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional por parte de los entes descentralizados.*

**Las Unidades de Aditoria Interna de los entes que forman parte de la Administración Descentralizada, se encuentran fuera del ámbito subjetivo de aplicación de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional.**

Memorando N° 04-00-071 del 05 de febrero de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto al ámbito de aplicación del artículo 2 de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional<sup>1</sup>, a los fines determinar si las referidas Normas son aplicables a los Entes de la Administración Descentralizada.

Al respecto es oportuno destacar lo establecido en los artículos 51 y 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

**“Artículo 51.** *Quienes administren, manejen o custodien recursos de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, **estarán obligados a formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal que determine la Contraloría General de la República, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Tienen igual obligación quienes administren o custodien, por cuenta y orden de los referidos entes y organismos, recursos pertenecientes a terceros. La rendición de cuentas implica la obligación de demostrar formal y materialmente la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos.***

**Artículo 55.** *El Contralor General de la República, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.496 del 09 de agosto de 2006.

***dictará las instrucciones y establecerá las políticas, normas y criterios, así como los sistemas para el examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, y de los recursos administrados por entidades o personas del sector privado, provenientes de dichos entes y organismos, para cumplir finalidades de interés público.***  
(Destacado nuestro)

De las disposiciones transcritas se infiere, por una parte, la obligación que tienen todos los entes, organismos o particulares que se encuentren dentro de los supuestos descritos, de formar y rendir cuenta de su gestión y por la otra, la obligación que tiene el Contralor General de la República de dictar las Resoluciones que determinen la forma, oportunidad, así como el órgano de control fiscal ante el cual deben rendirse; igualmente le corresponde dictar las instrucciones y establecer las políticas, normas, criterios, y sistemas para el examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos, gastos y bienes de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de la precitada Ley.

Ahora bien, en ejercicio de la potestad conferida en las normas *ut supra* citadas, el Contralor General de la República dictó la Resolución N° 01-00-000237 de fecha 08 de agosto 2006, que contiene las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, en vigencia a partir del 1° de enero de 2007, las cuales de conformidad con lo establecido en el artículo 1, tienen por objeto regular la formación, rendición, examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de ingresos gastos y bienes de los **órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.**

Como puede apreciarse, las referidas Normas están dirigidas a los órganos que conforman el Poder Público Nacional y en ese sentido el artículo 2 de manera categórica reafirma a quienes están dirigidas cuando señala:

**“Artículo 2.** *Están sujetos a las presentes Normas la Pre-*

*sidencia y Vicepresidencia Ejecutiva de la República, los Ministerios, la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Moral Republicano, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral, la Procuraduría General de la República, la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria y el Fondo Intergubernamental para la Descentralización.”*

De manera que estas Normas están dirigidas, única y exclusivamente, a los órganos que de manera taxativa se enunciaron en el artículo transcrito, por lo tanto los órganos de control fiscal correspondientes tienen la competencia para examinarlas y otorgar, de ser el caso, el fenecimiento correspondiente.

Así las cosas, de conformidad con las normas bajo análisis, en la actualidad los entes que forman parte de la Administración Descentralizada y **específicamente los órganos de control fiscal interno de éstos** no pueden efectuar el examen de las cuentas y las demás actuaciones derivadas de las mismas con fundamento en dicha normativa; sin embargo, los entes descentralizados tienen la obligación de formar la cuenta y mantenerla lista para su rendición, sin perjuicio del deber de rendir cuenta de sus actuaciones ante el órgano de adscripción de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional.

De acuerdo con los razonamientos que anteceden, se concluye que las Unidades de Auditoría Interna de los entes descentralizados, se encuentran fuera del ámbito subjetivo de aplicación de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional.

Memorando N° 04-00-071 del 05 de febrero de 2007.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Inaplicabilidad del Decreto 4.998, a las grandes empresas en lo atinente al compromiso de responsabilidad social.*

**El propósito del Decreto 4.998, es estimular el desarrollo y contribuir con el sostenimiento de las pequeñas y medianas industrias (PyMis), las cooperativas y otras formas asociativas con domicilio principal en el país, productoras de servicio, ejecutoras de obras o prestadoras de servicio, mediante el establecimiento de márgenes de preferencia, contratos reservados y la utilización de esquemas de bienes, servicios y obras con valor agregado nacional que permitan la incorporación de compromisos de responsabilidad social, generación de nuevos empleos, transferencias, complementariedad y adaptabilidad tecnológica, así como la asociación para garantizar la calidad y cantidad de la producción demandada por el Estado, en los procedimientos de selección de contratistas regidos por el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones.**

Memorando N° 04-00-566 del 30 de julio de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a determinar el ámbito de aplicación del Decreto 4.998 que contiene las “Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y otras Formas Asociativas, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el País”, en cuanto a si es exigible el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social a que se refiere el artículo 20, a las grandes empresas.

Una vez analizada la situación planteada, esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 308, que el Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular, y asimismo, se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.

Por su parte los artículos 6 y 7 de la Ley de Licitaciones establecen:

**“Artículo 6.** *El Presidente de la República en Consejo de Ministros, en atención a los planes del desarrollo económico, puede dictar, **medidas temporales para que las contrataciones de los entes a que se refiere el artículo 2 del presente Decreto Ley**, compensen condiciones adversas o desfavorables que afecten a la pequeña y mediana industria y cooperativas. Tales medidas incluyen entre otras, el establecimiento de márgenes de preferencia, de categorías o montos de contratos reservados, la utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencia de tecnología, incorporación de recursos humanos, programación de entregas, las cuales servirán de instrumento de promoción y desarrollo para las pequeñas y medianas industrias, que estén ubicadas en determinadas regiones del país, y sean productoras de bienes y prestadoras de servicios.*

**Artículo 7.** *En los criterios de evaluación, **el ente contratante debe tomar las medidas necesarias para la incorporación máxima posible de la oferta nacional de bienes y servicios conexos producidos por la pequeña y mediana industria**, así mismo, debe establecer condiciones para fomentar el desarrollo nacional mediante la incorporación de licencias para usar tecnologías. Dichas condiciones deben estar claramente definidas, serán objetivas, no discriminatorias, se identificarán en el llamado de licitación y se detallarán en los pliegos de licitaciones.”*  
(Destacado nuestro)

En acatamiento a estas disposiciones el Decreto 4.998 en su artículo 1, es contundente a la hora de precisar que su propósito es estimular el desarrollo y **contribuir con la sostenibilidad de las pequeñas y medianas industrias (PyMis), las cooperativas y otras formas asociativas con domicilio principal en el país**, productoras de servicio, ejecutoras de obras o prestadoras de servicio, mediante el establecimiento de márgenes de preferencia, contratos reservados y la utilización de esquemas de bienes, servicios y obras con valor agregado nacional que

permitan la incorporación de compromisos de responsabilidad social, generación de nuevos empleos, transferencias, complementariedad y adaptabilidad tecnológica, así como la asociatividad, para garantizar la calidad y cantidad de la producción demandada por el Estado en los procedimientos de selección de contratistas regidos por el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones.

Dicho Decreto está dirigido a aquellas empresas que sean catalogadas como PyMis o Cooperativas, que se encuentren ubicadas en el país y que sean productoras de bienes, ejecutoras de obras o prestadoras de servicios. Así las empresas o cooperativas que reúnan dichas características en forma concurrente gozarán, en los procedimientos de selección de contratistas regidos por la Ley de Licitaciones, de las preferencias, contratos reservados y la utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencias de tecnología y la incorporación de recursos humanos a los fines de incentivar el desarrollo de la economía nacional.

El propósito del Decreto 4.998 es recuperar, promover, fortalecer y desarrollar la actividad económica de las pequeñas y mediana empresas, cooperativas, asociaciones etc, sobre la base de sus capacidades y habilidades, recursos y conocimientos, a los fines de que éstas puedan participar en los programas ofertados por la Administración Pública y de esta forma contribuir con la reactivación del proceso productivo nacional.

En este orden de ideas, el artículo 20 del Decreto en cuestión establece que:

*“Los órganos y entes señalados en el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, establecerán en los pliegos de licitación general, selectiva o en las condiciones de contratación, el cumplimiento del o los compromisos de responsabilidad social por parte del contratista.”*

El compromiso de responsabilidad social está definido en el artículo 3° del Decreto 4.998, como todos aquellos acuerdos donde se establezca al menos un compromiso relacionado con la creación de nuevos empleos permanentes, formación socioproductiva de integrantes de la comu-

nidad, venta de bienes a precios solidarios, por ofertas sociales para la ejecución de proyectos de desarrollo sociocomunitario, aportes en dinero o en especies a programas sociales desarrollados por el Estado, o instituciones si fines de lucro.

El cumplimiento de esta obligación obviamente, está dirigido al contratista que resulte ganador en el procedimiento de licitación (PyMis, cooperativa o asociación), que son las destinatarias del Decreto de Promoción, y las beneficiarias de las preferencias en cuanto al criterio de evaluación previsto en la matriz de evaluación del pliego de la licitación de que se trate.

Siendo así las cosas, tenemos que de conformidad con lo establecido el artículo 20 *ut supra* transcrito, el compromiso de responsabilidad social debe ser cumplido por las pequeñas y medianas industrias (PyMis), las cooperativas y otras formas asociativas con domicilio principal en el país, que contraten con los entes u órganos a que alude el artículo 2 de la Ley de Licitaciones, quienes se favorecen con las preferencias allí previstas y están obligadas de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del referido Decreto, a acompañar a sus ofertas una declaración jurada mediante la cual se obligan, entre otras, a indicar el o los compromisos de responsabilidad social a los que se comprometen, los cuales deben ser acordes con los especificados por el órgano o ente contratante en el pliego de la licitación.

De lo anteriormente expuesto, se colige con diáfana claridad que la obligación de cumplir con el compromiso de responsabilidad social al que alude el citado artículo 20, está a cargo del contratista (PyMis) que resulte ganador en el proceso de licitación y que obviamente se haya beneficiado de las preferencias establecidas en el Decreto bajo análisis, por lo tanto dicha obligación no será exigible a las grandes empresas por no ser éstas destinatarias del comentado Decreto.

Sin embargo, es conveniente acotar que por tener el compromiso de responsabilidad social como misión, apoyar y fomentar iniciativas innovadoras y sustentables que contribuyan a fortalecimiento de diversas áreas, con el objeto de contribuir al desarrollo económico, social y cultural del país, promover el talento, la creatividad y la productividad, consideramos **que las grandes empresas** podrían contribuir con esta

responsabilidad, con fundamento en los artículos 308 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, 6 y 7 de la Ley de Licitaciones, más no, se insiste, con fundamento en el Decreto 4.998 por no ser aplicable como se señaló *ut supra*, a las pequeñas y medianas industrias (PyMis).

Memorando N° 04-00-566 del 30 de julio de 2007.



*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Exigibilidad de caución al personal contratado que ejerce funciones de manejo y custodia de recursos públicos.*

**Tomando en consideración la interpretación amplia de funcionario público, aunado a que el personal contratado ejerce una función pública cuando desempeña funciones que impliquen el manejo, custodia y salvaguarda de recursos públicos a las que se refiere el artículo 161 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público se considera que dicho personal está obligado prestar caución ante la Oficina de Auditoría Interna correspondiente.**

Memorando N° 04-00-791 del 8 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, con respecto a si la caución a que se refiere el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, así como en el artículo 52 del Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario de la referida Ley, es extensible al personal contratado por un Ministerio, toda vez que estos manejan y custodian recursos públicos.

Sobre el particular cabe señalar, que esta Dirección ha sostenido el criterio de que la caución es una medida que acoge el legislador para asegurar o garantizar en forma suficiente los resultados de la gestión del funcionario comprometido, para con el Estado, a fin de garantizar los resultados de su gestión.

En ese sentido, la Ley Orgánica de 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 desem-*

*peño de sus funciones.”*

*(Omissis)*

Por su parte, los artículos 51 y 52 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, establecen:

**“Artículo 51.** *La designación de los funcionario responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, será efectuada por la máxima autoridad del órgano correspondiente y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*

**Artículo 52.** *Antes de entrar en ejercicio de sus funciones los funcionarios a que se refiere el artículo anterior prestarán caución ante la Auditoría Interna del respectivo órgano hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), mediante la constitución de garantías otorgadas por una institución bancaria o compañía de seguros domiciliada en el país, de reconocida solvencia”.*

Como apreciamos, el transcrito artículo 161 de la Ley *in commento*, 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 51 y 52 del referido Reglamento N° 1 regulan, en forma específica y especial por una parte, **la designación** de funcionarios responsables de las unidades administradoras integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos por la máxima autoridad, y por la otra, **la obligación de los responsables de estas unidades administradoras** integrantes de la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, de prestar la caución correspondiente ante la Unidad de Auditoría Interna del órgano de que se trate.

Los dispositivos en comentario aluden al deber de **los funcionarios** que encuadran en estos supuestos, de prestar caución suficiente para responder de las cantidades y bienes que manejen

y de los perjuicios que pudiesen causar al **patrimonio público**, por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o impericia en el desempeño de sus funciones.

No obstante esta situación, se observa que ni en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público ni en su Reglamento N° 1 sobre el Sistema Presupuestario se define lo que debe entenderse **por funcionario** público a los fines de la constitución de la caución a que se refieren los artículos 161 y 52 de los referidos instrumentos normativos, razón por la cual resulta indispensable, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil Venezolano, tener en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas, así como la doctrina y la jurisprudencia emitida en la materia, sin perder de vista la finalidad de protección del patrimonio público que manifiesta de manera diáfana el artículo 161 *ut supra* transcrito.

En relación con la noción de funcionario, la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>1</sup> establece en su artículo 3 lo siguiente:

**“Artículo 3.** *Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada.”*

Bajo esta óptica puede señalarse que funcionarios públicos son todos los que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, al prestar servicio a los organismos que ella expresamente determina (artículos 4 y 5: Vicepresidencia Ejecutiva, Ministerios, Gobernaciones, Alcaldías, Institutos Autónomos). Sin embargo, salvo los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública, también son funcionarios públicos, aunque dicha ley los excluya de su aplicación (Art. 1°, Parágrafo Único), aquellos funcionarios pertenecientes a organismos que cuentan con estatutos de personal particulares, pero que en todo caso llenan los extremos que caracterizan la noción de funcionario público. Esto es “(...) *los individuos que en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el oficio*

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

*de funciones públicas al servicio de entidades públicas estatales*”<sup>2</sup> ; o en otras palabras “*todos los que ejerzan una función pública, a título gratuito u oneroso, voluntario u obligatorio, por nombramiento, elección, designación o cualquier otro acto del poder público en forma parcial, total, temporal o permanente.*”<sup>3</sup>

Igualmente, es preciso señalar que la Ley Contra la Corrupción<sup>4</sup>, también contiene una definición de funcionarios públicos, a los efectos de esa Ley, en el numeral 2 del artículo 3, en los términos siguientes:

*“Artículo 3. Sin perjuicio de los que disponga la Ley que establezca el Estatuto de la Función Pública, a los efectos de esta Ley se consideran funcionarios o empleados públicos a:*

**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.”** (omissis) (Destacado nuestro)

Como se observa, la Ley Contra la Corrupción determina que se consideran funcionarios o empleados públicos, entre otros empleados, a 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. **Por lo que la noción de funcionario público (a los efectos de la Ley Contra la Corrupción), incluye no solamente a los empleados que reúnen las características citadas ut supra, sino también a los que ejercen funciones públicas como contratados por la autoridad competente al servicio de la República.**

---

2 LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho Administrativo. Pág 378.

3 Hildegard Rondón de Sansó. El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa, Pág.162.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.637 Extraordinario de 07 de abril de 2003.

Las disposiciones de la Ley Contra la Corrupción evidencian la intención del legislador de ampliar el ámbito o efecto de la noción de funcionario público, cuando de la protección del patrimonio público se trata. Intención que subyace, igualmente, en otras leyes como es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>5</sup>, de lo cual constituyen pruebas, por ejemplo, sus artículos 52 y 82, en donde se establece para los recursos provenientes del sector público en forma de transferencias, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, pero administrados por particulares, el régimen de control interno, de resarcimiento y de sanción propio del sector público, y en donde se equipara a dichos particulares con los funcionarios públicos.

Ahora bien, para determinar si esta noción contenida en el artículo 161 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, debe interpretarse en el sentido amplio o extenso que se deriva de la Ley Contra la Corrupción y la Ley que rige a este Organismo Contralor, entendemos que debe tenerse en cuenta que una de las finalidades de la primera de estas dos leyes (artículo 1) es la de “(...) **garantizar** el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, con fundamento en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y **responsabilidad** consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Finalidad enteramente similar a la declarada expresamente por el artículo 161 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público al establecer que el objeto de la **caución** (garantía) allí prevista es que los respectivos funcionarios respondan de los perjuicios causados al patrimonio público. **Por consiguiente, consideramos que en todo lo atinente al cumplimiento de esa finalidad de garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, y por ende a los fines de la interpretación del citado artículo 161, la noción de funcionario público debe entenderse que tiene el alcance que consagra dicha ley contra la corrupción, salvo disposición expresa en contrario.**

Tal afirmación encuentra respaldo incluso en el contenido del citado artículo 52 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Adminis-

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

tración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema Presupuestario, al determinar que los funcionarios allí indicados antes de entrar en ejercicio de sus funciones prestarán caución ante la Auditoría Interna del respectivo órgano.

Con fundamento en lo señalado precedentemente, dada la interpretación amplia o extensa de funcionario público, aunado a que el personal contratado ejerce una función pública cuando desempeña funciones que impliquen el manejo, custodia y salvaguarda de recursos públicos a las que se refiere el artículo 161 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público consideramos que deben prestar caución ante la respectiva Unidad de Auditoría Interna.

A todo evento, es importante advertir la prohibición expresa de contratar para ejercer funciones en los cargos previstos de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contenida el artículo 37 de la referida Ley cuando señala:

*“Sólo 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. Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley”*

De la disposición transcrita se colige que la Administración Pública solamente podrá efectuar aquellas contrataciones que se vinculen, única y exclusivamente, con la **prestación de servicios altamente calificados, específicos y a tiempo determinado** y no para la realización de actividades o funciones cotidianas propias del órgano o ente descritas en los Manuales Descriptivos de Clases de Cargos para la Administración Pública, más aún cuando se trata de funciones que se relacionan con el manejo y custodia de recursos públicos, toda vez que ello implica una violación de la precitada Ley.

Memorando N° 04-00-791 del 08 de noviembre de 2007.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Ubicación administrativa de las Unidades de Auditoría Interna.*

**Las Unidades de Auditoría Interna dentro de la estructura organizativa de un órgano o ente deben estar adscritas al máximo nivel jerárquico sin depender jerárquica o funcionalmente de otra dependencia.**

Memorando N° 04-00-229 del 07 de abril de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, a los fines de determinar a cuál Dependencia Administrativa de Superior Jerarquía, debe estar adscrita la Dirección General de Auditoría Interna del Consejo Nacional Electoral.

Sobre el particular es de significar que el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Electoral<sup>1</sup> es el órgano rector del Poder Electoral y está integrado por cinco (5) miembros a quienes les corresponde, entre otros, elegir de su seno al Presidente o Presidenta del referido Consejo. Se trata de un cuerpo colegiado integrado por cinco Rectores Electorales a quienes les compete la importante misión de organizar, administrar y supervisar todos los actos relativos a procesos electorales a realizarse en el ámbito nacional, regional, municipal y parroquial, a través de la Junta Nacional Electoral, la Comisión de Participación Política y Financiamiento y la Comisión de Registro Civil y Electoral como órganos subordinados, garantizando y preservando el sufragio como expresión de la voluntad del pueblo.

Conformado de esta manera, es oportuno señalar lo previsto en el artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>2</sup>, el cual precisa a quien debe considerarse como máxima autoridad, y al efecto señala:

*(Omissis)*

***“Se considerará como máxima autoridad jerárquica al órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo***

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

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

*con el régimen jurídico que le sea aplicable.*

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

Así pues, de conformidad con la norma transcrita se colige que la máxima autoridad jerárquica del Consejo Nacional Electoral estaría representada por su Directiva conformada por los cinco Rectores o Rectoras Electorales.

Ahora bien, con respecto a la ubicación administrativa del órgano de control fiscal interno dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad, es trascendente señalar que dada la importancia que revisten los órganos de control fiscal internos en atención a las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico en su condición de integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, como instrumentos para contribuir al logro de los objetivos del Estado, y a los fines de garantizar el cumplimiento de sus funciones, ha sido criterio de esta Contraloría General de la República que las máximas autoridades jerárquicas deben ubicar a las Unidades de Auditoría Interna dentro de la estructura organizativa del órgano o ente del que se trate, **adscritas al máximo nivel jerárquico** sin depender jerárquica o funcionalmente de otra dependencia.

Tal criterio se fundamenta en lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, al señalar que corresponde a la máxima autoridad de cada órgano o ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a su estructura, naturaleza y fines, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de las Normas Generales de Control Interno, dictadas por la Contraloría General de la República<sup>3</sup>, conforme al cual los órganos de control fiscal interno de los organismos o entidades deben estar adscritos al máximo nivel jerárquico de su estructura administrativa y asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización, no pudiendo este órgano participar de manera alguna en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar. Situación

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.229 del 17 de junio de 1997.



similar está prevista en el artículo 23 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional<sup>4</sup>, al disponer que las Unidades de Auditoría Interna dependen del máximo nivel jerárquico del órgano o ente. **Siendo así las cosas, no cabe duda que la Unidad de Auditoría Interna del Consejo Nacional Electoral debe estar adscrita al máximo nivel jerárquico de esa organización como lo es su Directiva.**

Sobre la base de estas consideraciones no es relevante, para determinar la ubicación administrativa del órgano de control fiscal interno, la competencia que tiene el Presidente o Presidenta en cuanto a la designación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ya que el cargo de Auditor Interno por su condición *sui generis*, no puede ser nombrado libremente sino como resultado de un concurso convocado por la máxima autoridad, dicho cargo goza de cierta estabilidad y no puede ser objeto de remoción, destitución o despido libremente, pues para ello se requiere la autorización del Contralor General de la República.

Memorando N° 04-00-229 del 7 de abril de 2007.

---

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

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Manejo de Fondos en Anticipo.*

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

**Las unidades administradoras que comprenden la estructura para la ejecución financiera de gastos, deben, a los fines de asegurar el cumplimiento de las normas aplicables a la materia, planificar y programar las compras, adquisiciones de bienes, servicios o ejecución de obras, con el propósito de precisar los procedimientos aplicables en cada caso y de esta manera evitar pagar compromisos que excedan de las 1.000 Unidades Tributarias.**

Memorando 04-00-658 del 27 de octubre de 2008.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto al manejo de los fondos en anticipo, al margen de las disposiciones contenidas en los artículos 47, 64, 68 y 77 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, por parte de una unidad administradora desconcentrada de un Servicio Autónomo.

Una vez analizada la solicitud esta Dirección estima procedente indicar lo siguiente:

A los fines de dar respuesta a la consulta formulada es necesario analizar las disposiciones relacionadas con el manejo de los Fondos en Anticipo, previstas en el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Sobre el Sistema Presupuestario<sup>1</sup>, partiendo de la definición de la **Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos de la Ley de Presupuesto de los Órganos de la República**, toda vez que dichos órganos manejan los referidos Fondos amparándose en la normativa establecida con el objeto de cumplir con las funciones asignadas, dicha estructura se encuentra prevista en el artículo 47 *eiusdem*, en los términos siguientes:

**“Artículo 47.** *Se entiende por estructura para la ejecución*

---

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

financiera del presupuesto de gastos, **el conjunto conformado por la unidad administradora central y las unidades administradoras desconcentradas que intervienen en la ejecución financiera de los créditos presupuestarios.** Las unidades administradoras centrales o desconcentradas y sus responsables, serán designados por la máxima autoridad de cada órgano ordenador de compromisos y pagos, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la Bolivariana de Venezuela.

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

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

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

Así tenemos, que la **unidad administradora central**, puede manejar créditos **centralizados de otras unidades (desconcentradas) y créditos propios mediante órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional**. Igualmente, previa delegación de la máxima autoridad, podrá girar órdenes de pago para atender los gastos que deben pagarse mediante fondos en avance o anticipo a las unidades administradoras desconcentradas, sin perjuicio del manejo de los fondos en avance o en anticipo que expresamente se le asignen.

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

Como puede observarse, pueden existir dos tipos de unidades administradoras desconcentradas:

- a) Unidades administradoras desconcentradas, con delegación para ordenar pagos, que pueden girar órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, además de manejar fondos en avance y en anticipo.
- b) Unidades administradoras desconcentradas, sin delegación para ordenar pagos, que sólo pueden manejar fondos en avance y en anticipo.

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

Asimismo, es importante citar lo previsto en el artículo 49 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, el cual establece:

*“Las unidades administradoras que integran la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, previa delegación, **ejecutarán los créditos presupuestarios***

**de los órganos ordenadores de compromisos y gastos, a solicitud de las unidades ejecutoras locales, que tienen asignados los referidos créditos.**” (Destacado y subrayado nuestros)

Esta norma, contiene una disposición de carácter general, en torno a la **ejecución de los créditos presupuestarios de los órganos ordenadores de compromisos y gastos (Ministerios, entre otros)** por parte de las unidades administradoras (central y desconcentradas) que integran la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, siempre y cuando exista previa delegación, a solicitud de las unidades ejecutoras locales, que tienen asignados los referidos créditos.

Ahora bien, el artículo 50 del citado Reglamento N° 1, establece una variación a la disposición anterior, cuando señala:

**“Cuando a juicio de la máxima autoridad del órgano, los créditos presupuestarios deben administrarse centralizadamente, corresponderá a la unidad administradora central, tramitar la adquisición y pago de los compromisos formalmente solicitados por los responsables de las unidades administradoras desconcentradas.”** (Destacado y subrayado nuestros)

Como puede observarse, la decisión de la máxima autoridad de los órganos ordenadores de compromisos y gastos es preponderante, en el sentido de que de la misma depende la forma en que serán administrados los créditos presupuestarios, para lo cual debe haber siempre delegación previa. Así, cuando a juicio de la máxima autoridad, tales créditos deban ser administrados centralizadamente, corresponderá a la **unidad administradora central**, tramitar la adquisición y pago de los compromisos que formalmente sean solicitados por las unidades administradoras desconcentradas.

Ahora bien, es importante mencionar, que sólo aquellos organismos que **estén efectivamente integrados al Sistema de Tesorería**, (Sector Público Nacional Centralizado y los entes descentralizados de la República sin fines empresariales), a través del Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF) y por ende a la **Cuenta Única del Tesoro**, podrán girar órdenes de pago directas

contra el Tesoro, tal como se desprende del contenido de los artículos 107 y 112 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en concordancia con lo previsto en los artículos 3, 4 y 16 del Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema de Tesorería<sup>2</sup>.

Asimismo, es importante señalar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 34, del precitado Reglamento N° 3 sobre el Sistema de Tesorería, las provisiones de fondos de carácter permanente (fondos en avance o en anticipo) a los funcionarios de las unidades administradoras (central y desconcentradas), se efectuarán mientras dichas unidades se incorporan al SIGECOF o a la herramienta informática que haga sus veces. En todo caso, las provisiones se regirán por las normas sobre avances o adelantos de fondos del Tesoro Nacional, previstas en el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

Ahora bien, refiriéndonos concretamente a los Fondos en Anticipo, cabe indicar que el artículo 64 del Reglamento N° 1 prevé lo siguiente:

*“Los fondos en anticipos son girados con carácter permanente y de reposición periódica a los funcionarios responsables de las **unidades administradoras** del respectivo órgano, quienes tienen la obligación de rendir cuenta de la utilización de los mismos conforme a la normativa vigente.*

*A cada unidad administradora integrante de la estructura de ejecución financiera del presupuesto de gastos, se le **asignará un fondo en anticipo, cuyo monto no podrá exceder del ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dicha dependencia en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, para las siguientes partidas o subpartidas del plan o clasificador presupuestario:***

- 1. Gastos de personal, excepto aquellos de carácter permanente que se paguen con fondos en avance.*
- 2. Adquisiciones de materiales y suministros.*

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.433 del 10 de mayo de 2006.

3. *Servicios no personales de gestión administrativa.*
4. *Activos reales, excepto:*
  - a) *Inmuebles y equipos existentes.*
  - b) *Conservación, ampliación y mejoras.*
  - c) *Estudios y proyectos para inversión en activos fijos.*
  - d) *Contratación e inspección de obras.*
  - e) *Construcciones de dominio privado.*
  - f) *Construcciones de dominio público.*
5. *Donaciones a personas.*

*Los órganos del sector público ordenadores de compromisos y pagos **podrán modificar el porcentaje establecido en este artículo, hasta un máximo del diez por ciento (10%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dicha dependencia** en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, previa aprobación de las Oficinas Nacionales de Presupuesto y del Tesoro. Dicha modificación, deberá ser solicitada antes del inicio del respectivo ejercicio presupuestario". (Destacado y subrayado nuestros)*

De la disposición *ut supra* transcrita se desprende, que los fondos en anticipo, constituyen una modalidad de adelantos de fondos, mediante la cual se transfieren créditos y fondos **con carácter permanente y de reposición periódica** a los funcionarios de las unidades administradoras que integran la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos a los fines de efectuar gastos determinados, tales como: adquisición de materiales y suministros, entre otros establecidos en la norma, los cuales se caracterizan por ser menores. En este sentido, se ha señalado que solamente se podrán pagar mediante los fondos de anticipos, los conceptos de gastos establecidos en el artículo 69 –actualmente artículo 64- del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, **y que no procede su pago mediante los fondos en avance o deban cancelarse mediante órdenes de pago directas.**"<sup>3</sup> (Destacado y subrayado nuestros)

3 CONTASTI, Emy, ARRIECHE Víctor, CALDERARO, Antonio, DILENA, Fredis, MONROY, David y Núñez Ramón. Obra: El Sistema Presupuestario del Sector Público Nacional. Centro de Capacitación Profesional ABC, CEPROCABC. Caracas-Venezuela, 2004.

Dicho fondo, debe ser constituido con un monto que no podrá exceder del ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a las unidades administradoras en la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, el cual podrá ser incrementado hasta un máximo del diez por ciento (10%), previa aprobación de las Oficinas Nacionales de Presupuesto y del Tesoro, caso en el cual, dicha aprobación deberá ser solicitada antes del inicio del respectivo ejercicio presupuestario. Cabe destacar, que los funcionarios responsables, tienen la obligación de rendir cuenta de la utilización de los mismos conforme a la normativa vigente.

En el caso de las unidades administradoras desconcentradas, **el fondo en anticipo no podrá exceder del ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los créditos presupuestarios asignados a dichas unidades (igual o superior a 2.500 U.T)**, salvo que sea incrementado hasta un máximo del diez por ciento (10%), previa aprobación de las Oficinas Nacionales de Presupuesto y del Tesoro.

El resto de los créditos presupuestarios asignados a las unidades administradoras desconcentradas, es decir, el 92% ó 90% restante, según el caso, sólo puede ser ejecutado mediante fondos en avance y órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, a tenor de lo previsto en los artículos 47 y 49 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, destacando que para emitir órdenes de pago directas contra el Tesoro, deben ser autorizadas por la máxima autoridad del órgano y estar integradas a la herramienta informática SIGECOF.

En caso de no contar las unidades administradoras desconcentradas, con la autorización de la máxima autoridad del organismo para manejar fondos en avance y emitir órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, el porcentaje correspondiente a los créditos presupuestarios restantes, será manejado por la **unidad administradora central** como créditos centralizados, mediante órdenes de pago directas, conforme a lo previsto en los artículos 47 y 50 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, a la cual le corresponderá tramitar la adquisición y pago de los compromisos que formalmente sean solicitados por las unidades administradoras desconcentradas, tal como se precisó anteriormente.



Asimismo, respecto al manejo de los fondos en anticipo, el Programa de Modernización de la Administración Financiera del Estado (PROMAFE)<sup>4</sup>, ha señalado: “Con los fondos en anticipo **se ejecutarán gastos menores**, específicamente autorizados, cuya ejecución se informará al gastarse determinado porcentaje del respectivo fondo. La referida información genera una orden de pago para restituir el monto gastado en el período. En el caso de la última información del período, (sic) finalizar el ejercicio o agotarse el crédito, se registrarán el compromiso, el causado y el pagado, utilizándose al efecto el monto reservado (precompromiso) al comenzar la operación del fondo en anticipo.” (Destacado y subrayado nuestros)

Por su parte, el Manual de Referencia de KENTRON Sistemas de Información<sup>5</sup> señala: “Un fondo en anticipo es la figura que se utiliza para manejar los pagos de algunos conceptos que serán realizados por las unidades administradoras, mediante la emisión de cheques a los beneficiarios, de acuerdo a los lineamientos del sistema SIGECOF. (...) Los fondos en anticipo son conceptualmente equivalentes a una caja chica, en el sentido que la unidad administradora recibe un monto inicial de apertura, se emiten cheques contra ese fondo y regularmente se solicitan reposiciones para regresar al monto de apertura.”

No cabe duda, que estos fondos rotatorios son un mecanismo de ejecución financiera que permite facilitar el desarrollo diario de la gestión administrativa de la dependencia, lo cual se deduce de la enumeración de conceptos que pueden pagarse con cargo a dichos fondos, previstos en el artículo 64 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, por lo que se utilizan para ejecutar gastos menores, tal como se ha señalado.

Respecto a la reposición de los recursos, el artículo 68 del mencionado Reglamento N° 1, dispone:

“Los responsables del manejo de los fondos en anticipo podrán solicitar **la reposición del monto correspondiente**”

---

4 Ministerio de Finanzas. El Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF), componente del Programa de Modernización de la Administración Financiera del Estado (PROMAFE). Octubre, 2002, Edición N° 3, Caracas, Venezuela. p. 30.

5 Tomado de la página web: <http://www.kentron.com>

**a los pagos efectuados cuando se haya utilizado, al menos el setenta y cinco por ciento (75%) del fondo.**

*Cuando el solicitante sea una unidad administradora des-concentrada, la formulación de la solicitud de reposición se tramitará a través de la unidad administradora central correspondiente.*

*La solicitud de reposición se acompañará de una relación de comprobantes de los pagos efectuados, con indicación de la imputación, el número de cada comprobante, el beneficiario y el monto de cada pago, así como el estado en que se encuentra el fondo en anticipo y se realizará de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte la Oficina Nacional de Contabilidad Pública.” (Destacado y subrayado nuestros)*

Dado su **carácter rotatorio**, se puede solicitar la reposición del monto correspondiente a los pagos efectuados cuando se haya utilizado, al menos el setenta y cinco por ciento (75%) del fondo en anticipo, para lo cual es obligatorio la rendición de cuentas por parte del funcionario responsable, acompañándose a la solicitud de reposición, una relación de comprobantes de los pagos efectuados, con indicación de la imputación, el número de cada comprobante, el beneficiario y el monto de cada pago, así como el estado en que se encuentra el fondo en anticipo.

A los fines de la utilización de dicho fondo, el reglamentista estableció en el artículo 77 *eiusdem*, exclusiones con respecto al pago de compromisos, a saber:

**“Artículo 77.** Los fondos en avance o en **anticipo** no podrán ser destinados para el pago de **compromisos** que:

1. Sean superiores a **un mil unidades tributarias (1.000 UT)** o su equivalente en divisas, con excepción de los pagos por concepto de la asistencia socio-económica del personal del servicio exterior. (Omissis)” (Destacado y subrayado nuestros)

Como puede apreciarse, el reglamentista establece un límite desde el punto de vista del *quantum* del compromiso que puede pagarse con

cargo a los fondos en avance y en **anticipo**, por lo que no es factible sin incurrir en inobservancia de lo dispuesto en la referida disposición, que se giren pagos con cargo a dichos fondos cuyos montos excedan de 1000 U.T. En este sentido, el límite es establecido **por cada compromiso** ordenado, en el entendido que éste comprende un acto (contrato, orden de compra, orden de servicio, entre otros) mediante el cual el organismo decide formalmente, a través de un documento, la realización de un gasto y contrae una obligación frente a terceros de adquirir un bien, prestar un servicio o ejecutar una obra, el cual debe ser válidamente adquirido, es decir, que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 56 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

Estamos en presencia entonces, de una disposición reglamentaria (artículo 77) vigente del ordenamiento jurídico venezolano, que regula dentro del proceso de ejecución financiera del presupuesto de gastos, el manejo de los fondos en anticipo para el pago de compromisos que no excedan de las 1.000 U.T. En tal sentido, aplicando el aforismo de interpretación legal que reza *“donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”*, observamos que el contenido de la normativa no prevé de manera expresa la prohibición de pagar compromisos, siempre que estén dentro del límite de las 1.000 U.T., por conceptos de igual naturaleza de forma periódica o consecutiva.

Sin embargo, no cabe duda de que la interpretación de la norma no puede realizarse de forma aislada sino de manera conjunta, toda vez que la interpretación de la Ley debe hacerse dentro del marco de la institución a que se refiere, pero en congruencia con la integridad del orden jurídico, puesto que la intención del legislador, a que alude el artículo 4 del Código Civil, sólo puede derivarse de la integridad del ordenamiento jurídico y de sus instituciones y no del aparente sentido que pueda dársele a un artículo aislado de la Ley. En este sentido, cabe precisar que el sistema presupuestario, está interrelacionado no sólo con el resto de los sistemas que regulan la ejecución financiera de los órganos y entes del Sector Público, tales como: contabilidad, control interno, tesorería y crédito público, entre otros, sino que además, debe estar **armonizado** con las disposiciones que rigen el actuar de la administración pública y que por ende, son de orden público.

Siendo así, no puede escapar de este análisis que las instituciones públicas, están en el deber de programar con **anticipación** las obras, servicios y bienes a contratar durante cada ejercicio fiscal, lo cual comprende parte de la planificación como principio y proceso esencial que rige la actividad del Estado, dicha programación deberá remitirse al Servicio Nacional de Contrataciones, dentro de los quince (15) días continuos, siguientes a la aprobación del presupuesto, salvo aquellas que hayan sido calificadas como de seguridad del Estado o que hayan sobrevenido y que por su naturaleza no puedan planificarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas<sup>6</sup>. Es de destacar, que dicha programación, está vinculada al Plan Operativo Anual (POA) de cada institución, el cual es un instrumento de gestión de apoyo a la acción pública, que contiene las áreas estratégicas, proyectos, actuaciones y/o actividades, recursos humanos y presupuestarios disponibles, así como los respectivos objetivos y metas que serán aplicados por las unidades correspondientes de la organización, a los fines de acometer la misión de cada entidad.

Por ello, las unidades administradoras están en la obligación de elaborar la programación de adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras que se requieran, con el propósito de cumplir con la ejecución financiera **de los créditos presupuestarios asignados a las unidades ejecutoras locales.**

Conforme a la referida programación, las unidades administradoras procederán a realizar los trámites necesarios para la adquisición de los compromisos y la realización de pagos para la consecución de las metas y tareas, previstas en las acciones específicas por parte de las unidades ejecutoras locales, ya que éstas son las responsables presupuestariamente de la ejecución física, a tenor de lo previsto en el artículo 43 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

En ese orden de ideas, es factible ratificar que cuando los compromisos programados con antelación, **excedan de 1.000 U.T. no pueden ser pagados con cargo a los fondos en anticipo**, en tanto se inobservaría lo dispuesto en el numeral 1 del citado artículo 77 del mencionado Reglamento N° 1. En este supuesto, **el compromiso (orden de compra,**

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.895 del 25 de marzo de 2008.

**orden de servicios o contrato) debe tenerse como un todo**, lo cual comprende el monto y el objeto del mismo.

Cuando la frecuencia, naturaleza y el monto de los requerimientos, permiten deducir que se alude a **un solo compromiso**, que debería programarse como un todo, lo procedente es la aplicación de las modalidades previstas en la Ley de Contrataciones Públicas (concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios), según el **monto estimado de contratación expresado en unidades tributarias**, por ende no es posible, **a los fines del pago** correspondiente, la utilización de los fondos en anticipo, toda vez que a los mismos conceptualmente, se los ha asimilado como equivalentes a una caja chica, vale decir, para pagar gastos menores, por su naturaleza y forma de ejecución o manejo.

En este orden de ideas, la realización de los procedimientos en cuestión, dependiendo del monto de la contratación, correspondería a la Comisión de Contrataciones constituida en el órgano o ente del Sector Público o a la unidad contratante (unidades administradoras central y desconcentradas), cuando se trate de Consulta de Precios, en el caso que el monto estimado del procedimiento para la adquisición de bienes y prestación servicios sea de hasta 2.500 U.T. y hasta 10.000 U.T. para la ejecución de obras, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la referida Ley y como hemos señalado anteriormente, al exceder de 1.000 U.T. el compromiso se pagaría con cargo a los créditos presupuestarios respectivos, **mediante órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional** y no con los fondos en anticipo. Todo ello, con el objeto de preservar el patrimonio público y asegurar la transparencia de las actuaciones de las mismas, en materia de contrataciones.

Como puede observarse, es factible armonizar las dos normativas, vale decir, el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público y la Ley de Contrataciones Públicas, en el caso bajo análisis, evitando que se efectúen pagos por concepto de compromisos superiores a 1.000 U.T. con cargo a los fondos en anticipo.

Así las cosas, las unidades administradoras que comprenden la estructura para la ejecución financiera de gastos, deben a los fines de asegurar el cumplimiento de las normas aplicables a la materia,

planificar y programar las compras, adquisiciones de bienes, servicios o ejecución de obras, con el propósito de precisar los procedimientos aplicables en cada caso.

Finalmente, los razonamientos que anteceden permiten enumerar las conclusiones siguientes:

- a) La unidad administradora central y las unidades administradoras desconcentradas, intervienen en la ejecución financiera de los créditos presupuestarios asignados a las unidades ejecutoras locales.
- b) La unidad administradora central ejecuta los créditos propios mediante órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, sin perjuicio de que puedan manejar créditos centralizados de otras unidades (desconcentradas).
- c) Las unidades administradoras desconcentradas, no podrán manejar mediante fondos en anticipo, más del ocho por ciento (8%) ó del diez por ciento (10%), en caso que dicho porcentaje sea incrementado, correspondiente a los créditos presupuestarios asignados.
- d) Los créditos presupuestarios restantes, asignados a las unidades administradoras desconcentradas (92% ó 90%, según el caso), sólo pueden ser ejecutados, mediante fondos en avance y órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, siempre que hayan sido autorizadas, mediante delegación, por la máxima autoridad y estén integradas las referidas unidades al SIGECOF.
- e) En caso de no contar las unidades administradoras desconcentradas, con la autorización de la máxima autoridad del organismo para manejar fondos en avance y emitir órdenes de pago directas contra el Tesoro Nacional, el porcentaje correspondiente a los créditos presupuestarios restantes, será manejado por la **unidad administradora central** como créditos centralizados, mediante órdenes de pago directas, a la cual le corresponderá tramitar la adquisición y pago de los compromisos que formalmente sean solicitados por las unidades administradoras desconcentradas.
- f) Las unidades administradoras están en la obligación de elaborar la programación para la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras que se requieran, con el propósito de cumplir

con la ejecución financiera de los créditos presupuestarios asignados a las unidades ejecutoras locales.

- g) Cuando los compromisos programados como un todo (orden de compra, orden de servicios o contrato), excedan de 1.000 U.T., no podrán ser pagados con cargo a los fondos en anticipo, en tanto se inobservaría lo dispuesto en el numeral 1 del citado artículo 77 del mencionado Reglamento N° 1. En este caso, lo procedente es la aplicación de las modalidades previstas en la Ley de Contrataciones Públicas (concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios), según el monto estimado de contratación expresado en unidades tributarias.
- h) Existe la posibilidad legal de crear varias comisiones de contrataciones locales o auxiliares, atendiendo a la cantidad y complejidad de las obras a ejecutar, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, a tenor de lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones Públicas.
- i) La aplicación del Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF), en relación con el manejo de los fondos en anticipo, por parte de las unidades administradoras desconcentradas debe ser objeto de revisión, a los fines de un efectivo control del límite máximo de ejecución anual de los mencionados fondos, el cual no podrá exceder del ocho por ciento (8%) de la sumatoria anual de los referidos créditos, salvo que sea incrementado hasta un máximo del diez por ciento (10%), de modo que el referido Sistema garantice que las unidades administradoras centrales no giren montos superiores a los señalados por concepto de fondos en anticipo.

Memorando 04-00-658 del 27 de octubre de 2008.

*ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Ejercicio del control previo y control fiscal interno sobre los Gastos de Seguridad y Defensa del Estado.*

**Los Gastos de Seguridad y Defensa del Estado estarán sujetos a las normas, procedimientos y métodos de control interno que dicten los titulares de los Despachos del Poder Ejecutivo Nacional competentes para realizar las actividades señaladas en el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, quienes establecerán los mecanismos y procedimientos que sean necesarios con el propósito de asegurar el correcto manejo de los recursos destinados a atenderlos y en su ordenación y ejecución debe preservarse el carácter secreto de dichos gastos.**

**La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no contempla disposiciones que atribuyan a este Organismo, el ejercicio de control previo sobre las órdenes de pago por concepto Gastos de Seguridad y Defensa, no obstante, podrá asumirlo previa Resolución del Contralor General de la República. Asimismo, se atribuye a la Contraloría General de la República de manera exclusiva el ejercicio de control fiscal externo posterior sobre estos gastos.**

Memorando N° 04-00-735 del 24 de noviembre de 2008.

Se solicita opinión respecto a la vigencia de los artículos 12 al 19 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del año 1995, contenidos en el Capítulo II “De los gastos destinados a la Seguridad y Defensa del Estado”; toda vez que los artículos 36 y 37 de la citada Ley que servían de base para el desarrollo reglamentario, fueron derogados por la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual se estima necesario determinar la pertinencia o no del control previo por parte de este Organismo a las órdenes de pago por concepto de los mencionados gastos, partida 4.06 del actual clasificador presupuestarios.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta esta Dirección emite su parecer en los términos siguientes:

La otra Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>1</sup>, contemplaba una serie de regulaciones en materia de gastos de seguridad y defensa en los términos siguientes:

---

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.017 del 13 de diciembre de 1995.



**“ARTÍCULO 35.-** Los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado, calificados como tales en el Reglamento que dicte el Ejecutivo Nacional, estarán sometidos al control previsto en los artículos 36 y 37 de esta Ley.

**ARTÍCULO 36.-** Los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado, estarán exceptuados de las disposiciones de control establecidas en este Capítulo, salvo lo concerniente a las órdenes de pago que serán revisadas por la Contraloría con el fin de determinar si están debidamente imputadas a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados, si existe disponibilidad presupuestaria y si se han cumplido los requisitos legales sobre su ordenación. El Contralor o el Sub-Contralor, verificarán personalmente que la respectiva orden de pago corresponda realmente a gastos considerados como destinados a la seguridad y defensa del Estado, a cuyos fines podrán exigir los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

**ARTÍCULO 37.-** Los gastos a los que se refieren los artículos 35 y 36 de esta Ley, deberán ser autorizados por los Ministros respectivos, quienes responderán personalmente de las decisiones que adopten y del manejo de los fondos correspondientes, y rendirán cuenta trimestral al Presidente de la República del empleo de los mismos. La Contraloría se abstendrá de dar curso a las órdenes de pago relativas a gastos de seguridad y defensa del Estado, si previamente el Contralor no hubiese sido informado por el Ministro correspondiente que ha presentado al Presidente de la República la cuenta del trimestre anterior.”  
(Subrayado nuestro)

Por mandato de esta Ley, -artículo 35- los gastos destinados a seguridad y defensa estaban sometidos a un régimen especial de control, distinto al ordinario previsto para el resto de los gastos nacionales, dicho régimen los excluía del control previo al compromiso que para la época estaba a cargo de los órganos de control interno quienes debían certificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 28 *eiusdem*. Este régimen especial contemplaba, además, particulares

competencias de control sobre las órdenes de pago correspondientes, por una parte una función a ser ejercida en forma personal y exclusiva por el Contralor General de la República o el Sub-Contralor, y por la otra establecía una serie de verificaciones sobre las órdenes de pago, las cuales correspondía realizar a la Contraloría.

La función de verificación ejercida por el Contralor o Sub-Contralor era una competencia que versaba sobre el fondo de la materia objeto de control con el fin de constatar si la erogación a realizarse correspondía realmente a un gasto de seguridad y defensa, por ello era necesario conocer las operaciones a que se refería dicho gasto, y para ello debía ser informado veraz y completamente por el funcionario ordenador.

En desarrollo de la Ley en comentario su Reglamento<sup>2</sup>, en el Capítulo II De los Gastos destinados a la Seguridad y Defensa del Estado, precisó lo siguiente:

**“Artículo 12.** *Se consideran gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado y por tanto sujetos al control previsto en los artículos 36 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; las asignaciones para gastos de operaciones de inteligencia realizados por los organismos de seguridad del Estado, tanto en el país como en el servicio exterior; así como las asignaciones para actividades de protección fronteriza y operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la nación.*

**Artículo 13.** *Los Ministros que, de conformidad con la disposición anterior, ordenen gastos destinados a la defensa y seguridad del Estado, establecerán los mecanismos y procedimientos que sean necesarios con el propósito de asegurar el correcto manejo de los recursos destinados a atender dichos gastos; con sujeción a las disposiciones contenidas en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*

**Artículo 14.** *Las órdenes de pago para atender gastos*

---

2 Decreto Presidencial N° 1.663 del 27-12-96, Gaceta Oficial N° 5.128 Extraordinario del 30 de diciembre de 1996 y reformado parcialmente según Decreto Presidencial N° 1.263 del 27-03-2001, Gaceta Oficial N° 37.169 del 29 de marzo de 2001.

*destinados a la seguridad y defensa del Estado deberán emitirse a favor del acreedor que directamente haya adquirido la acreencia contra el Tesoro Nacional.*

**Artículo 15.** *En materia de gastos de seguridad y defensa del Estado, sólo podrán girarse órdenes de pago a nombre de funcionarios pagadores cuando éstos hayan sido expresamente autorizados para recibir y distribuir el monto de las mismas y estuvieren registrados como tales ante la Contraloría General de la República.*

*Las órdenes de pago emitidas a nombre de funcionarios pagadores, deberán contener indicación de tal circunstancia y se presentarán acompañadas de un pliego separado firmado por el funcionario ordenador, en el cual se expresará el tipo de gasto al que se destinarán los fondos, dentro de los especificados en el artículo 13 de este Reglamento.*

**Artículo 16.** *En ningún caso se emitirán órdenes de pago a nombre de funcionarios pagadores, sino a favor de los legítimos acreedores, para cubrir los siguientes gastos:*

*a) En el Ministerio de Hacienda: Las asignaciones para el pago de compromisos contractuales derivados de la adquisición, conservación, reparación y funcionamiento de material de guerra y seguridad pública.*

*b) En el Ministerio de la Defensa: Las asignaciones para la adquisición de “prendas de vestir”; las asignaciones para “repuestos mayores para equipos de defensa”; las asignaciones para adquisición de “armamentos de defensa” y “adquisición de equipos bélicos para las Fuerzas Armadas”.*

**Artículo 17: Las órdenes de pago emitidas a favor de los legítimos acreedores se enviarán a la Contraloría, conjuntamente con los respectivos comprobantes, a fin de que el Contralor o el Sub-Contralor verifiquen los extremos previstos en el artículo 36 de la Ley. Las órdenes de pago giradas a nombre de funcionarios pagadores serán enviadas a la Contraloría sin comprobantes. La verificación que corresponde al**

**Contralor o al Sub-Contralor se hará con fundamento en la información que debe suministrarse con dichas órdenes, conforme a lo previsto en el artículo 16 de este Reglamento.**

**Artículo 18:** *Los funcionarios pagadores de gastos de seguridad y defensa del Estado, deberán rendir cuenta interna al Ministro respectivo de la inversión o distribución del monto total de cada orden de pago, en los siguientes términos:*

1) *En el caso de órdenes a través de las cuales se ordene efectuar un pago una sola vez, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de emisión del mandamiento de pago respectivo.*

2) *En el caso de órdenes a través de las cuales se ordene el pago de una cantidad determinada, para entregar en dos o más cuotas, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de vencimiento de cada lapso de pago.*

**Artículo 19: Los ministros ordenadores de gastos de seguridad y defensa rendirán cuenta al Presidente de la República e informarán de ello a la Contraloría General de la República, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de cada trimestre. Vencido dicho lapso, la Contraloría General de la República se abstendrá de dar curso a las órdenes de pago que se tramiten durante cada trimestre, mientras el respectivo Ministro no le haya informado la rendición de la cuenta del trimestre anterior.**

**Artículo 20: El Presidente de la República podrá solicitar de la Contraloría General de la República, informes periódicos sobre órdenes de pago relativas a gastos destinados a la defensa y seguridad del Estado que hubiese aprobado dicho Organismo.**"

(Destacado y subrayado nuestros)

Como se aprecia, este instrumento normativo de rango sublegal contiene disposiciones en materia del control sobre los gastos de

seguridad y defensa del Estado, que desarrollan el contenido de los artículos 35 al 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, algunos de los cuales en armonía con el texto legislativo, delimitan la atribución de la Contraloría General de la República para ejercer sistemáticamente y con carácter obligatorio funciones de revisión o control previo sobre las órdenes de pago por concepto de gastos de seguridad y defensa, con el fin de determinar si están debidamente imputadas a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados, si existe disponibilidad presupuestaria y si se han cumplido los requisitos legales sobre su ordenación. Así como atribuye al Contralor o el Sub-Contralor, la tarea de verificar personalmente que la respectiva orden de pago corresponda realmente a gastos considerados como destinados a la seguridad y defensa del Estado.

Algunas de las disposiciones reglamentarias *ut supra* transcritas han perdido vigencia toda vez que en la actualidad la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no contempla como lo hacía su antecesora disposiciones que atribuyan el ejercicio de control previo a las órdenes de pago por concepto de gastos de seguridad y defensa a este Organismo ni al Contralor o Sub-Contralor.

En efecto, el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dispone lo siguiente:

**“Artículo 68.** *Los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado estarán limitados a las erogaciones por operaciones de inteligencia realizadas por los organismos de seguridad del Estado, tanto en el país como en el servicio exterior; así como para actividades de protección fronteriza y para movimientos de unidades militares, en caso de conflicto interno o externo o de graves perturbaciones que pongan en peligro la paz de la República.”*

Como se aprecia la Ley vigente omite toda referencia al ejercicio del control previo a las órdenes de pago por tales conceptos toda vez que en dicha ley, tanto el control previo al compromiso financiero como al pago constituyen una función propia del control interno; por ende, los gastos

destinados a la seguridad y defensa del Estado estarán sujetos a las normas, procedimientos y métodos de control interno que sobre el particular dicten los titulares de los Despachos del Poder Ejecutivo Nacional competentes para ordenar dichas erogaciones, quienes establecerán los mecanismos y procedimientos que sean necesarios con el propósito de asegurar el correcto manejo de los recursos destinados a atender dichos gastos; con sujeción a las disposiciones contenidas en el artículo 37 de la Ley, según el cual cada entidad del sector público elaborará, en el marco de las normas básicas dictadas por la Contraloría General de la República, las normas, manuales de procedimientos, indicadores de gestión, índices de rendimiento y demás instrumentos o métodos específicos para el funcionamiento del sistema de control interno.

La intención de la Ley no fue la de eliminar fácticamente el control previo al compromiso y al pago, por el contrario la actividad de control fue subsumida cual apéndice, en la función principal de administrar, así el control previo debe materializarse en las diferentes etapas e instancias del proceso administrativo, como fórmula para garantizar y promover la celeridad y eficacia de su funcionamiento. Sin embargo, cabe precisar que la citada Ley en su artículo 124, reservó a la Contraloría General de la República, el ejercicio del control previo al señalar que ésta podrá ejercer en todo momento, previa Resolución del Contralor publicada en la Gaceta Oficial, cualquier tipo de control previo sobre las actuaciones de cualesquiera de los órganos que conforman el Poder Público, y éstos deberán acatar las decisiones que la Contraloría adopte.

El cambio fundamental verificado en la Ley vigente, con relación al ejercicio del control previo por parte de la administración activa de los órganos y entidades del Sector Público, obedece a la intención del legislador de fortalecer **la capacidad de gestión administrativa de los mismos**, mediante el ejercicio de un control primario y fundamental en las actividades y operaciones que éstos realizan. En ese sentido, en el artículo 36 de la vigente Ley se atribuye a la máxima autoridad de cada ente y organismo, la responsabilidad de organizar, establecer y mantener un sistema de control interno, adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización, el cual debe estar integrado a los procesos administrativos. Dicho sistema comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados

dentro de un ente u organismo sujeto a esa Ley, para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas.

En efecto, el control interno previo comprende los mecanismos y procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de organización, en los reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos, que deben ser aplicados antes de autorizar o ejecutar las operaciones o actividades asignadas a los órganos y entidades del Sector Público, o antes de que sus actos causen efecto, por quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como por sus supervisores inmediatos, con el propósito de establecer su legalidad, veracidad, oportunidad eficiencia, economía y calidad.

De manera pues, que el Control Interno Previo que debe efectuarse antes (*a priori*) de adquirir obligaciones que impliquen compromisos financieros, o antes de proceder a realizar pagos, debe garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual dispone lo siguiente:

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

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

*asumir el contratista.*

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

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

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

*1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.*

*2. Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.*

*3. Que exista disponibilidad presupuestaria.*

*4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.*

*5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.”*

*(Destacado y subrayado nuestros)*

No cabe duda pues, que el control interno previo, **corresponde a la propia Administración Activa** en el ejercicio ordinario de las actividades que desempeña, los cuales deberán estar incorporados en el plan de la organización, reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos, que aplicado a los gastos de seguridad y defensa del Estado supone las particularidades que implica la naturaleza de dichos gastos que sólo podrán ser efectuados por los Despachos del Poder Ejecutivo Nacional con competencia para realizar las actividades señaladas en el artículo 68 de la Ley, y en su ordenación y ejecución, así como en el ejercicio de las actividades de control sobre los mismos, deberá preservarse el carácter secreto de dichos gastos.

Ahora bien en lo que atañe al ejercicio del control fiscal en esta nueva concepción del Control Interno juegan un papel importante las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entidades del Sec-



tor Público, a quienes corresponde ejercer el control fiscal interno, pues son las encargadas del servicio de auditoría interna (examen *a posteriori*) para 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, pudiendo practicar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el ente sujeto a su control de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, las cuales tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia.

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 a las Unidades de Auditoría Interna actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente, la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, lo que a su vez supone, también, la del órgano o ente sujeto a control, por ello no debe participar en las labores que estos cumplen para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control.

Por su parte, en lo que atañe al ejercicio del control fiscal externo de los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado, que realicen los Despachos del Ejecutivo autorizados legalmente para ello, éste corresponderá, exclusivamente, a la Contraloría General de la República.

Luego del análisis respectivo y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, conforme al cual se deroga la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) y todas las demás disposiciones que colidan con dicha Ley. Esto en concordancia

cia con lo dispuesto en el artículo 68 *eiusdem*, de allí que consideramos que se produjo la derogación tácita de los artículos del Reglamento de la Ley *in commento* del año 1995, que ordenan la remisión a este Máximo Órgano de Control, a los fines del ejercicio del control previo sobre las órdenes de pago por concepto de gastos de seguridad y defensa del Estado, así como su revisión por parte del Contralor General de la República o Sub-Contralor con el propósito de que verificaran personalmente que la respectiva orden de pago correspondían realmente a gastos considerados como destinados a la seguridad y defensa del Estado.

En efecto, en el presente caso la derogación de las disposiciones reglamentarias resulta de la incompatibilidad de sus disposiciones con la nueva ley, toda vez que la subordinación del reglamento a la Ley es absoluta, es decir, el reglamento complementa la ley, **pero no puede derogarla, modificarla, ni menos aún limitarla o excluirla**, pues ésta sólo puede ser alterada mediante el mismo procedimiento que le dio origen, es decir a través de otra Ley conforme lo disponen tanto el artículo 218 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el artículo 6 del Código Civil al establecer que las leyes sólo se derogan por otras leyes.

Al respecto, esta Dirección ha expresado que por razones elementales de seguridad jurídica, debe considerarse aún vigente este instrumento de carácter sublegal, siempre que no existan disposiciones en su texto que colidan con la nueva Ley Orgánica, de conformidad con lo dispuesto el artículo 127, ut supra citado, pues en caso de colisión, podremos hablar de una derogación *tácita*, parcial o total, del Reglamento.

Siendo así, permanecerán vigentes aquellas disposiciones que contienen aspectos que regulan de forma general la emisión de las órdenes de pago de los gastos de seguridad y defensa del Estado, la sujeción al control interno el cual debe preservar el carácter secreto de los mismos, la obligación de los funcionarios pagadores de dar cuenta de tales gastos al Ministro respectivo, así como de la obligación de los ordenadores de tales compromisos y pagos de dar cuenta al Presidente de la República y de informar de ello a la Contraloría General de la República.

Lo anteriormente señalado, permite concluir lo siguiente:

1. Los artículos del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Capítulo II “De los gastos destinados a la

Seguridad y Defensa del Estado”, que atribuían a este máximo Organismo de Control Fiscal, funciones de revisión o control previo de manera sistemática y con carácter obligatorio sobre las órdenes de pago por concepto de gastos de seguridad y defensa del Estado, no resultan aplicables en la actualidad, toda vez que sólo mantendrán su vigencia aquellos artículos del referido Capítulo del Reglamento que no colidan con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

2. Los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado estarán sujetos a las normas, procedimientos y métodos de control interno que sobre el particular dicten los titulares de los Despachos del Poder Ejecutivo Nacional, competentes para realizar las actividades señaladas en el artículo 68 de la Ley, quienes establecerán los mecanismos y procedimientos que sean necesarios con el propósito de asegurar el correcto manejo de los recursos destinados a atenderlos y en su ordenación y ejecución debe preservarse el carácter secreto de dichos gastos.
3. La Contraloría General de la República podrá asumir cualquier tipo de control previo sobre los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado, previa Resolución del Contralor General de la República que se publicará en la Gaceta Oficial de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de la citada Ley.
4. El ejercicio del control fiscal externo posterior sobre los gastos destinados a la seguridad y defensa del Estado corresponde, exclusivamente, a la Contraloría General de la República.

Memorando N° 04-00-735 del 24 de noviembre de 2008.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



*CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Improcedencia del descuento por concepto de Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica, a una dependencia adscrita a la Contraloría General de la República.*

**Los órganos de la República están exentos de la aplicación del Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica.**

Memorando N° 04-00-283 del 29 de abril de 2008.

Opinión con respecto a si el Centro de Educación Inicial “Emperatriz Córdova de Ortiz Bucarán” adscrito a la Contraloría General de la República es sujeto pasivo del Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica<sup>1</sup>, y como consecuencia de ello, determinar si es procedente que una Institución Bancaria descunte de la cuenta corriente perteneciente el Centro Educativo, la alícuota impositiva correspondiente por las transacciones financieras que realice.

El artículo 4 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin personalidad Jurídica, indica quienes son los sujetos pasivos de este impuesto a saber:

*“Son contribuyentes de este impuesto:*

- 1. Las personas jurídicas por los pagos que se hagan con cargo a sus cuentas en bancos o en instituciones financieras.*
- 2. Las entidades económicas sin personalidad jurídica, tales como las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho y los consorcios, por los pagos que hagan con cargo a sus cuentas en bancos o en instituciones financieras.*
- 3. Las personas jurídicas y las entidades económicas sin personalidad jurídica, calificada como sujeto pasivo especial por las cancelaciones que hagan sin medición de instituciones financieras. Se entiende por cancelación la compensación, novación y condonación de deudas.*

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.797 del 26 de octubre de 2007.

*4. Las personas jurídicas y entidades económicas si personalidad jurídica, vinculadas jurídicamente con los sujetos pasivos de este impuesto, por las cancelaciones que hagan sin mediación de instituciones financieras.”*

Asímismo, el artículo 9 *eiusdem* al establecer las exenciones de este impuesto dispuso lo siguiente:

*“ Están exentos del pago de este impuesto:*

*1. La República y demás entes territoriales.  
(...)”*

En el caso que nos ocupa interesa destacar que el **Centro de Educación Inicial “Emperatriz Córdova de Ortiz Bucarán**, conforme a lo previsto en la Resolución N° 01-00-047, de fecha 20 de enero de 2006<sup>2</sup>, dictada por el Contralor General de la República **es una dependencia de la Contraloría General de la República**, adscrita a la Dirección de Recursos Humanos, y presta un servicio educacional -socioeconómico- a los hijos de los funcionarios y obreros de la Contraloría General de la República.

En este orden de ideas cabe precisar que la Contraloría General de la República, si bien goza de autonomía funcional, financiera y administrativa no está dotada de personalidad jurídica propia, comparte la personalidad de la República Bolivariana de Venezuela de la cual forma parte y que a su vez constituye lo que se puede llamar persona jurídico pública “mayor” del Estado venezolano, siendo así, los actos que realice equivalen a actuaciones de la República.

De allí que está exenta del pago del referido impuesto a tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 9 del Decreto Ley en referencia y por ende, no procede el descuento que ha venido realizando el Banco con cargo a la cuenta corriente que esta dependencia de la Contraloría General de la República mantiene en esa Institución Financiera.

Memorando N° 04-00-283 del 29 de abril de 2008.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.366 del 26 de enero de 2006.



# CONTRATACIONES PÚBLICAS



*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Posibilidad de aceptar Fianza de Anticipo proveniente de una Entidad Bancaria extranjera.*

**El Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Crédito Público, no contiene disposición alguna sobre la forma de constitución de la Fianza de Anticipo en el caso de contratos plurianuales, que tengan por objeto la ejecución de obras que involucren la modalidad de convenios financieros, asimismo las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, no establecen limitaciones en cuanto a si la empresa o institución financiera a través de la cual se debe constituir la Fianza de Anticipo deba estar domiciliada en el país, solo exige que dicha institución sea de reconocida solvencia a satisfacción del ente contratante, correspondiendo al Estado como contratante ponderar la suficiencia de ésta, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

Oficio N° 01-00-000385 del 25 de junio de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la posibilidad que un Ministerio acepte por vía de excepción una Fianza de Anticipo constituida por una empresa contratista a través de una institución bancaria o empresa de seguro domiciliada en el extranjero, como consecuencia de un contrato comercial acordado de conformidad con el acuerdo internacional, Convenio Marco de Cooperación China-Venezuela.

Sobre el particular esta Dirección observa que la contratación de referencia se vincula con una operación de crédito público asumida por el gobierno venezolano con la República Popular China, motivo por el cual la competente para emitir la opinión es la Procuraduría General de la República, no obstante se emite el parecer a título de colaboración y sin carácter vinculante, en los términos siguientes:

El artículo 24 del Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema de Crédito Público, dispone que la Fianza de Fiel Cumplimiento, deberá ser constituida antes de la suscripción del contrato y otorgada **por un instituto bancario** o una empresa de seguros **nacional**, a satisfacción del órgano ejecutor.

Sin embargo, en el caso planteado no se trata de una Fianza de Fiel

Cumplimiento sino de la aceptación de una **Fianza de Anticipo**, cuyo propósito es garantizar la cantidad entregada al contratista en calidad de adelanto o anticipo para el inicio del proyecto, entrega de bienes o prestación de servicios, ante un eventual incumplimiento de su parte.

Ciertamente, el anticipo constituye una modalidad de la forma de pago, que se incluye en los contratos que celebran los órganos de la Administración Pública, bien por aplicación de una norma expresa, como es el caso de los artículos 53 y 55 de la Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, contenidas en el Decreto N° 1.417 de fecha 31 de julio de 1996<sup>1</sup>, las cuales son de obligatorio cumplimiento para aquellos contratos que celebre la República, a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Pública Nacional Central, a tenor de lo dispuesto en su artículo 1, cuyos textos regulan este aspecto específico cuando se trate de contratos de obras que celebren dichos órganos, o bien porque aunque no exista disposición expresa, la normativa que rige los contratos destinados a la adquisición de bienes y prestación de servicios da amplia cabida a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que permite a la Administración determinar a su conveniencia, el otorgamiento o no de un anticipo.

La figura del anticipo como estipulación contractual genera para el contratista la obligación de constituir garantía para asegurar la devolución de la parte del precio o del pago que se le hubiera adelantado; y **para la Administración la obligación de exigir la constitución de la garantía y su mantenimiento por todo el tiempo que esté pendiente la amortización del anticipo, debe además asegurarse que la garantía otorgada por la contratista resulte suficiente para cubrir los riesgos eventuales para los cuales se la previó.**

Resulta conveniente destacar que el artículo 53 de las Condiciones Generales en referencia, establece los **requisitos** para que el ente contratante entregue cantidades de dinero en calidad de anticipo, los cuales son: a) que el pago del anticipo y su monto se hayan establecido previamente en un contrato; b) que el contratista hubiese presentado una Fianza de Anticipo por el monto **establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria**; y c) que el ente contratante la haya aceptado.

---

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

Una vez cumplidos tales extremos, será cuando el ente contratante, dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, deberá hacer entrega al contratista, del monto del anticipo correspondiente, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio.

Se observa entonces, que de acuerdo con las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, sólo pueden pagarse anticipos que hayan sido establecidos expresamente dentro de un contrato de obras celebrado entre el ente estatal contratante y un contratista; regla que resulta aplicable tanto a los anticipos previstos en su artículo 53 (anticipos “ordinarios”) como a los anticipos contemplados en su artículo 55 (anticipos especiales y anticipos especiales administrados).

Cabe señalar, que en nuestro ordenamiento jurídico, las referidas Condiciones Generales de Contratación **constituyen el único instrumento**, que en materia de contratación de obras es donde se contempla la posibilidad jurídica de entregar cantidades de dinero al contratista antes de la ejecución de las obras, lo cual sólo puede hacerse por concepto de anticipos; y el pago de éstos por su parte, únicamente puede realizarse cuando así haya sido previsto expresamente en el documento principal del contrato, tal como es el presente caso.

Ahora bien, cabe destacar que en la Sub-Cláusula 14.2 de las **Condiciones Particulares del Contrato Comercial**, suscritas por las partes en agosto de 2006, se prevé la entrega de un anticipo para “cubrir el Proyecto del Contratista, costos de movilización, pedido de Materiales y equipo en una cantidad equivalente al treinta por ciento (30%) del precio **por cada sitio individual**, cuando el contratista presentare una Garantía de Pago del Anticipo expedida por un banco o institución financiera o empresa de seguro, reconocida y legalmente autorizada por la Superintendencia de Seguros a entera satisfacción del empleador” destacando que dicho Contrato Comercial y sus Condiciones Generales y Particulares, se rigen por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, observamos que dicha previsión contractual no estipula limitación alguna en torno al domicilio de la institución financiera o empresa de seguros, a través de la cual el contratista debía constituir la

Fianza de Anticipo, indicándose únicamente, por razones de seguridad financiera, que debía ser una institución **reconocida y legalmente autorizada por la Superintendencia de Seguros a entera satisfacción del empleador.**

Por su parte, cabe precisar que el Reglamento N° 2 antes identificado, no contiene disposición alguna sobre la forma de constitución de la Fianza de Anticipo en el caso de contratos plurianuales que tengan por objeto la ejecución de obras, que involucren la modalidad de convenios financieros.

No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 *eiusdem*, en dichos contratos comerciales se debe observar en cuanto fueren aplicables, **las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras**, a las cuales hemos hecho referencia y cuyo artículo 53 además de establecer el otorgamiento del anticipo, dispone que para proceder a su entrega, el contratista deberá presentar una **Fianza de Anticipo** por el monto establecido en el documento principal, **emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia**, a satisfacción del ente contratante y según texto elaborado por éste, dentro del inicio de la obra. A los fines de amortizar progresivamente el monto del anticipo concedido hasta su total cancelación, el ente contratante deberá establecer el porcentaje a deducirse de cada valuación a pagar al contratista.

Por su parte, el artículo 54 de las Condiciones *in commento*, prevé que el monto de la Fianza de Anticipo **se reducirá progresivamente en la misma medida en que se fuere amortizando**, pero en ningún caso, podrá ser inferior a la parte no amortizada de éste. En el caso bajo examen, esta previsión se encuentra establecida en las mencionadas Condiciones Particulares del Contrato Comercial, al señalar expresamente que “*El anticipo **deberá ser amortizado a través de deducciones equivalentes al 30% de la Obra Ejecutada de cada sitio, en cada una de las valuaciones presentadas mensualmente; las cuales se ajustarán a los requerimientos de forma y contenido de el empleador (...).***”

Como puede observarse, las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, no establecen limitaciones respecto a la empresa o institución financiera, a través de la cual se debe constituir la

Fianza de Anticipo con ocasión de la suscripción de un contrato para la ejecución de obras, en el sentido que deba tener su domicilio en el país, por el contrario sólo se refiere expresamente a que dicha institución debe ser de reconocida solvencia, a satisfacción del ente contratante.

En tal sentido, resulta claro que tanto las Condiciones Particulares del Contrato Comercial, convenidas por las partes como las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, **sólo prevén que la institución por medio de la cual se constituya la Fianza de Anticipo, debe ser una empresa de solvencia reconocida aceptada por el contratista.**

En la aceptación de la Fianza otorgada por la empresa extranjera incide además, que de conformidad con lo previsto en el artículo 185, numeral 6 y 189 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras<sup>2</sup>, los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras tienen **prohibido** otorgar créditos de cualquier clase, dentro de los cuales se encuentran las garantías, a una sola **persona** natural o **jurídica**, por cantidades que excedan en su totalidad del **diez por ciento (10%) del patrimonio del banco**, como ocurre en el caso bajo análisis, donde el monto a afianzar por alguna institución financiera venezolana supera la capacidad de los bancos consultados, conforme a la Ley *in commento*, lo cual impide a dichas instituciones cumplir de manera voluntaria el requerimiento de la empresa contratista a satisfacción del ente contratante, y abona también a la aceptación de la Fianza, el hecho de que el Proyecto de Vivienda Social tiene como propósito la ejecución masiva de unidades habitacionales en diferentes localidades del territorio nacional, en aras de garantizar a los ciudadanos el derecho a obtener una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales, que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que, en principio, no existe obstáculo legal alguno, para que sea constituida una Fianza de Anticipo, mediante una empresa bancaria o de seguros domiciliada en el extranjero, **siempre y cuando sea de reconocida solvencia.**

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

En todo caso, corresponderá al ente contratante **ponderar la suficiencia de la garantía**, pues el propio numeral 3 del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>3</sup>, deja cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la apreciación y valoración de este requisito por parte de los funcionarios responsables de su verificación, de allí que la decisión de aceptar o no dicha Fianza, corresponde de manera exclusiva al ente contratante, quien deberá sopesar los aspectos analizados.

Oficio N° 01-00-000385 del 25 de junio de 2007.

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.347 de 17 de diciembre de 2001.



*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Inclusión en los contratos de servicios de una cláusula que contemple los ajustes por concepto de variación de la Unidad Tributaria en el beneficio de Cesta Ticket y del compromiso de responsabilidad social.*

**El ajuste del valor de cesta ticket, en base a la actualización anual de la Unidad Tributaria, constituye una obligación de carácter legal que debe ser cumplida por el contratista, de allí que resulta innecesaria la inclusión de una cláusula que contemple expresamente el cumplimiento de dicha obligación. En relación al compromiso de responsabilidad social no es necesario su inclusión, por tratarse de un deber que deviene de Ley; sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley de Contrataciones Públicas, no existiría impedimento alguno para su incorporación como medida de control para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.**

Memorando N° 04-00-372 del 03 de junio de 2008.

Posibilidad de incluir en los contratos de servicios que suscribe este Organismo Contralor, una cláusula que contemple los ajustes con ocasión de los cambios anuales en la Unidad Tributaria, durante la vigencia del contrato, que incidan en el monto a cancelar por concepto de cesta ticket, así como también la incorporación de una cláusula que convenga expresamente el compromiso de responsabilidad social.

Analizados como han sido los planteamientos formulados, esta Dirección General estima procedente indicar lo siguiente:

**1. Posibilidad de incluir en los contratos de servicio una cláusula que contemple los ajustes con ocasión de los cambios anuales en la Unidad Tributaria sobre el beneficio de Cesta Ticket**

Como punto preliminar, debemos señalar que los contratos de servicio, tienen por objeto la prestación de cierta actividad personal, que se materializa mediante la realización de trabajos concretos, a favor o en beneficio de una persona (natural o jurídica), en la que predomina fundamentalmente, una obligación de hacer, normalmente este tipo de prestación es ejecutada por **personas naturales**, aún cuando el contratista sea una persona jurídica, es decir, una Empresa, Sociedad, Cooperativa, entre otras figuras de carácter representativo.

La doctrina administrativa al definir los contratos de servicio o *de prestación de servicios*, como se les denomina comúnmente, basa sus postulados en el objeto mismo de la actividad a ser desplegada por el contratante, calificando como tales, aquellos contratos mediante los cuales la administración requiere de un particular -persona natural o jurídica- la prestación de servicios técnicos, económicos, industriales, complementarios de funciones de la administración o de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones, entre otros.

En los contratos de este tipo celebrados por la Contraloría General de la República, como ente contratante, generalmente se incluye una cláusula en la cual se establece la obligación por parte del ente contratante, **de pagar la diferencia que se genera en el concepto de pago de personal (personas naturales) contemplado inicialmente en la oferta presentada por el Contratista y el aumento del salario mínimo que sea eventualmente decretado por el Ejecutivo Nacional, por ser éste un derecho de carácter salarial ineludible**, tal como se desprende de los artículos 173 y 627 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>1</sup> en concordancia con lo previsto en el artículo 60 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>2</sup>.

En ese sentido, y a los fines de precisar si debe incluirse en los contratos de servicio que celebre el Organismo, una cláusula similar que haga referencia específica a la incidencia de la variación del valor de la unidad tributaria en el beneficio de alimentación cumplido a través de la modalidad de cesta tickets, es necesario indicar que estos constituyen mecanismos mediante los cuales el empleador otorga el beneficio de alimentación a que está obligado, de conformidad con lo previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores<sup>3</sup>, cuyo propósito es proteger y mejorar el estado nutricional de los trabajadores, comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, fortalecer su salud, prevenir enfermedades ocupacionales y propender a una mayor productividad laboral a través del suministro de una comida balanceada por jornada de trabajo.

Conforme a la citada Ley, es un deber de toda empresa o grupos empresariales del sector público o privado que tengan veinte (20) o más

---

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

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.094 del 27 de diciembre de 2004.

trabajadores, otorgar el beneficio de alimentación a aquellos trabajadores que devenguen un salario normal que no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos, para lo cual podrán utilizar, entre otros, los cupones, tickets o tarjetas electrónicas, como mecanismos indirectos de cumplimiento del beneficio, y que independientemente de su naturaleza no remunerativa y de no constituir un componente más del salario del trabajador, constituyen de manera inequívoca **una obligación laboral de carácter legal**.

En ese orden de ideas, cabe señalar que cuando el empleador otorga el beneficio previsto en dicha Ley, a través de cupones, tickets o tarjetas electrónicas, debe suministrar al trabajador un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podrá ser inferior a **0,25 Unidades Tributarias, ni superior a 0,50 Unidades Tributarias**. De esta manera, la Unidad Tributaria actúa como medida de valor que permite **equiparar y actualizar a la realidad inflacionaria**, no sólo los montos de las bases de imposición, exenciones y sanciones, sino el valor que debe suministrarse a los trabajadores acreedores de dicho beneficio, a través de tales mecanismos. Por eso, cuando el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 121 del Código Orgánico Tributario, ajusta el valor de la Unidad Tributaria<sup>4</sup>, como correlativo, aumenta, el valor de los cupones, cesta tickets o cargas mínimas en las tarjetas electrónicas, cuyo costo diario actualmente, no podrá ser inferior a once con 50/100 bolívares fuertes (BsF.11,50) por jornada de trabajo según promedio que deviene de la Ley, destacando que, en la actualidad el valor de la unidad tributaria es de 46 bolívares fuertes.

Esta diferencia o ajuste en el marco de la ejecución de los contratos de servicios a que se hizo referencia, debe ser reconocida por el contratista (empleador), quien **está obligado a ajustar el monto del valor de los mencionados instrumentos que suministra a sus trabajadores, conforme a la Ley**.

Por su parte el órgano o ente contratante, en este caso la Contraloría General de la República debería en principio, reconocer la diferencia en el

---

4 Providencia Administrativa Pública en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.855 del 22 de enero de 2008.

monto que corresponde pagar al contratista por el servicio prestado, pues el factor sobreviniente que distorsiona el equilibrio de la relación contractual y determina aumentos en los costos o precios estimados por el contratista en su oferta, fue un acto emanado de un órgano de la Administración.

Ciertamente, fue un acto administrativo de efectos generales dictado por la autoridad competente (SENIAT), el que alteró el equilibrio de los contratos en referencia, que si bien no modifica directamente el objeto del contrato, incide o repercute sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista, sin culpa de éste ya que al momento de presentar su oferta el contratista incluyó, por tal concepto, un monto inferior al que deberá pagar al entrar en vigencia esta modificación.

Dentro de ese contexto, cabe señalar que al romperse el balance razonable entre cargas y ventajas que el contratista ha tomado en consideración; “como un cálculo”, y que lo han determinado al contratar, resulta equitativo restablecer ese equilibrio, que fue tomado en consideración como un elemento determinante del contrato, sobre todo considerando que la causa de la agravación deviene de un acto, hecho u operación que si bien no es atribuible al ente contratante, emana de un órgano del Poder Público en otra de sus ramas, susceptible de perturbar la ecuación contractual en perjuicio del contratista, pues ese acto se traduce en una medida imperativa y de obligado acatamiento por parte de éste.

En casos como el planteado, ese equilibrio económico se ve alterado por variaciones en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato, a consecuencia de un acto administrativo de carácter general proferido por la Administración Tributaria (hecho del príncipe); que afecta la ejecución del contrato, y por lo tanto, el contratista puede solicitar su modificación conforme a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas, ante las variaciones del presupuesto original fundamentadas en hechos posteriores imprevisibles a la fecha de presentación de la oferta, las cuales, previa aprobación por el órgano o ente contratante, darán lugar a la modificación del contrato.

En ese sentido, respecto a la posibilidad de incluir variaciones en el contrato, los presupuestos o en los precios, la novísima Ley de Contrataciones Públicas<sup>5</sup> dispone lo siguiente:

---

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

### **Modificaciones**

**“Artículo 106.** El órgano o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista. Así mismo, éste podrá solicitar al órgano o ente contratante cualquier modificación que considere conveniente, la cual deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico, técnico y de su presupuesto, y el órgano o ente contratante deberá dar oportuna respuesta a la misma. El contratista sólo podrá realizar las modificaciones propuestas cuando reciba autorización por escrito del órgano o ente contratante, debidamente firmada por la máxima autoridad o de quien éste delegue.

### **Causas de modificación del contrato**

**Artículo 108.** Serán causas que darán origen a modificaciones del contrato las siguientes:

1. El incremento o reducción en la cantidad de la obra, bienes o servicios originalmente contratados.
2. Que surjan nuevas partidas o renglones a los contemplados en el contrato.
3. Se modifique la fecha de entrega del bien, obra o servicio.
- 4. Variaciones en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato.**
5. Las establecidas en el Reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

### **Variación del presupuesto**

**Artículo 109.** Se consideran variaciones del presupuesto original las fundamentadas por el contratista, **por hechos posteriores imprevisibles a la fecha de presentación de la oferta**, debidamente aprobadas por el órgano o ente contratante. En el caso de contratos para la ejecución de obras, también se considerarán variaciones los aumentos

*o disminuciones de las cantidades originalmente contratadas; así como las obras adicionales.*

### **Variaciones de precios**

**Artículo 110.** *Todas las variaciones de precios que hayan afectado realmente el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, debidamente aprobadas por el órgano o ente contratante, se reconocerán y pagarán al contratista de acuerdo a los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en fórmulas polinómicas o el de comprobación directa.*

*El Reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, establecerá los elementos para considerar las variaciones de precios que por diversos motivos sean presentadas a los órganos o entes contratantes.”*  
(Destacado nuestro)

Sobre la base de lo expuesto y considerando que el ajuste del valor del cesta ticket en base a la actualización anual de la Unidad Tributaria, constituye una obligación de carácter legal que debe ser cumplida por el contratista conforme a la Ley, en criterio de esta Dirección General, resulta innecesaria la inclusión de una cláusula que contemple expresamente el cumplimiento de dicha obligación.

En todo caso podría modificarse la redacción de la cláusula que usualmente se incluye en los contratos celebrados por este Organismo, a la cual hicimos referencia, de manera que se incluya en ésta, no sólo el aumento del salario mínimo y el IVA, sino que abarque otros beneficios de obligatorio cumplimiento por parte del contratista a raíz de una disposición legal o sublegal.

A todo evento, al plantearse la inclusión de la cláusula que contemple los ajustes con ocasión de los cambios anuales en la Unidad Tributaria, deben también considerarse las modalidades de ejecución del contrato pues, en materia de contratos de servicio, la inclusión de dicha cláusula no sería necesaria en los contratos cuya ejecución sea de tracto inmediato, esto es, aquéllos en los cuales la prestación se cumple

en una sola unidad de tiempo; sería factible en los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquéllos en los cuales la ejecución de la prestación se lleva a cabo en varios períodos de tiempo, ya que las obligaciones derivadas del mismo deben ser cumplidas por las partes, no de manera instantánea, sino de manera sucesiva, cuando el servicio se contrate con empresas que estén obligadas a otorgar el beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

## **2. Cláusula que convenga expresamente el Compromiso de Responsabilidad Social**

Dentro del marco del Sistema Socioeconómico, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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, garantizando 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.

Dicha previsión consagrada en el Texto Fundamental, es la norma marco en materia de Responsabilidad Social en Venezuela, a los fines de incorporar al sector privado de manera **corresponsable** 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.**

Ahora bien, en el marco de las contrataciones públicas con el Estado venezolano, tenemos que de conformidad con lo previsto en el numeral 19 del artículo 6 del Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de

Ley de Contrataciones Públicas<sup>6</sup>, el **Compromiso de Responsabilidad Social**, son todos aquellos acuerdos que los **oferentes** establecen en su **oferta**, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con:

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

Estos acuerdos se generan y ejecutan en el ejercicio de la actividad que realizan los entes y órganos del Sector Público para adquirir bienes, prestar servicios y ejecutar obras, con el propósito de cumplir la misión para la cual han sido creados, lo cual apunta en la satisfacción y bienestar de la colectividad.

Durante la vigencia de la Ley de Licitaciones<sup>7</sup>, en cuyos procedimientos se aplicaba también el Decreto N° 4.998<sup>8</sup>, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y Otras Formas Asociativas, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el País, el compromiso de responsabilidad social se exigía a que las (PyMis, cooperativas y otras formas asociativas) que participaban en los procedimientos de selección de contratistas y deseaban beneficiarse con las preferencias porcentuales previstas en el Decreto, quienes debían acompañar a su oferta una declaración jurada especificando, entre otros aspectos, el

---

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

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

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



compromiso de responsabilidad social que se comprometían a realizar en caso de resultar seleccionados como contratistas.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas (Decreto N° 5.929), en principio, **esta previsión legal de exigir el compromiso de responsabilidad social, aplica en todos los contratos, suscritos con ocasión de los procedimientos iniciados, mediante las modalidades de selección de contratistas a que se refiere la Ley de Contrataciones Públicas**, (concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precio y contratación directa, ésta última excepcional), toda vez que actualmente el mencionado compromiso debe ser establecido por todos los oferentes, personas naturales o jurídicas, en sus ofertas, **sin distinción de la categoría a la cual pertenece**, de conformidad con la clasificación que realiza el Servicio Nacional de Contrataciones, resaltando que dicho compromiso sólo será cumplido por aquel oferente a quien se le haya **adjudicado total o parcialmente el contrato de que se trate**.

La citada Ley, establece de manera general, que el Pliego de Condiciones debe prever de forma clara y precisa, entre otros aspectos, el establecimiento del Compromiso de Responsabilidad Social (numeral 14 del artículo 44). Asimismo, el Compromiso debe ser establecido en la oferta por los oferentes, (numeral 19 del artículo 6) vale decir, por las personas naturales o jurídicas que han presentado **una manifestación de voluntad de participar o una oferta en alguna de las modalidades previstas en la Ley in commento**, pues en caso de no indicar el compromiso la oferta será rechazada, conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 71 *eiusdem*.

Aunado a esto, la Ley de Contrataciones Públicas establece en el artículo 95, la obligación del órgano o ente contratante, de garantizar a los fines de la administración del contrato, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, a través de controles que permitan regular entre otros aspectos, el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social.

De manera que dentro del contexto de las normas citadas, el compromiso de Responsabilidad Social, constituye una condición de estricto cumplimiento para la participación dentro de las contra-

taciones del Estado, que debe estar debidamente especificado en los pliegos de condiciones, en la oferta y hasta en las cláusulas de los contratos. No cabe duda pues, que el establecimiento del Compromiso de Responsabilidad Social y su ulterior ejecución por parte del beneficiario de la adjudicación de un contrato, comprende una obligación de carácter legal que debe ser atendida en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones y en la oferta respectiva.

En ese orden de ideas, cabe precisar que la Ley de Contrataciones Públicas al definir el Compromiso de Responsabilidad Social, utiliza términos vinculados indudablemente a las modalidades de selección de contratistas, tales como oferta, entendida esta como “(...) *aquella propuesta que ha sido presentada por una persona natural o jurídica, cumpliendo con los recaudos exigidos para suministrar un bien, prestar un servicio o ejecutar una obra*”<sup>9</sup>; **oferente**, definido como “(...) *la persona natural o jurídica que ha presentado una manifestación de voluntad de participar o una oferta en alguna de las modalidades previstas en el presente Decreto (...)*”<sup>10</sup>, de allí que pareciera que sólo aquellas contrataciones sujetas a los procedimientos previstos en la Ley están sujetas al cumplimiento del referido compromiso.

En ese sentido, los **contratos de servicios profesionales y laborales**, entendidos los primeros conforme a lo dispuesto en el artículo 6.19 de la Ley de Contrataciones Públicas como “(...) *los servicios prestados por personas naturales o jurídicas, en virtud de actividades de carácter científico, técnico, artístico, intelectual, creativo, docente o en el ejercicio de su profesión, realizados en nombre propio o por personal bajo su dependencia.*”, al estar expresamente **excluidos de la aplicación de las referidas modalidades de selección de contratistas**, a tenor de lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la misma Ley, **no sería aplicable en estos contratos el Compromiso de Responsabilidad Social**, en tanto, sólo quien tiene el **carácter de oferente** dentro un procedimiento que se activa cuando procede cualquiera de las modalidades de selección de contratistas a que se refiere esta Ley, está legalmente obligado a establecer el aludido

---

9 Artículo 6, numeral 9 de la Ley de Contrataciones Públicas.

10 Artículo 6, numeral 10 de la Ley *ut supra* indicada.

compromiso y a cumplirlo en el caso que sea beneficiario de la adjudicación del contrato, situación en la que se encuentran de igual manera, los demás contratos señalados en el referido artículo 5 de la Ley *in commento*.

Es necesario precisar, que dicha excepción tendría su justificación en el objeto mismo de los contratos, toda vez que el contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural, se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo su continuada dependencia o subordinación y mediante remuneración. Sus elementos esenciales son el ejercicio de una actividad personal por parte del trabajador, de manera continua y bajo subordinación o dependencia del trabajador con respecto a su empleador, a cambio de la cual recibe un salario como retribución del servicio, estos contratos implican una relación de carácter laboral tutelada por la Ley Orgánica del Trabajo.

Por su parte el contrato por honorarios o servicios 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 cierta cantidad de dinero por dichos servicios denominados honorarios. La denominación de contrato de honorarios profesionales, es una expresión genérica que se utiliza para designar aquél contrato civil que por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero donde efectivamente, hay prestación de servicios, porque a cargo del contratista pesa una obligación de hacer que implica la ejecución de labores en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional en determinada materia, actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica.

Son precisamente estas categorías de contratos los exceptuados de las modalidades de selección previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, por ende, en criterio de esta Dirección, sin perjuicio de la facultad del Ejecutivo para dictar las medidas a que se refiere el artículo 5 *eiusdem*, que regulen la modalidad de selección para esas materias, el compromiso de responsabilidad social no se exigiría cuando se trate de dichos contratos.

Salvo la excepción indicada, en los contratos de servicios sujetos a los procedimientos previstos en la Ley, es importante precisar que el legislador no establece un parámetro **desde el punto de vista del monto mínimo (quatum) en U.T.** para el establecimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, circunstancia que genera dudas en el campo práctico, ante la dificultad para lograr la materialización de dicha obligación, sobre todo cuando se trata de montos menores, especialmente, aquellos con rango entre una (1) y dos mil quinientas (2.500) unidades tributarias (bienes y servicios objeto de la modalidad de Consulta de Precios), en los cuales resulta de mayor complejidad, la aplicación del aludido Compromiso Responsabilidad Social.

Con el propósito de ejemplificar la situación planteada, utilizemos el siguiente caso hipotético: la Administración, pretende la “adquisición o compra de materiales de ferretería, que alcanzan un monto estimado destinado a la referida compra de dos mil trescientos bolívares fuertes (Bs.F 2.300,00), que equivalen a cincuenta (50) unidades tributarias (valor actual de la U.T. 46 Bs.F.)”. En este ejemplo, pese a que por el monto de la adquisición (Bs.F 2.300,00), resulta aplicable la modalidad de Consulta de Precios, a todas luces no procedería la aplicación del Compromiso Responsabilidad Social, no sólo por el monto sino por tratarse de compras en las que por su **objeto, cotidianidad, valor, forma de venta o prestación, entre otras particularidades del caso**, son operaciones destinadas a actividades diarias que garanticen el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa que ejecutan los órganos y entidades del sector público, cuya tramitación no permite encuadrar el mencionado Compromiso, toda vez que el objetivo primordial de éste es lograr un **verdadero aporte o una cooperación significativa** en el entorno de la comunidad o localidad en la cual se está desarrollando el contrato.

Así las cosas y con el sano propósito de cumplir el objetivo real a que se contrae la figura del Compromiso de Responsabilidad Social, y evitar en la práctica dificultades en la esfera de la actividad contractual de los órganos y entes del sector público, entorpeciendo su normal desenvolvimiento estimamos, salvo mejor criterio, que dicho compromiso podría ser establecido **cuando se trate de contratos cuyos montos estimados sean superiores a 4.000 U.T. en el caso**

**de bienes y servicios, y de 5.000 U.T para ejecución de obras**, a los fines de facilitar la materialización de los contratos con montos de rango menor y la correcta aplicación del mencionado Compromiso de Responsabilidad Social, en el sentido que se logre el propósito de su aplicación en la comunidad o localidad respectiva, considerando que, es a partir de los límites indicados que la Ley de Contrataciones Públicas (artículo 29), exige que los interesados en presentar ofertas en todas las modalidades de selección de contratistas previstas en la mencionada Ley, estén inscritos en el Registro Nacional de Contratistas.

Dicha afirmación tendría su fundamento en lo dispuesto en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>11</sup>, los cuales precisan que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica. La simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

Finalmente, respecto a la posibilidad de incluir en los contratos, sean éstos de prestación de servicios, adquisición de bienes o ejecución de obras, la cláusula que establezca de manera expresa para el contratista la obligación de cumplir el Compromiso de Responsabilidad Social, consideramos que en principio y al igual que en el caso del beneficio de cesta ticket, no es necesario su inclusión, por tratarse de un deber que deviene de Ley. Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley de Contrataciones como medida de control para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, entre ellas, del compromiso de responsabilidad social, no existiría impedimento alguno desde el punto de vista jurídico, para que la referida cláusula sea incorporada

<sup>11</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. En idéntico sentido se refiere la Ley Contra la Corrupción en los artículos 16 y 17.

en el contrato respectivo, lo cual ratificaría de manera contractual el compromiso que debe cumplir el beneficiario de una oferta al contratar con un ente u órgano del Sector Público venezolano.

Memorando N° 04-00-372 del 03 de junio de 2008.

*CONTRATACIONES PÚBLICAS: Exigibilidad de la Solvencia Laboral.*

**Existen situaciones en las cuales puede reconsiderarse la petición de la solvencia laboral como requisito de obligatorio cumplimiento.**

Memorando N° 04-00-547 del 28 de agosto de 2008.

Opinión respecto a los casos en que debe exigirse, a los proveedores de bienes y servicios que contraten con este Organismo Contralor la Solvencia Laboral, así como que se especifiquen los montos y la excepciones en los supuestos que apliquen.

Examinado el asunto, podemos señalar que el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto N° 4.248<sup>1</sup> de fecha 30 de enero de 2006, adoptó una serie de medidas dirigidas a garantizar que los patronos y patronas cumplan, en un marco de responsabilidad y solidaridad social, con los derechos laborales que le corresponden a sus trabajadores y trabajadoras contenidos en el ordenamiento jurídico venezolano, tales como: jornada de trabajo, vacaciones, salario mínimo digno y vital, prestación de antigüedad, estabilidad e inamovilidad laboral, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, libertad sindical, entre otros.

Esta normativa de rango sublegal, fue dictada con el objeto de regular el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados, con la finalidad de garantizar los derechos humanos laborales de los trabajadores e instituir dicha solvencia como un requisito de obligatorio cumplimiento por los patronos que deseen celebrar contratos, convenios o acuerdos con órganos, entes y empresas del Estado.

La solvencia laboral, es definida en el Decreto en cuestión, como un documento administrativo emanado del Ministerio del Trabajo destinado a certificar que el empleador respeta los derechos humanos, laborales y sindicales de sus trabajadores, el cual en los términos del Decreto citado se erige en un requisito imprescindible (artículo 2°) para que empresas privadas, asociaciones y cooperativas puedan contratar con órganos, entes y empresas del Estado; soliciten créditos

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.371 del 02 de febrero de 2006.

provenientes del sistema financiero público; accedan al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo; reciban asistencia técnica y servicios no financieros; participen en los programas de compras del Estado, ruedas y macro ruedas de negocios, nacionales e internacionales; renegocien deudas con el Estado; reciban apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica; soliciten recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción; participen en procesos de licitación; tramiten y reciban divisas de la administración pública; y soliciten permisos o licencias de importación y exportación.

El Decreto en comentario, prevé además, la creación del Registro Nacional de Empresas y Establecimientos (RNEE) como el órgano en el cual se hará constar todo lo referente a la solvencia laboral. Este Registro fue creado mediante Resolución del Ministerio del Trabajo N° 4.524<sup>2</sup>, con carácter único, público y obligatorio para la consolidación y concentración de los datos en materia de trabajo y de seguridad social de todas las empresas y establecimientos del país, información que servirá de base para el otorgamiento y revocatoria de la solvencia laboral. En este Registro están obligados a inscribirse todas las empresas y establecimientos sometidos a la legislación laboral y de seguridad social, a los fines de obtener su Certificado de Registro contentivo del Número de Identificación Laboral (NIL) dato necesario para tramitar la citada solvencia.

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

***“Artículo 228.- Solvencia Laboral. Los órganos, entes y empresas del Estado sólo podrán celebrar contratos,***

---

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

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



convenios o acuerdos con patronos o patronas a quienes el Ministerio del Trabajo les haya expedido la solvencia laboral correspondiente.

La solvencia laboral constituye un requisito indispensable para:

- a) Solicitar créditos provenientes del sistema financiero público;
- b) Acceder al Sistema Nacional de Garantías, Fondo de Riesgo y Sociedad de Capital de Riesgo;
- c) Recibir asistencia técnica y servicios no financieros;
- d) Participar en los programas de compras del Estado, ruedas y macro ruedas de negocios, nacionales e internacionales;
- e) Renegociar deudas con el Estado;
- f) Recibir apoyo y protección integral para la innovación y ampliación tecnológica;
- g) Solicitar recursos que favorezcan la importación de materias primas, insumos y/o tecnologías dirigidos a mejorar y ampliar la producción;
- h) Participar en procesos de licitación;
- i) Tramitar y recibir divisas de la administración pública; y
- j) Solicitar para su aprobación el otorgamiento de permisos o licencias de importación y exportación.”  
(Subrayado nuestro)

Así pues, tanto el Decreto 2.248, como el artículo 228 del citado Reglamento y la Resolución del Ministerio del Trabajo, se constituyen en una prohibición que restringe la posibilidad de contratar de los órganos, entes y empresas del Estado, limitándolas a aquellas empresas a quienes el citado Ministerio les hubiese otorgado la solvencia laboral.

En consecuencia, los órganos y entes del sector público, sólo podrán celebrar contratos, o convenios derivados de procedimientos contrata-

ción con empresas privadas y asociaciones cooperativas que posean la solvencia laboral.

Así las cosas, de acuerdo con las normas que anteceden y en atención al principio de legalidad, no es posible exonerar a alguna empresa del cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa citada, máxime tomando en cuenta los extremos que en ejercicio de control previo, debe verificar la Administración Activa antes de proceder a la adquisición de bienes o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>4</sup>, destacando entre estos que se hubiere cumplido con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, actualmente Contrataciones Pública, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, resulta de necesaria consideración que la Administración Pública en aras de garantizar el buen funcionamiento para el cumplimiento de sus actividades, celebra diversas contrataciones cuyos montos son relativamente bajos y que tienen entre otros objetivos, la satisfacción del interés general público, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, por ello, en estos casos es necesario evaluar la solicitud del requisito en comentario, ante las dificultades que se presentan en la práctica al momento de efectuar tales operaciones que como señalamos están destinadas a actividades diarias que garantizan el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa que ejecutan los órganos y entidades del sector público de manera rutinaria cuyo objeto, cotidianidad, valor, forma de adquisición, venta o prestación, constituyen situaciones que conducen a reconsiderar la petición de la solvencia laboral como requisito de obligatorio cumplimiento.

En este sentido, es oportuno citar el Oficio N° 297 emanado de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo de fecha 17 de julio de 2006, en el cual se indicó que no se requerirá la presentación previa de la solvencia laboral como requisito indispensable para la realización de

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

*las actividades diarias que garantizan el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa y que se ejecutan mediante órdenes de compra y de servicio inferiores a mil cien unidades tributarias (1.100 U.T.), supuesto que no podrá trasladarse a ningún otro caso en que la exigencia de este requisito sea obligatoria.*

En este orden de ideas, tomando como parámetro o referencia lo establecido en el aludido Oficio, así como lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto con Rango y Valor de Fuerza de Ley de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>5</sup> y a fin de solventar el problema confrontado por la Dirección consultante en el ejercicio de su actividad diaria, pues está obligada a actuar en forma oportuna y adecuada para la obtención de los fines que persigue, consideramos que podrían exceptuarse de la exigencia de la solvencia laboral, aquellas operaciones diarias que ejecutan de manera rutinaria, que garantizan el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa destinada a la adquisición de bienes o contratación de servicios, cuyo monto estimado sea inferior a cuatro mil unidades tributarias (4.000 UT), o a cinco mil unidades tributarias (5.000 UT) en el caso de ejecución de obras, casos en los cuales no se requerirá la presentación previa de la solvencia como requisito indispensable. En todo caso en dichas operaciones se respetarán los principios que rigen las contrataciones públicas, tales como la transparencia, honestidad, igualdad, economía, entre otros, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del citado Decreto.

Cabe destacar, que la solvencia laboral no será necesaria cuando el contrato para la ejecución de una obra, el suministro de bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público o a una cooperativa que no contrate servicios de no asociados.

La propuesta se efectúa con fundamento en lo dispuesto en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>6</sup> y en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que precisan que la actividad administrativa debe desarrollarse en la forma más oportuna y adecuada para la obtención de los fines que persigue apoyada en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia,

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

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

buena fe y confianza, y dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica. Con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, pues la Administración Pública esta al servicio de los ciudadanos.

Memorando N° 04-00-547 del 28 de agosto de 2008.

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: La Figura de Interpuesta Persona.*

**La prohibición a que alude la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 145, no sólo puede ser vista desde la contratación que realiza el servidor público por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, con el órgano o ente para el cual presta servicios y que realiza el contrato, o bien con cualquier otra institución del Sector Público, sino que también se configura la prohibición y particularmente la figura de la contratación por persona interpuesta, cuando el servidor público contrata con el Estado venezolano (sentido general), sirviéndose de la representación de una persona jurídica, en la cual el servidor de manera directa es accionista o sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, pues desde éste ángulo, el sujeto sobre el cual recae la prohibición estaría contratando con el Estado.**

Memorando N° 04-00-581 del 02 de agosto de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección respecto a si es procedente que un órgano del Estado pueda suscribir un contrato de arrendamiento de un inmueble en el cual figura como accionista un funcionario adscrito a dicho órgano, a tal fin se anexó la opinión tanto de la Consultoría Jurídica como de la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio, quienes llegaron a las conclusiones siguientes:

Consultoría Jurídica señala (...) *“la contratación en arrendamiento de dicho inmueble en ningún momento puede originar conflicto de intereses, toda vez que la ciudadana...no posee competencia ni ingerencia para dicha escogencia de la contratación y menos aún para la toma de cualquier decisión aunado a que dicha ciudadana presentó su formal inhibición al caso”* (...).

El órgano de Control Interno precisa, *“el contenido del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se observa claramente que el caso bajo análisis no encuadra como ilícito administrativo dentro de las causales taxativamente señalada en el citado artículo”*.

Ahora bien, como aspecto preliminar se debe tener en cuenta que la opinión solicitada corresponde a una actividad cuyos extremos legales deben ser verificados por la administración activa, y que de ser emitida una respuesta categórica en torno a la posibilidad de que se materialice la

suscripción del respectivo contrato, podría constituir un acto de control previo sobre el compromiso que se prevé celebrar, actividad esta última, que la Contraloría General de la República no ejerce desde el año 1997, conforme consta en Resolución N° 01-00-00-030 del 29 de agosto de 1996<sup>1</sup>, por cuyo intermedio se transfirió tal competencia a la administración activa.

No obstante, siendo esta Contraloría General de la República un órgano del Poder Ciudadano, al cual le corresponde velar por la buena gestión y legalidad en el uso del patrimonio público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, detectando el carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y con fundamento en el principio de colaboración que ha de regir entre los órganos integrantes del Poder Público Nacional, estima procedente realizar algunos señalamientos, sin carácter vinculantes en torno a los preceptos legales que rigen la materia consultada.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup>, en su artículo 145 establece: “**Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrán celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley.**” (Destacado nuestro)

La citada disposición, ha sido concebida como una limitación al principio de libertad de contratación, la cual consideramos comprende o abarca a todos cuantos estén al servicio de las personas jurídicas allí mencionadas, entendiéndose que tal prohibición de contratar con el Estado, no es solo para la persona que presta el servicio en la dependencia, sino también para aquellas que tienen algún vínculo de consanguinidad o afinidad con este último. Sin embargo, según el citado artículo, la prohibición de contratar no es absoluta, puesto que como la misma norma lo indica, admite las excepciones establecidas legalmente.

Por ello, creemos que no es procedente aplicar la prohibición de con-

---

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.036 del 04 de septiembre de 1996.

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



tratar en desmedro de la operatividad de otras normas Constitucionales, como por ejemplo, las que consagran el derecho a la vivienda, a la salud o a los servicios básicos, o la posibilidad de realizar expropiaciones por causa de utilidad pública, sin que en todos estos casos u otros similares encuentre fundamento, la prohibición para contratar conforme a la Constitución, en circunstancias o elementos de convicción o de prueba que permitan afirmar que el servidor del Estado pretenda valerse de esa condición y obtener ventajas indebidas al contratar con el mismo.

Así mismo, sobre tal limitación de contratación, la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>3</sup> en su artículo 34 prevé:

*“Artículo 34. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y los reglamentos, se prohíbe a los funcionarios o funcionarias públicos:*

***Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes(...)***

***(...) Intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales.”*** (Destacado nuestro)

Así las cosas, cabe precisar que el propósito y alcance de esta prohibición es evitar que aquellos que presten servicios al Estado venezolano **hagan uso de su posición para obtener beneficios indebidos o ilícitos**. La norma se refiere a todos aquellos que presten servicio a los municipios, los estados, la República y demás personas de Derecho Público o Privado estatales, por ello el Constituyente prefirió utilizar la expresión “Quien esté al servicio”, en lugar de, “ningún funcionario o empleado público”, para hacer más amplia la norma constitucional.

---

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

La amplitud con que fue redactada la norma constitucional, permite extraer los siguientes postulados:

1. La prohibición está dirigida a quienes “estén al servicio” de los órganos y entes *ut supra* citados, independientemente del carácter con que lo hagan y abarca no sólo a quienes sean funcionarios o empleados públicos.
2. La prohibición incluye, además, a las **personas interpuestas del servidor público** y se extiende a la contratación en representación de otro.
3. Impide a los servidores públicos contratar válidamente con tales órganos y las personas jurídicas territoriales o extra-territoriales.
4. Sólo por Ley pueden establecerse excepciones a esta prohibición de contratar.

Dicha normativa como se evidencia de su interpretación, tiene un carácter **de ética y moral pública**, pues pretende impedir que las personas al servicio del Estado<sup>4</sup>, dada la posible influencia de la cual gozan por su desempeño en el Sector Público, puedan obtener ventajas especiales al contratar con el Estado cualquiera que sea su posición, bien porque prevalidos de su condición, puedan ejercer presión o influencia en el otorgamiento de contratos u obtener beneficios para el provecho individual en detrimento del colectivo, toda vez que el servicio público lleva inmerso el propósito de servir a los ciudadanos y se fundamenta en los principios de **honestidad, transparencia y responsabilidad** en el ejercicio de la función pública, tal como lo dispone la Carta Fundamental en su artículo 141.

En atención a lo precedentemente expuesto, consideramos importante definir la figura de interpuesta persona: *“Es la que realiza como propio un negocio o acto jurídico que en realidad afecta e interesa a un tercero. Esta actividad generalmente tiene por objeto salvar o burlar dificultades legales que impiden el negocio al verdadero interesado; en otras palabras a través de la persona interpuesta el verdadero interesado en el negocio jurídico realiza un fraude a la ley.”*<sup>5</sup>

---

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

5 Enciclopedia Jurídica Opus, Tomo VI. Págs. 238 y 239.

En efecto, la figura de la contratación por persona interpuesta prevista constitucional y legalmente, como un hecho susceptible de ser sancionado administrativa y judicialmente, no debe ser entendida únicamente respecto a una persona natural (física) que actúa como simple instrumento o intermediario de los afectados por la prohibición a contratar, sino también y muy a menudo se observa, respecto de **personas jurídicas**, en las cuales el servidor público es propiamente un accionista u otras personas vinculadas por consaguinidad o afinidad con éste.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la ciudadana (...) quien desempeña el cargo de Consultor Adjunto, aparentemente no participó ni tuvo inherencia alguna en la toma de decisión respecto de la contratación objeto del presente análisis, dado que, por una parte, la Dirección General de los Servicios Administrativos del referido Ministerio fue la encargada de evaluar las diferentes propuestas y decidir sobre la mejor oferta, en este caso el Edificio, (...) y por la otra, que la referida ciudadana presentó su formal inhibición en el conocimiento del caso en referencia, no lo es menos, que la prohibición a que alude la Carta Magna, no puede ser vista desde una sola dirección, vale decir, desde la contratación que realiza el servidor público por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, con el órgano o ente para el cual presta servicios y que realiza el contrato o bien con cualquier otra institución del Sector Público, sino que más allá, también se configura la prohibición, y particularmente, la figura de la contratación por persona interpuesta, **cuando tal servidor público contrata con el Estado venezolano (sentido general), sirviéndose de la representación de una persona jurídica**, en la cual dicho servidor de manera directa es accionista o lo son sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, desde éste ángulo, **el sujeto sobre el cual recae la prohibición estaría contrariando con el Estado, sin lugar a dudas**.

Así fue entendido en su oportunidad por la Procuraduría General de la República, mediante doctrina<sup>6</sup> y reiterado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos de éste Órgano Contralor, en la cual se estableció lo siguiente:

---

6 Año 1969, Págs. 109-110.

*“(…) no hay razones para suponer que personas interpuestas en el sentido Constitucional son sólo aquellas a que se refiere el artículo 848 del Código Civil (el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge del incapaz), pues esta norma es especial y está referida directamente a los fines de la institución testamentaria y no a establecer una definición genérica que pueda emplearse para interpretar otros textos de derecho positivo. Así, incluye en tal categoría a las compañías cuyas acciones o cuotas de participación pertenezcan exclusivamente o mayoritariamente a sujetos que presten sus servicios a alguna persona jurídica de derecho público, en razón de que, aún cuando tales compañías tienen personalidad jurídica y patrimonio propio distinto de los socios, las decisiones y actuaciones de ellas, como entes abstractos que son, **serán las que sus participantes quieren que sean, pudiendo los servidores públicos concluir**, por su intermedio, contrataciones que por sí mismos no podrían efectuar por estarles jurídicamente prohibidas.”* (Destacado y subrayado nuestros)

En el presente caso, la constitución accionarial de la Empresa propietaria del inmueble, evidencia que los familiares dentro del **cuarto grado de consanguinidad de la prenombrada ciudadana**, son sus accionistas, de manera que independientemente que su participación en la misma fuere minoritaria (10%), el cúmulo de personas interpuestas (familiares), tal como se desprende de la afirmación realizada por la mencionada ciudadana, mediante escrito de inhibición de fecha 14 de junio de 2007, alcanza la totalidad del capital social.

Siendo ello así, es necesario traer a colación lo expuesto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional Control Fiscal, el cual establece lo siguiente:

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

*(…)*

*20. El concierto con los interesados para que se produzca un determinado resultado, o la utilización de maniobras o artificios conducentes a ese fin, que realice un funcionario al intervenir, por razones de su cargo, en la celebración de algún contrato, concesión, licitación, en la liquidación de haberes o efectos del patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales del 1 al 11 del artículo 9 de esta ley, o en suministro de los mismos.”(...)*

De igual forma, la Ley Contra la Corrupción en su Título IV, Sobre los Delitos Contra el Patrimonio Público y la Administración de Justicia en la aplicación de esta Ley, en su artículo 70, establece lo siguiente:

*“Artículo 70. El funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato u otra operación, se concierte con los interesados o intermediario para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin será penado con prisión de dos (2) a cinco (5) años.” (...)*

Asimismo, debemos señalar lo dispuesto en el Título VI, de la Ley del Estatuto de la Función Pública, “Responsabilidades y Régimen Disciplinario”, específicamente en sus artículos 79 y 86, los cuales establecen consecuencias jurídicas del incumplimiento de la prohibición constitucional, para las personas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esa Ley, a saber:

*“Artículo 79. Los funcionarios o funcionarias públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregulares administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad no excluirá la que pudiera corresponderle por efecto de otras leyes o de su condición de ciudadanos o ciudadanas.*

***Artículo 68.** Serán causales de destitución:*

*(...)*

*13. Tener participación por sí o por interpuesta persona, en firmas o sociedades que están relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén*

*vinculadas directa o indirectamente con el cargo que desempeña.”(...)*

Cabe añadir, que el contrato celebrado en contravención del artículo 145 de la Constitución, estaría viciado de nulidad, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.142, ordinal 1° en concordancia con el artículo 1.144 ambos del Código Civil.

Finalmente, se estima conveniente indicar, que de la trasgresión de la indicada prohibición, se pudiera presumir la existencia de tráfico de influencia en dicha negociación, el cual se encuentra tipificado, en el artículo 71 de la Ley Contra la Corrupción, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 71.** *El funcionario público que en forma indebida, directa o por interpuesta persona, con aprovechamiento de las funciones que ejerce o usando las influencias derivadas de las mismas, hubiere obtenido ventaja o beneficio económico u otra utilidad para sí o para terceros, será penado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años”.*

Igual pena aplicará a quien, en beneficio propio o de otro, haga uso indebido de la influencia o ascendencia que pudiera tener sobre algún funcionario público para que este ordene o ejecute algún acto propio de sus funciones, para que lo omita, retarde, precipite o para que realice alguno que sea contrario al deber que ellas impongan. El funcionario que actúe bajo estas condiciones será castigado con la misma pena, aumentada de un tercio (1/3) a la mitad (1/2), excepto si concurren las circunstancias previstas en la segunda parte del artículo 60 de la precitada Ley, en cuyo caso se aplicará la sanción prevista en dicho artículo.

Memorando N° 04-00-581 del 2 agosto de 2007.

CONTROL FISCAL





*CONTROL FISCAL: Naturaleza Jurídica de los Informes Preliminares.*

**El Informe Preliminar se presenta como el medio utilizado por el órgano de control fiscal para recomendar, instar, sugerir al ente u órgano objeto de la actuación fiscal a que elabore un plan de acciones correctivas destinadas a subsanar fallas y deficiencias y en ese sentido los resultados allí plasmados por si solos, no son capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, ya que los mismos fungen como simples instrumentos preparadores, instructores o impulsores del procedimiento correspondiente para hacer efectivas las responsabilidades.**

Memorando N° 04-00-60 del 30 de enero de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto al tratamiento que debe dársele a los Informes Preliminares que contengan supuestas irregularidades encuadrables en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de iniciar la potestad investigativa, toda vez que los referidos informes fueron elaborados por personal contratado.

En la solicitud plantean, que el personal adscrito a la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio en su totalidad es contratado y que los Informes Preliminares que se elaboran llevan la media firma de los auditores, circunstancia que podría contravenir lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pues los actos administrativos deben estar refrendados por el funcionario que los elabora así como la titularidad con la que actúan aunado a que el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública.

Sobre el particular, esta Dirección General de los Servicios Jurídicos tiene a bien indicar lo siguiente:

Como punto previo, es importante señalar lo que debe entenderse por acto administrativo, así tenemos que el Dr. Allan Brewer-Carías<sup>1</sup> señala que es: “(...) *toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los*

---

1 El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Pág. 141. Editorial Jurídica Venezolana. 1982 Caracas.

*órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa. En todos esos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general.”*

Otra parte de la doctrina, lo define como la resolución de voluntad de un órgano administrativo en uso de las competencias que tiene atribuidas y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, destinado a producir efectos jurídicos.

Definiciones que nos conducen a señalar, que si bien los actos administrativos constituyen manifestaciones de voluntad de la Administración, los mismos, sin embargo para obtener el carácter de tal, deben producir efectos jurídicos determinados, es decir, que crean, modifiquen o extingan situaciones jurídicas tanto individuales como generales o la aplicación de un derecho a un determinado sujeto.

Sentado lo anterior, podemos decir que los órganos de control fiscal orientan sus actuaciones fiscales, es decir, inspecciones, fiscalizaciones y auditorías, tomando en cuenta las funciones de control, vigilancia y fiscalización de ingresos, gastos y bienes públicos; lo que implica que de oficio o por denuncia pueden ordenar actuaciones dirigidas a verificar la legalidad y sinceridad de las operaciones del órgano o ente sometidos a su control, relacionadas con la administración, manejo y custodia de bienes o fondos públicos.

Los resultados de dichas actuaciones deben ser recabados, por el funcionario de control **con conocimiento técnico** designado a tal efecto, y plasmados en un instrumento denominado **Informe Preliminar** que contiene los hallazgos de auditoría, es decir, se deja asentado si en la actuación de control se detectaron **presuntas irregularidades** y en qué consistieron las mismas.

Como paso siguiente, el contenido de dicho Informe de acuerdo con el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, en concordancia

---

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

con el artículo 22 de la Normas Generales de Auditoría de Estado<sup>3</sup>, se hace del conocimiento de la máxima autoridad, a los efectos que se formulen las observaciones que consideren pertinentes y los soportes de ser el caso, con documentación que a bien tenga suministrar. En dicho informe no se estampan las firmas de los funcionarios involucrados en su elaboración.

Una vez realizado el análisis metódico, riguroso y armonizado de la información asentada en el Informe Preliminar y de las observaciones realizadas por la máxima autoridad del órgano sujeto a control se elaborará el **Informe Definitivo**, que se erige como un instrumento a través del cual se RECOMIENDA, SUGIERE, INSTA para que se elabore un plan de acciones correctivas a fin de erradicar o minimizar las causas que originan las irregularidades o deficiencias detectadas, constituyéndose en el medio o vehículo de que dispone el órgano de control fiscal, siempre y cuando existan méritos suficientes, para dar inicio a la potestad investigativa prevista en el Título III Capítulo I de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Igualmente, el contenido de este informe debe ser comunicado a la máxima autoridad del órgano u ente auditado<sup>4</sup>.

Ahora bien, del resultado de las actuaciones realizadas en la potestad investigativa se formará expediente dejando constancia de sus resultados en un informe en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado ordenará de ser el caso, el archivo de las actuaciones o el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades previsto en el Título III Capítulo IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que concluirá con un **acto definitivo** que ordene ya sea la absolución, el sobreseimiento o la declaratoria de responsabilidad administrativa, la formulación o no de un reparo, o la aplicación o no de una sanción pecuniaria.

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

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 37.229 del 17 de junio de 1997.

4 Artículos 63 de la LOGRSNCF y el artículo 25 de las Normas Generales de Auditoría de Estado.

un derecho subjetivo), pues, se presenta como el medio utilizado por el órgano de control fiscal para recomendar, instar, sugerir al ente u órgano objeto de la actuación fiscal a que elabore un plan de acciones correctivas destinadas a subsanar fallas y deficiencias detectadas en la actuación fiscal de que se trate.

Así pues, su contenido se limita, por una parte, a **observaciones y conclusiones** sobre la existencia de hechos irregulares; que el funcionario con conocimiento técnico constató en la actuación fiscal realizada y, por la otra, a **recomendaciones destinadas a invitar, instar** al ente a implementar acciones correctivas sobre las deficiencias e irregularidades determinadas en la actuación fiscal. Es claro **que tampoco prejuzga sobre el mérito principal** del asunto a debatir en el procedimiento administrativo que se origine como consecuencia de una acción fiscal, es decir, sobre la responsabilidad del o de los funcionarios involucrados, empleados, obreros o particulares en la presunta irregularidad determinada ni entra a calificarla jurídicamente.

Así las cosas, es diáfano entender que desde la perspectiva sustantiva, los resultados recabados en los informes en comento, por si solos, no son capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, pues, se insiste, los mismos fungen como simples preparadores, instructores o impulsores del procedimiento correspondiente para hacer efectivas las responsabilidades.

Bajo esta óptica conceptual es evidente que dichos informes, ya sea el preliminar o el definitivo, no son actos administrativos recurribles según las características que establece el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>5</sup>, por cuanto son considerados actos de mero trámite no susceptibles de impugnación que bajo ninguna circunstancia pueden ser atacados de invalidez.

De lo anteriormente expuesto, debe quedar claramente establecido el tratamiento que debe dársele al Informe Preliminar, en el sentido que éste no podrá ser utilizado a los fines de dar inicio a la potestad investigativa toda vez que los hallazgos y observaciones en él contenidos están sujetos

---

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio de 1981. Artículo 85. Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos.

a revisión y como consecuencia podrían variar, luego de las observaciones de los responsables del órgano o ente auditado cuyos resultados una vez valorados deben quedar plasmados en el Informe Definitivo, el cual es el instrumento que pudiera dar origen a dicha potestad siempre y cuando existan elementos de convicción suficientes para ello.

Memorando N° 04-00-60 del 30 de enero de 2007.

*CONTROL FISCAL: Órgano de Control Fiscal Externo competente para recibir las copias certificadas de los documentos que se presenten ante los Jueces, Notarios y Registradores.*

**Los funcionarios a que alude el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, deben verificar en los documentos que le sean presentados a cual rama del Poder Público en sus niveles político territoriales le corresponde el derecho, a los fines que sea remitido al órgano de Control Fiscal Externo competente.**

Memorando N° 04-00-240 del 4 de abril de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a cuál órgano de control fiscal externo de los mencionados en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es el competente para recibir las copias certificadas de los documentos que se presenten a los jueces, notarios y registradores, donde se desprenda un derecho a favor de la República, de los estados, de los distritos, el distrito metropolitano o de los municipios, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la citada Ley.

La solicitud obedece a que el Registrador Público del Primer Circuito de un municipio, fundamentándose en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, remitió a este Organismo Contralor copia certificada del documento de compra venta de un inmueble adquirido por la Gobernación de un Estado.

Sobre el particular es oportuno señalar lo que establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 65:

*“Los jueces, notarios registradores y demás funcionarios deben enviar a los **órganos de control fiscal externo, copia certificada de los documentos que se les presenten, de cuyo texto se desprenda algún derecho a favor de la república, los estados, de los distritos, distrito metropolitano o de los municipios**, salvo que en el otorgamiento de dichos documentos hubiere intervenido un funcionario fiscal competente, quien será en tal caso el obligado a efectuar la remisión.”* (Destacado nuestro)

De la lectura de la norma transcrita se deduce que los funcionarios

que allí se mencionan, están en el deber de remitir, **a los órganos de control fiscal externo**, aquellos documentos que le sean presentados y de los cuales se desprenda un derecho a favor de la República, los estados, de los distritos, distrito metropolitano o de los municipios. En ese sentido ha de entenderse que cuando dicho derecho sea a favor de: **a)** la República, éste debe ser enviado a la Contraloría General de la República, **b)** de los Estados, tiene que ser enviado a la Contraloría Estatal que corresponda, **c)** de los Distritos, lo enviarán a la Contraloría Distrital de que se trate, **d)** del Distrito Metropolitano, se remitirán a la Contraloría del Distrito Metropolitano y, e) de los Municipios, a la Contraloría Municipal que corresponda.

En el caso particular de la consulta, se observa que la remisión del documento a esta Contraloría General de la República, se efectuó con fundamento en el artículo 44 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que si bien dicho supuesto se encuentra regulado en el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal vigente, su contenido difiere toda vez que la primera, establecía la obligatoriedad de remitir los documentos sólo a la “Contraloría General de la República”, mientras que la norma actual especifica que la remisión se hará a “**los Órganos de Control Fiscal Externo**”, razón por la cual, el funcionario obligado a efectuar dicha remisión debe verificar a favor de cual rama del Poder Público en sus distintos niveles político territoriales está el derecho, para proceder a enviar el documento respectivo al órgano de control fiscal externo competente.

Memorando N° 04-00-240 del 4 de abril de 2007.

*CONTROL FISCAL: La Contraloría General de la República no puede expedir finiquito.*

**La Contraloría General de la República sólo puede fenecer aquellas cuentas que hayan sido rendidas y examinadas por ella en los términos previstos en la Ley, más no puede otorgar finiquito.**

Memorando N° 04-00-321 del 26 de abril de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto, a la posibilidad de que este Organismo Contralor expida el finiquito de una cuenta rendida ante un órgano de control fiscal interno de un ente descentralizado. Sobre el particular esta dirección expone lo siguiente:

El otorgamiento del finiquito otrora, era una competencia que tenía atribuida la Contraloría General de la República en el Artículo 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984<sup>1</sup>, y se producía como consecuencia de la declaratoria de fenecimiento de las cuentas cuando éstas no eran objeto de reparos. La posibilidad de conceder el finiquito de una cuenta se mantuvo en la Ley de 1995<sup>2</sup> dentro del **Título VII De Los Reparos, Capítulo I de la Formación de los Reparos** en el artículo 94, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>3</sup> y el artículo 11 de las derogadas Normas para el Examen Selectivo de las Cuentas de Gastos<sup>4</sup>.

Es preciso señalar que ambas figuras difieren en el contexto de la Ley citada en cuanto a su procedencia, pues, la declaratoria de fenecimiento de la cuenta por parte de la Contraloría General de la República procedía cuando de su examen se detentaren sólo defectos de forma que no hubieren causado perjuicio pecuniario, (artículo 34), o cuando el reparo quedare firme por no haber sido contradicho, o por falta del ejercicio del recurso contencioso administrativo (artículo 92), o cuando lógicamente no hubieren objeciones que formular.

---

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de 1984. "Artículo 37. La Contraloría declarará fenecidas las cuentas que no hayan sido objeto de reparos y expedirá el finiquito correspondiente."

2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995. "Artículo 94. Una vez pagadas las planillas de liquidación expedidas por concepto de reparos o declarados éstos sin lugar por sentencia firme, la Contraloría otorgará el finiquito correspondiente."

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 1160 Extraordinario del 21 de junio de 1974.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° Gaceta Oficial N° 36.493 del 10 de julio de 1998.



Por su parte, el finiquito conforme a lo dispuesto en el citado artículo 94 de dicha Ley, era otorgado por la Contraloría General de la República, una vez pagadas las planillas de liquidación expedidas por concepto de reparos o declarados éstos sin lugar por sentencia firme.

El finiquito constituye la decisión que libera al cuentadante cuando éste ha cumplido debidamente con su obligación de rendir cuentas y no tiene pendiente ningún saldo o reparo por pagar. La expresión finiquito<sup>5</sup> “proviene del latín finire, acabar o extinguir; ya que efectivamente el finiquito acaba de extinguir la deuda. Propiamente constituye el remate de las cuentas, el recibo liberatorio; la certificación que una persona da al administrador de sus bienes cuando éste le rinde cuentas y en la cual se da por satisfecho de la gestión y del alcance resultante de ella(...).”

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>6</sup>, ya no se refiere al otorgamiento del finiquito por parte de este Organismo, solamente alude en el artículo 56<sup>7</sup> a la declaratoria de fenecimiento de las cuentas a cargo de los órganos de control fiscal, a quienes el Contralor General de la República les atribuya esa competencia mediante Resolución.

En efecto, es así porque el examen de las cuentas no es competencia ni exclusiva ni excluyente de esta Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido en la Resolución N° 01-00-000237 de fecha 08 de Agosto 2006 que contiene las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional<sup>8</sup> dictadas por el Contralor General de la República con fundamento en los artículos 51 y 55 de la ley que rige sus funciones. De manera que ante esta circunstancia la Contraloría General solamente puede fenecer aquellas cuentas que hayan sido rendidas y examinadas por ella en los términos allí previstos, más no está facultada para otorgar un finiquito.

Memorando N° 04-00-321 del 26 de abril de 2007.

5 Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Cuarta Edición Buenos Aires Argentina 1962.

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

7 “Artículo 56. Corresponde a los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad con la resolución a la que se refiere el artículo anterior el examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas”.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.496 del 09 de agosto de 2006.

*CONTROL FISCAL: Naturaleza del informe de verificación de las actas de entrega.*

**El informe de verificación a que alude el artículo 18 de las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus Respectivas Oficinas o Dependencias, no deriva de una auditoría en la cual se deba elaborar un informe con observaciones, conclusiones y recomendaciones, sino que se refiere específicamente a la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega elaborada por el funcionario o empleado que custodió, manejó o administró recursos o bienes públicos al cesar en sus funciones.**

Memorando N° 04-00-393 del 23 de mayo de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto al tratamiento que debe dársele al informe de verificación de las actas de entrega, a los fines de determinar si se trata de una auditoría o simplemente una verificación del contenido de las mismas, toda vez que existen criterios divergentes al respecto.

Sobre el particular, resulta oportuno precisar que la materia relativa a las Actas de Entrega está regulada en las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus Respectivas Oficinas o Dependencias, contenidas en la Resolución N° 01-00-247 de fecha 04-11-2005<sup>1</sup>, las cuales en el Capítulo III denominado de la Verificación del Acta de Entrega artículo 18, establecen que corresponderá a la unidad de auditoría interna la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega, sin perjuicio de las competencias de los órganos de control fiscal externo. Los resultados de la verificación se harán constar en un informe suscrito por el titular del órgano de control interno competente, el cual remitirá un ejemplar a quien entregó y otro a quien recibió, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de recepción del acta en cuestión y sus anexos.

Por otra parte, es conveniente señalar que el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, en su artículo 8, define la auditoría interna como un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u organismo, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas, elaborar el informe contentivo de las

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

observaciones, conclusiones y recomendaciones, así como el correspondiente dictamen. Informe éste que en un primer término presentará los resultados preliminares, según las previsiones contenidas en las Normas Generales de Auditoría de Estado, **Capítulo III Normas Relativas a la Ejecución** en el artículo 22, el cual señala que:

*“Antes de la presentación formal de los resultados de la auditoría, las observaciones derivadas del análisis efectuado se deberán someter a discusión y consideración de los responsables de las áreas involucradas, con la finalidad de asegurarse de la solidez de las evidencias, la validez de las conclusiones, la pertinencia de las recomendaciones y la objetividad e imparcialidad del ulterior informe de auditoría.”*

Asimismo, las referidas Normas prevén en el **Capítulo IV Normas Relativas al Informe de Auditoría**, artículo 25, que al terminar la auditoría se presentará en forma escrita el Informe de Auditoría, que deberá contener las observaciones o hallazgos, identificando las causas y efectos de los mismos, así como las conclusiones y recomendaciones correspondientes. También indica que *“El **informe definitivo** a que se refiere el presente artículo, deberá ser firmado por el nivel directivo o gerencial competente para notificar resultados”*. (Destacado nuestro)

Conforme a lo antes expuesto, se observa que el informe al cual se refiere el aparte único del artículo 18 de las *“Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus respectivas Oficinas o Dependencias,”* no deriva de una auditoría en la cual se deba elaborar un informe con observaciones, conclusiones y recomendaciones, sino que se refiere específicamente a la verificación de la sinceridad y exactitud del acta de entrega elaborada por aquel funcionario o empleado que custodió, manejó o administró recursos o bienes públicos al cesar en sus funciones. Dicho informe lo suscribirá el órgano de control fiscal competente, debiendo remitir a su vez un ejemplar del mismo al funcionario quien entregó y a quien recibió dentro de los noventa (90) días hábiles a la fecha que recibió el acta sujeta a verificación (artículo 18).

Asimismo, se establece que el funcionario que recibe y tenga observaciones sobre el acta de entrega las informará al órgano de control

fiscal competente dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la suscripción de la misma (artículo 20). Así pues, se aprecia de las referidas normas, que el informe de verificación no se somete a la discusión y consideración preliminar de las partes involucradas para que éstas expongan sus comentarios y aclaraciones, pues si del mismo se desprenden méritos que permitan presumir la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, daños causados al patrimonio público o la procedencia de acciones fiscales, el órgano de control fiscal competente deberá ejercer la potestad de investigación conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y de ser el caso, dará inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades (artículo 91), casos en los cuales el interesado dispondrá de los medios para exponer lo que a bien tenga.

Memorando N° 04-00-393 del 23 de mayo de 2007.

*CONTROL FISCAL: Carácter confidencial de la Declaración Jurada de Patrimonio.*

**La previsión contenida en el Proyecto de Reglamento de Interior y de Debates del Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas, sobre la obligación de los Consejeros y Consejeras de presentar ante la Secretaría del Consejo, copia de la declaración jurada de bienes presentada ante la Contraloría General de la República, contradice las disposiciones contenidas en la Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y la Resolución dictada por este Organismo Contralor en esta materia; y en el caso que éstos estén obligados a presentarla, sólo sería exigible el comprobante en el que conste la presentación de la declaración jurada de patrimonio ante esta Contraloría o ante el funcionario autorizado para recibirla.**

Oficio N° 04-00-070 del 20 de junio de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, en relación al contenido del artículo 11 del Reglamento de Interior y de Debates del Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas que prevé la obligatoriedad de los Consejeros y Consejeras de presentar ante la Secretaría del citado Consejo declaración jurada de bienes, funciones que en todo caso son inherentes al Organismo Contralor.

Una vez realizado el análisis correspondiente al contenido de los artículos 11 y 12 del Proyecto observamos que de ellos se desprende la obligación de los consejeros y consejeras de consignar ante la Secretaría del Consejo, copia de la declaración jurada de bienes presentada ante esta Contraloría General de la República, de las cuales se llevará un registro en la Secretaría del Consejo de carácter confidencial del que sólo podrán consultar y obtener copia los consejeros que estén realizando alguna investigación autorizada, o acrediten un interés legítimo y justificado en la información, previa autorización de la Secretaría.

Sobre el particular consideramos pertinente indicar que la presentación de la declaración jurada de patrimonio está prevista con carácter obligatorio en el artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción para las personas señaladas en su artículo 3, quienes deberán presentarla ante la Contraloría General de la República. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la precitada Ley, corresponde a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de lo establecido en la ley que rige sus funciones: recibir, admitir, estudiar, cotejar, verificar, ordenar y archi-

var las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas, así como exigir la formulación y presentación de la declaración jurada de patrimonio a las personas que deban hacerlo, en la oportunidad y condiciones que juzgue necesario, de conformidad con la ley.

Precisamente, mediante Resolución de este Despacho N° 01-00-001 de fecha 09 de enero 2006<sup>1</sup>, están autorizados para recibir la declaración jurada de patrimonio, la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Contraloría General de la República, los representantes diplomáticos o consulares, los Contralores de Estado, Contralores Municipales y Distritales, el Contralor General de la Fuerza Armada Nacional, quienes deberán al momento de su presentación, otorgar a los declarantes las correspondientes constancias de recepción, debiendo remitir dichas declaraciones a la Contraloría General de la República en el lapso de diez (10) días continuos siguientes a la fecha de su presentación. Asimismo, los responsables del área de recursos humanos de los entes u órganos a los que se refiere el artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción, están en la obligación de requerir a los funcionarios o empleados públicos, **copia del comprobante en el que conste la presentación de la declaración jurada de patrimonio ante el funcionario competente para recibirla.**

Es importante aclarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Resolución *ut supra* citada, la información contenida en las declaraciones juradas de patrimonio sólo podrá ser utilizada por los organismos competentes y con las finalidades previstas en la Ley, en virtud de lo cual queda prohibido fotocopiar, duplicar y difundir dicha información.

Como puede apreciarse cuando los artículos 11 y 12 del Proyecto de Reglamento Interior y de Debates del Consejo Metropolitano de Planificación de Políticas Públicas, prevén la obligación de los consejeros y consejeras de consignar ante la Secretaría del Consejo copia de la declaración jurada de bienes presentada ante esta Contraloría General de la República, y disponen que dicho documento podrá ser objeto de consulta y copia por los consejeros que estén realizando alguna investigación autorizada, o acrediten un interés legítimo; contradicen abiertamente lo dispuesto en la Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.354 del 10 de enero de 2006.

de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y la Resolución dictada por este Despacho, normativa que prevalece sobre las disposiciones reglamentarias proyectadas, por ende, en el supuesto de que los Consejeros Vecinales estén obligados a presentar declaración jurada de patrimonio, corresponderá a los responsables del área de recursos humanos del Consejo Metropolitano de Planificación y Políticas Públicas, requerirles **copia del comprobante en el que conste la presentación de la declaración jurada de patrimonio ante esta Contraloría o ante el funcionario autorizado para recibirla, mas no copia de la declaración jurada como señalan dichas normas**, por tratarse de un documento de carácter reservado y confidencial cuya divulgación podría atentar contra el derecho a la protección a la intimidad de la vida privada.

Oficio N° 04-00-070 del 20 de junio de 2007.

*CONTROL FISCAL: La Unidad de Auditoría Interna del SENIAT, es el órgano competente para examinar sus cuentas.*

**El grado de autonomía conferido al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, tanto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como por la Ley que rige sus funciones, conduce a sostener que su gestión administrativa no debe ser controlada por un órgano de la Administración extraño a su estructura y por ende dicho órgano debe asumir la responsabilidad del control fiscal interno y contar con una Unidad de Auditoría Interna propia que ejerza todas las acciones de control fiscal entre las que se encuentra el examen de las cuentas con su correspondiente calificación y declaratoria de fenecimiento.**

Memorando N° 04-00-808 del 08 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, en relación a determinar quién es el órgano de control fiscal competente para realizar el examen de las cuentas al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las mismas, atendiendo a lo dispuesto en las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional.

En la referida solicitud se alude a la opinión expresada en el Oficio N° 05-01-01194 de fecha 16 de septiembre de 2003 por la otrora Dirección General de Control de la Administración Central y de los Poderes Nacionales de este Organismo Contralor, en el cual se reitera la doctrina administrativa asentada por la Dirección de Asesoría Jurídica, en torno a la improcedencia de transferir a la Oficina de Auditoría Interna del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, el ejercicio de las funciones de control interno que corresponden a la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas.

En el citado Oficio se indicó lo siguiente:

*“Conviene aclarar sin lugar a dudas que, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, es un Servicio Autónomo sin personalidad jurídica adscrito al Ministerio de Finanzas, lo que implica según la normativa orgánica que rige la materia, que este se encuentra sujeto al sistema de Control Interno organizado y establecido por la máxima autoridad de ese ente ministerial, siendo*



*en este particular la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Finanzas, la especializada y competente para evaluar el sistema de control interno del referido Servicio de Administración Aduanera y Tributaria, y sin perjuicio de las competencias de otras autoridades.*

*A juicio de este Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, corresponde a la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Finanzas, el ejercicio de la Potestad Investigativa, contemplada en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con los actos, hechos u omisiones generadores de las acciones fiscales previstas en la misma Ley, en que se encuentren presumiblemente incursos funcionarios del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, salvo lo dispuesto en el artículo 97 eiusdem, y sin perjuicio de la competencia de esta Contraloría General de la República.*

*Asimismo, corresponde al titular de la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Finanzas o sus delegatarios, decidir los procedimientos para la determinación de responsabilidades, en los que aparezcan como sujetos presuntamente responsables, funcionarios del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria; todo de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y sin menoscabo de lo previsto en los artículos 97 y 117 eiusdem, así como de las competencias de este Máximo Órgano de Control Fiscal.*

*Conforme a lo establecido en el artículo 36 de la misma Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, corresponde al ciudadano Ministro de Finanzas, en su carácter de máximo jerarca del referido ente ministerial, la responsabilidad de establecer y mantener un sistema de control interno adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización, en estricto apego a las normas que regulan la materia del Control Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40*

*eiusdem, y de las atribuciones de esta Contraloría General de la República.*

*En tal virtud se considera que la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Finanzas debe ejercer el control sobre los asuntos relacionados con el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, salvo los parámetros que establezca el Ministro de Finanzas como máxima autoridad en relación con la organización y funcionamiento del control interno.”*

Sobre el particular el consultante señala que las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, incluyen expresamente al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, por ende correspondería a su **órgano de control fiscal** realizar el examen de las cuentas y demás actuaciones derivadas del mismo; creándose la duda respecto a si corresponde a la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Finanzas (órgano de adscripción) examinar o no las cuentas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (órgano adscrito).

Una vez realizado el análisis correspondiente, esta Dirección General, luego de replantearse la situación a la luz de los dispositivos constitucionales y legales procede a examinar la posición asumida en aquella oportunidad, y emite opinión en los términos siguientes:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> regula la actividad de la Administración Tributaria en su artículo 317 *in fine* donde dispone: “(...) **La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional y su máxima autoridad será designada por el Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con las normas previstas en la ley.**” (Destacado y subrayado nuestros)

Por su parte, la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria<sup>2</sup> precisa que su objeto es regular y desarrollar la organización y funcionamiento de dicho Servicio como **órgano de**

---

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.320 del 08 de noviembre de 2001.

**ejecución de la administración tributaria nacional**, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes y lo califica como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía funcional, técnica y financiera, adscrito al Ministerio de Finanzas (hoy Ministerio del Poder Popular para las Finanzas).

Los artículos 1 y 2 de la citada Ley disponen lo siguiente:

**“Artículo 1.** *La presente Ley tiene por objeto regular y desarrollar la organización y funcionamiento del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), el cual será órgano de ejecución de la administración tributaria nacional, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes.*

**Artículo 2.** *El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) es un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía funcional, técnica y financiera, adscrito al Ministerio de Finanzas”.*  
(Subrayado nuestro)

Al respecto cabe indicar, que los servicios autónomos son definidos en la Ley Orgánica de Administración Pública<sup>3</sup> (artículos 92, 93 y 94), como órganos desconcentrados, creados por el Presidente de la República, por medio de reglamentos orgánicos, con la finalidad de prestar servicios públicos a cargo del Estado, que les permitan la captación de ingresos propios y contar con un fondo separado; y estarán dotados de la autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión en el grado que le acuerde el reglamento orgánico respectivo; y sujetos al control jerárquico del Ministro, del Viceministro o Jefe de la Oficina Nacional correspondiente.

De igual forma importa señalar que el elemento central que determina el régimen jurídico de los servicios autónomos sin personalidad jurídica viene a ser el grado de autonomía que el acto de creación les acuerda y que en su sentido propio implica la facultad de crear o construir su propio ordenamiento jurídico, esto es la posibilidad de autonormación; pero a pesar de esta autonomía, carecen de personalidad jurídica y se integran en la estructura del órgano o entidad a la que están adscritos,

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

no obstante, cuentan con un conjunto de bienes y recursos afectados especialmente al servicio y con ingresos distintos de los generales del órgano central, asimismo, se les reconoce una independencia de gestión administrativa y presupuestaria.

En el caso que nos ocupa ciertamente el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, desde el punto de vista formal es un servicio autónomo sin personalidad jurídica cuyo medio jurídico de creación no fue un Reglamento Orgánico al que aluden los artículos 90 y 92 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pues la autonomía del SENIAT se origina en la Constitución y la Ley que lo regula normas que le atribuyen directamente competencias a su máxima autoridad (Superintendente Aduanero y Tributario) respecto a la administración tributaria nacional, quien será designado por el Presidente de la República, y de esta manera tales competencias sólo podrán ser revocadas mediante la modificación de dichos instrumentos jurídicos.

En ese sentido la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria dispone:

**“Artículo 3. El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) definirá, establecerá y ejecutará, de forma autónoma, su organización, funcionamiento, su régimen de recursos humanos, procedimientos y sistemas vinculados al ejercicio de las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico. Asimismo, suscribirá contratos y dispondrá de los ingresos que le otorgue la ley para ordenar los gastos inherentes a su gestión.**

**Artículo 6. La estructura organizativa y funcional del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) será decidida y establecida por el (la) Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.**

**Artículo 7. El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) actuará bajo la dirección del (de la) Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, quien será la máxima autoridad. Asimismo, será Jefe (Jefa) de la**

Administración Aduanera; en tal sentido, tendrá a su cargo las potestades y competencias atribuidas por la presente Ley y por otras leyes y reglamentos a la Administración Aduanera y Tributaria.

**Artículo 8.** El (la) Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria será de libre nombramiento y remoción del Presidente o Presidenta de la República.” (Subrayado nuestro)

Como puede apreciarse la nota que distingue y le otorga un carácter particular al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, respecto de otros servicios autónomos, es el grado de la autonomía concedida; que además que le confiere facultades para autonormarse, en sentido estricto, no lo somete a una relación de subordinación jerárquica con respecto al Ministro, Viceministro o Jefe de Oficina respectiva, como sucede en el régimen general de los servicios autónomos, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en la Ley que rige sus funciones el Superintendente Aduanero y Tributario, es la máxima autoridad jerárquica del SENIAT, y tiene la potestad para definir y decidir la estructura orgánica del Servicio, para lo cual podrá distribuir competencias, crear, modificar o suprimir unidades administrativas y áreas regionales; establecer y administrar el sistema de recursos humanos; otorgar contratos, comprometer y ordenar los pagos de las adquisiciones, independientemente de que ejerza funciones en coordinación con el Ministerio de Finanzas (artículo 4). Asimismo, se encuentra sometido a ciertas limitaciones derivadas de las políticas definidas por el Poder Ejecutivo Nacional, del cual forma parte y por tanto sujeto al cumplimiento de normas, lineamientos, directrices y políticas emanadas de dicho Poder en materia tributaria y aduanera, entre otras.

De modo que, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, a raíz de la disposición contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrollada de manera directa por la Ley que rige sus funciones, posee una naturaleza jurídica *sui generis* que admite una especie de híbrido poco común derivado de la desconcentración administrativa por vía legal en virtud de un mandato Constitucional, y como servicio autónomo goza de un alto grado de autonomía en tanto le corresponde, como señalamos *ut supra*, definir, establecer y ejecutar, de forma autónoma su organización, funcionamiento, su régimen

de recursos humanos, procedimientos y sistemas vinculados al ejercicio de las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico.

Aparte de estas características particulares que distinguen al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria de la generalidad de los Servicios Autónomos, dicho Servicio maneja un volumen considerable de recursos y posee una estructura organizativa compleja que desarrolla sus funciones a nivel nacional en un nivel directivo, un nivel normativo y un nivel operativo regionalizado, conformados dichos niveles por el Despacho del Superintendente Nacional Aduanero y Tributario, Superintendente Nacional Adjunto, las oficinas de asesoría y apoyo, la Intendencia Nacional de Aduanas, Intendencia Nacional de Tributos Internos, Gerencias Generales, Gerencias y Divisiones; las gerencias regionales de tributos, las gerencias de aduanas principales y las aduanas subalternas.

Aunado a esto, cabe destacar que según lo previsto en la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria cuenta dentro de su estructura organizativa con una Oficina de Auditoría Interna adscrita al Despacho del Superintendente.

En efecto, la Ley en comentario dispone lo siguiente:

**“Artículo 23.** *El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) contará con una Oficina de Auditoría Interna que estará adscrita al Despacho del (de la) Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, con el fin de ejercer el examen previo y posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras del SENIAT.*

**Artículo 24.** *El (la) titular de la Oficina de Auditoría Interna será designado(a) por el (la) Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, mediante concurso realizado de conformidad con lo previsto en las bases dictadas al efecto por la Contraloría General de la República.*

**Artículo 25.** *Corresponde a la Oficina de Auditoría Interna:*

1. **Organizar, establecer y mantener el sistema de control interno, de conformidad con las normas que rigen la materia.**
2. *Evaluar el sistema de control interno del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).*
3. *Verificar la conformidad de la actuación del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) con la normativa que lo rige.*
4. *Evaluar los resultados de la gestión a los fines de determinar la eficacia, eficiencia y economicidad de las operaciones, y recomendar los correctivos que se estimen necesarios.*
5. **Abrir y sustanciar averiguaciones administrativas.**
6. **Verificar el cumplimiento de los elementos constitutivos del control previo, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.**
7. *Las demás que se le atribuyan por Ley.” (Destacado y subrayado nuestros)*

De las disposiciones transcritas se desprende que dentro de las funciones que ejerce la Oficina de Auditoría Interna del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, se encuentra el examen previo de las actividades administrativas y financieras de ese servicio, abrir y sustanciar averiguaciones administrativas, verificar el cumplimiento de los elementos constitutivos del control previo, atribuciones que se ajustan a lo establecido en la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, más no a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>4</sup> y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>5</sup>, conforme a las cuales corresponde a las Unidades de Auditoría Interna como órganos de control fiscal, la función específica y principal de control posterior en el ámbito interno

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

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

del organismo, y son las encargadas del servicio de auditoría interna (examen *a posteriori*) para evaluar el Sistema de Control Interno, pudiendo realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza, en el ente sujeto a su control tal como lo prevé el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en concordancia con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, las cuales tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la Ley antes citada.

Precisamente, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, se concretó la obligación para la Administración Pública de reestructurar los órganos de control interno, como unidades de auditoría interna integradas al Sistema Nacional de Control Fiscal, cuyos titulares serán seleccionados conforme a lo previsto 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, Estadal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados dictado por el Contralor General de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

De manera que la máxima autoridad del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, en acatamiento a lo ordenado en la Resolución N° 01-00-005 de fecha 1° de marzo de 2002<sup>6</sup>, ratificada mediante Resolución N° 01-00-005 de fecha 13 de marzo de 2007<sup>7</sup>, deberá proceder a ajustar la estructura y funciones de su órgano de control interno en Unidad de Auditoría Interna y a convocar al concurso público para la selección del titular de dicha Unidad, de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento Sobre los Concursos Públicos *ut supra* citado, en el cual podrá participar el actual titular de la Oficina de Auditoría Interna, siempre y cuando llene los requisitos para ello.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.396 del 04 de marzo de 2002.

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.645 del 15 de marzo de 2007.



Dicha Unidad de Auditoría Interna, de conformidad con la normativa legal indicada y lo dispuesto en las Normas Generales de Control Interno dictadas por la Contraloría General de la República y el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, deberá estar ubicada, dentro de la estructura organizativa del organismo o entidad, adscrita al máximo nivel jerárquico del organismo, dependiendo jerárquicamente de la Máxima Autoridad del órgano, quien garantizará que sea dotada del personal idóneo y necesario, así como de razonables recursos presupuestarios, materiales y administrativos que le faciliten la efectiva evaluación del sistema de control interno de la organización y el ejercicio de sus funciones de control, vigilancia y fiscalización; asimismo deberá asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar, vale decir: que en el ejercicio de sus funciones estarán desvinculadas de las operaciones sujetas a su control.

La estructura básica de la Unidad de Auditoría Interna, su organización y niveles de autoridad, serán definidos por la máxima autoridad jerárquica del órgano, mediante instrumentos normativos que deben propender a la coherencia y racionalidad en la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna, tomando en cuenta las particularidades del órgano. En principio, la estructura básica estará conformada, como mínimo por el Despacho del titular de la Unidad de Auditoría Interna, una dependencia encargada de las actividades de control posterior de acuerdo a su ámbito de control (auditorías, evaluaciones, exámenes, inspecciones, examen de la cuenta, potestad investigativa) y una dependencia encargada de la determinación de responsabilidades (procedimientos administrativos para la determinación de responsabilidades, declaratoria de responsabilidad administrativa, imposición de multas, formulación de reparos). Asimismo, partiendo de la estructura básica y del ámbito de control, podrá subdividirse o desagregarse fundamentada en la naturaleza y fines propios del ente u organismo y la importancia relativa de alguna actividad de control que realizará dentro del mismo.

Los aspectos reseñados *ut supra* deberán ser considerados por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria al momento de proceder a la reestructuración de su Oficina de Auditoría

Interna en órgano de control fiscal encargado de prestar el servicio de auditoría interna en los términos establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sobre la base de los razonamientos precedentemente expuestos esta Dirección se aparta y deja sin efecto el criterio sostenido mediante Memorando N° 04-02-180 de fecha 03-09-2003, toda vez que del análisis efectuado *ut supra* emerge con claridad que el grado de autonomía conferido al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, tanto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como por la Ley que rige sus funciones, conduce a sostener que su gestión administrativa no debe ser controlada por un órgano de la Administración extraño a su estructura y por ende dicho órgano debe asumir la responsabilidad del control fiscal interno y contar con una Unidad de Auditoría Interna propia que ejerza todas las acciones de control fiscal sobre éste.

Memorando N° 04-00-808 del 08 de noviembre de 2007.

*CONTROL FISCAL: Incompetencia de la Unidad de Auditoría Interna de un Ministerio para ejercer actuaciones de control en un ente adscrito que tiene su propio Órgano de Control Fiscal Interno.*

**El ámbito de competencia de las Unidades de Auditoría Interna se circunscribe únicamente al ente u organismo del cual forma parte, razón por la cual 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.**

Memorando N° 04-00-812 del 13 de noviembre de 2007.

Se somete a la consideración de esta Dirección, la solicitud de opinión relacionada con la competencia de la Unidad de Auditoría Interna de un órgano de adscripción, para realizar auditorías en un ente adscrito, tomando en cuenta que éste tiene su propio Órgano de Control Fiscal Interno.

Sobre el particular consultado, ha sido criterio de esta Dirección General que de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público 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, que 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 de la Ley *in commento*, en cuyo 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 internos se encargan del servicio de auditoría (examen *a posteriori*) dentro del organismo 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, pudiendo realizar auditorías, inspecciones, 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 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, asimismo dichas Unidades de Auditoría Interna tienen atribuida competencia para iniciar la potestad investigativa y sancionatoria dentro del ámbito 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 únicamente al ente u organismo del cual forma parte, razón por la cual 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 Venezuela.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se concluye que la Unidad de Auditoría Interna de un Ministerio no tiene competencia para ejercer actividades de control fiscal en un ente adscrito, toda vez que se trata en el caso que nos ocupa de un Instituto Autónomo con personalidad Jurídica y patrimonio propio adscrito al Ministerio sobre el cual ejerce un control de tutela y por ende las funciones de control fiscal interno corresponde a la Unidad de Auditoría Interna del mencionado Instituto, sin perjuicio de las funciones de control fiscal externo que en cualquier momento pueda ejercer la Contraloría General de la República.

Memorando N° 04-00-812 del 13 de noviembre de 2007.

*CONTROL FISCAL: Funcionarios 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.*

**La expresión funcionario de alto nivel a la que alude el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, está referida exclusivamente a los funcionarios que integran la máxima autoridad jerárquica, entendiéndose como tal, al órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable, no asimilándose al término que se maneja en materia funcional, es decir, lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública.**

Memorando N° 04-00-823 del 15 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección con respecto, a determinar a quiénes debe considerarse 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, con el propósito de determinar si la Unidad de Auditoría Interna del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, puede proseguir un caso donde están involucrados Consejeros, Funcionarios y Directivos del Consejo Estatal de Derechos del Niño y del Adolescente de un determinado Estado.

Sobre el particular esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente: La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup>, 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 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

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

*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 nuestro)*

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 que nos ocupa, debe entenderse referida exclusivamente a los titulares de los órganos y entidades del sector público indicados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley *eiusdem*, así como a los funcionarios que integran las máximas autoridades jerárquicas, entendidas éstas como el órgano ejecutivo a quien corresponde la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo al 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 éstas 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 citado artículo 97 de la precitada Ley.

En tal sentido, es importante traer a colación el contenido del artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>2</sup>, el cual dispone lo siguiente:

**“Artículo 55. (...) 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*

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.169 del 29 de marzo de 2001.

*directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, serán éstos los que se considerarán la máxima autoridad jerárquica*". (Destacado nuestro)

Ahora bien, a fin de precisar qué debemos entender por **funcionarios de alto nivel** en el Consejo Estatal de Derechos del Niño y del Adolescente de un Estado, a la luz del artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es necesario conocer las características generales del mencionado Consejo y en este sentido tenemos que éste se creó mediante la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente<sup>3</sup> cuya entrada en vigencia fue el 01-04-2000.

Así tenemos, que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 117 establece que: el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, es el conjunto de órganos, entidades y servicios que formulan, coordinan, integran, orientan, supervisan, evalúan y controlan las políticas, programas y acciones de interés público a nivel nacional, estatal y municipal, destinadas a la protección y atención de todos los niños y adolescentes, y establecen los medios a través de los cuales se asegura el goce efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en dicha Ley. Este sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones intersectoriales de interés público, desarrolladas por entes del sector público de carácter central o descentralizado, y por entes del sector privado. Asimismo, el artículo 119 *iusdem* señala que se encuentra integrado de la manera siguiente:

**“órganos administrativos: Consejo Nacional, Estatal, Municipal de Derechos del Niño y Adolescente y los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente;**

**órganos jurisdiccionales: Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia;**

*Ministerio Público;*

*Entidades de atención;*

*Defensorías del Niño y del Adolescente*". (Destacado nuestro)

---

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.266 Extraordinario del 02 de octubre 1998.

Dentro de los órganos administrativos, la citada Ley Orgánica define en su artículo 133, que los Consejos de los Derechos del Niño y del Adolescente son órganos de naturaleza pública, deliberativa, consultiva y contralora, que con representación paritaria de entes del sector público y de la sociedad se encargan, de acuerdo a su competencia geográfica, de velar por el cumplimiento de los derechos difusos y colectivos de los niños y adolescentes, consagrados en la Ley *in commento*. Sus decisiones tienen carácter de actos administrativos, y la condición de miembros de dichos Consejos acarrea responsabilidad civil, penal y administrativa, de conformidad con lo dispuesto en dicha Ley y en las demás Leyes de la República.

De manera que para poder entender donde encajan los Consejos Nacionales de Derechos dentro del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes como máximas autoridades, es necesario traer a colación lo estipulado en el artículo 134 de la Ley en comentario, el cual dispone que:

*“se crea el Consejo Nacional de Derechos como órgano de naturaleza pública, con personalidad jurídica propia, que ejercerá sus funciones con plena autonomía de los demás órganos del Poder Público, sin menoscabo del principio de legalidad, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. **El Consejo Nacional de Derechos será la máxima autoridad del sistema de Protección del Niño y del Adolescente. Este Consejo se regirá por la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente, y lo que disponga su reglamento interno. Asimismo, en cada estado y municipio se creará un consejo de Derechos Estatal o Municipal, según sea el caso. Estos consejos cumplirán con lo dispuesto en la citada Ley, y por lo que establezcan las respectivas leyes estatales u ordenanzas municipales que se dicten (...).**”* (Destacado nuestro)

Así pues, es criterio de esta Institución Contralora, que a los fines de la remisión prevista en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el envío del expediente sólo procede cuando estén involucrados los **titulares, máximas autoridades jerárquicas e integrantes de los cuerpos colegiados 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 las que se refieren los enunciados 1 y del 3 al 8 de esta clasificación, tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.
- 8) Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos nacionales, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los enunciados 1 y del 3 al 8 de esta clasificación, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren dichos numerales representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.

En ese orden de ideas cabe indicar, que la consulta se vincula concretamente con la posibilidad de que la Unidad de Auditoría Interna del Consejo, prosiga un caso donde están involucrados Consejeros, Funcionarios y Directivos que forman parte del Consejo Estatal de Derechos del Niño y del Adolescente de un Estado, órgano regido por la Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de ese Estado<sup>4</sup> y el Reglamento Interno del mismo, instrumentos donde está definido como un **órgano de naturaleza pública con personalidad jurídica propia, que ejerce sus funciones con plena autonomía de los demás órganos del Poder Público**, en base a lo cual se ubica como un órgano de naturaleza *sui generis* en la estructura general de ese Estado, en tanto es un órgano con características propias de un ente descentralizado (con personalidad jurídica).

---

4 Gaceta Oficial del Estado Cojedes. N° 290 Edición Extraordinaria del 06 de agosto de 2004.

Sin embargo, en criterio de ésta Dirección General, dicho Consejo no puede ser visto como un órgano del Poder Público de ese estado en *strictu sensu*, toda vez que el mismo no fue consagrado por el Constituyente en la normativa rectora del ordenamiento jurídico venezolano, es decir, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como puede apreciarse, en la enumeración antes citada se encuentran ciertamente los **órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Estados**, que de conformidad con lo previsto en el artículo 136 de la Carta Fundamental se divide en **Poder Legislativo y Ejecutivo**.

De manera que, inequívocamente los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los estados son la **Gobernación**, quien representa al Poder Ejecutivo y el **Consejo Legislativo del Estado**, a quien le corresponde el ejercicio del Poder Legislativo en cada Entidad Federal.

En consecuencia, a juicio de esta Dirección General, los miembros del Consejo Estatal de Derechos del Niño y del Adolescente de un Estado no califican como “Funcionarios de Alto Nivel”, **a los fines de la remisión prevista en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal**, no obstante, conforman la “máxima autoridad jerárquica” de dicho ente, de conformidad con lo previsto en su estructura organizativa interna establecida en la Ley que los regula, por lo cual no resulta procedente el envío de las actuaciones realizadas por la Unidad de Auditoría Interna del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente a éste Órgano Contralor, en relación a hechos irregulares en los que presuntamente estarían involucrados miembros del referido Consejo.

En tal sentido, las referidas actuaciones de control deberán ser remitidas a la **Contraloría General del Estado**, quien es el órgano de control fiscal externo competente para valorarlas y decidir sobre la continuación de la investigación, el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio el procedimiento para la determinación de responsabilidades, en concordancia con lo previsto además, en el artículo 51 de la Ley para la Protección de Niños, Niñas y de los Adolescentes de ese estado, según el cual el Consejo Estatal de Derechos, está sujeto al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría del Estado, sin menoscabo de las funciones contraloras que corresponden a la Contraloría General de la República.

Asimismo, cabe resaltar que las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entidades del Sector Público, sólo tienen competencia para realizar actividades de control posterior, tales como auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de cualquier naturaleza sobre el ente sujeto a su control, vale decir, **sobre el ente al cual pertenece según la estructura organizativa**, caso contrario estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones ejerciendo control externo, lo cual no le está permitido, atendiendo al *Principio de Legalidad Administrativa*, consagrado en el artículo 137 del Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, excepto cuando haya sido autorizado por el Contralor General de la República, cumplidos los supuestos a que se refiere el párrafo único del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por lo que la Unidad de Auditoría Interna del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, carece a todas luces de competencia para realizar actividades de control sobre ingresos, gastos y bienes, así como de las operaciones relativas a los mismos respecto del Consejo Estatal de Derechos del Niño y del Adolescente de ese Estado por estar fuera de su estructura organizativa y no está sometido al ejercicio de tutela por parte del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CDNA).

Memorando N° 04-00-823 del 15 de noviembre de 2007.

*CONTROL FISCAL: Funcionario competente para suscribir los actos con ocasión de la potestad investigativa en una Unidad de Auditoría Interna.*

**Los actos que conforman la Potestad Investigativa pueden ser suscritos por el Director de Control Posterior, en caso de denominarse así el referido cargo en la Unidad de Auditoría Interna del órgano o ente de que se trate o el cargo equivalente, previa distribución interna de atribuciones por parte de la máxima autoridad jerárquica del organismo, establecida en el instrumento normativo correspondiente, vale decir, reglamentos internos, resoluciones organizativas, entre otros.**

Memorando N° 04-00-394 del 16 de junio de 2008.

Se solicita opinión de esta Dirección, en relación a determinar a quien le corresponde suscribir los actos que conforman la Potestad Investigativa, en una Unidad de Auditoría Interna, si es al Auditor Interno o al Director de Control Posterior.

Analizada la solicitud esta Dirección General considera procedente indicar lo siguiente:

La competencia es una fórmula organizativa, que ha sido definida por GASPARRI (1964) como “la medida de las potestades de actuación que se atribuyen a cada órgano”<sup>1</sup> y también por VIRGA (1995) como “conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que unos y otros están obligados a ejercer”<sup>2</sup>.

Como puede observarse dentro de la definición de competencia, el elemento “órgano” es fundamental, al igual que el de medida, es decir, el “quantum” de la asignación de la potestad administrativa. Así tenemos que, una de las características de esta fórmula organizativa, es la de ser improrrogable e irrenunciable, por ende el **órgano a quien se le atribuye está obligado a ejercerla**, salvo que ésta sea establecida en algunos casos de forma facultativa.

Bajo esos lineamientos, se encuentra prevista la competencia en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>3</sup>, cuyo texto dispone:

*“Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la*

---

1 GASPARRI (1964), citado por el administrativista PEÑA SOLÍS, José. Obra: “Manual de Derecho Administrativo”. p. 223.

2 VIRGA (1995), Íbid. p.223.

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

*Administración Pública **será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable** y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en la leyes y demás actos normativos.*

*Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes.”*  
(Destacado y subrayado nuestros)

Cabe indicar que la competencia es de derecho estricto, por lo que siempre debe estar consagrada en una norma jurídica de manera expresa, de lo contrario se debe tener como inexistente, y encuentra su fundamento constitucional en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé el Principio de Legalidad Administrativa, en la forma siguiente:

***“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”*** (Destacado y subrayado nuestros)

Como puede observarse, la competencia entendida como medida de la potestad pública, **siempre se atribuye a un ente o a un órgano administrativo.**

Específicamente, en cuanto a la competencia atribuida a las Unidades de Auditoría Interna, en su condición de órganos de control fiscal interno, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>4</sup>, prevé en los artículos 40, 41, 61, 64, 77, 85, 93, 94, 95 y 97 el marco de actuación de los referidos órganos de control.

Igualmente existen otras normas que prevén competencia a los órganos de control fiscal interno (Unidades de Auditoría Interna), tales como el artículo 14 de las Normas Generales de Control Interno<sup>5</sup>, el artículo 22 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional<sup>6</sup>, 135 de la Ley Orgánica de la

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

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

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

Administración Financiera del Sector Público<sup>7</sup> y el artículo 4 de las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional<sup>8</sup>.

Ahora bien, a los fines de operativizar el ejercicio de la competencia que de manera obligatoria deben ejercer los órganos de control fiscal interno, corresponde a la máxima autoridad del órgano u ente al cual están adscritos, según la estructura organizativa respectiva, **en el marco de la implantación y establecimiento del Sistema de Control Interno**, organizar el referido órgano de control interno, distribuir su competencia entre las distintas dependencias que lo conforman, así como establecer las funciones, responsabilidades y niveles de autoridad en el mismo.

En ese sentido, el artículo 12 de las Normas Generales de Control Interno, textualmente prescribe:

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

Asimismo, el artículo 24 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, establece:

**“La organización, funciones, responsabilidades y niveles de autoridad de los órganos de auditoría serán definidos por la máxima autoridad del ente u organismo, mediante instrumentos normativos, en los cuales se atenderá a lo previsto en el Reglamento y en las normas que sobre la materia dicten la Contraloría General de la República y la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.”** (Destacado y subrayado nuestros)

**No cabe duda que las atribuciones establecidas por la Ley a las**

---

7 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.648 del 20 de marzo de 2007.

8 Dictadas, mediante Resolución N° 01-00-000237 del 08 de Agosto de 2006. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.496 del 09 de agosto de 2006.

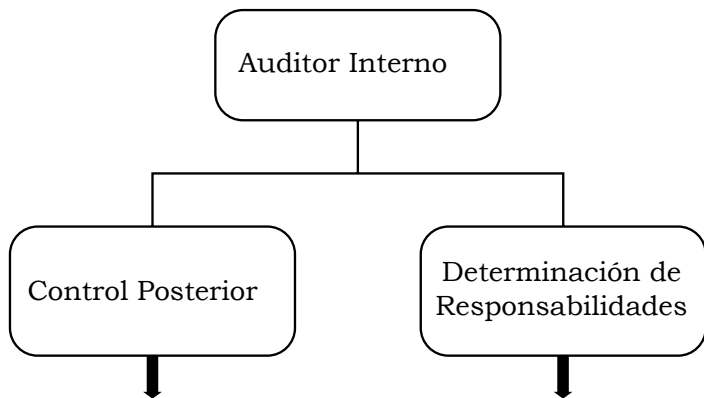
**Unidades de Auditoría Interna (de forma general), deben ser distribuidas por la máxima autoridad del órgano o ente respectivo, en las distintas dependencias o unidades que la conforman**, mediante los instrumentos internos elaborados a tal fin.

En ese sentido y concretamente, respecto a la posibilidad de “(...) **la delegación de atribuciones por parte de los titulares de los órganos de control fiscal**”, el Contralor General de la República, mediante Memorando Circular N° 01-00-008 del 24 de octubre de 2006, fijó el criterio que deben aplicarse en relación al referido asunto, señalando lo siguiente:

*“Las competencias que el ordenamiento jurídico **asigna en forma genérica a los órganos de control fiscal pueden ser ejercidas por las distintas dependencias que lo conforman**, de acuerdo con la distribución de funciones prevista en los instrumentos normativos que regulan la organización y reparto de competencias y atribuciones de los órganos de control fiscal, tales como reglamentos internos, resoluciones organizativas, etc.”* (Destacado y subrayado nuestros)

Con fundamento en lo anterior, esta Dirección ratifica el criterio institucional, en torno a que las competencias asignadas de forma general a las Unidades de Auditoría Interna, pueden ser distribuidas entre las distintas dependencias que la integran, conforme la estructura organizativa adoptada, y a tal efecto, este Organismo ha recomendado la siguiente:

**Estructura Básica de la Unidad de Auditoría Interna**



Auditorías	Procedimientos Administrativos para la Determinación de Responsabilidades:
Evaluaciones	
Inspecciones	
Potestad Investigativa	-Declaratoria de Responsabilidad
Administrativa	-Imposición de Multas
	-Formulación de Reparos

Señalado lo anterior es importante indicar, que el ordenamiento jurídico venezolano, establece mecanismos jurídicos excepcionales que funcionan armónicamente con el Principio de Improrrogabilidad de la Competencia<sup>9</sup>, tal como es el caso de la Delegación de Atribuciones, a los fines de optimizar el funcionamiento de la Administración Pública (sentido general) para lograr la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Así, la figura de la Delegación de Atribuciones, opera: “(...) cuando un órgano superior mediante un acto unilateral, de carácter temporal, basado en una disposición expresa de la ley, transfiere el ejercicio de competencias que le han sido asignadas previamente por un instrumento normativo, generalmente de rango legal, a un órgano inferior de la misma persona jurídica.”<sup>10</sup>

9 Bajo este Principio la competencia es asignada al órgano o ente mediante una norma jurídica, por lo que éste ni lo particulares pueden transferirla ni prorrogarla, salvo excepciones en lo atinente a su ejercicio. Autor: PEÑA SOLÍS, José. Obra citada. p. 231.

10 Autor: PEÑA SOLÍS, José. Obra citada. p. 239.



En ese sentido para la doctrina citada, y compartida por esta Dirección General, se desprenden, entre otras características, las siguientes:

- a) La delegación de funciones, al igual que la asignación de competencias, encuentra su basamento en una disposición expresa del ordenamiento jurídico.
- b) Mediante el acto delegatorio se transfiere únicamente el ejercicio de la competencia, y no la titularidad, razón por la cual es esencialmente temporal.
- c) El órgano delegado, debido a que es inferior al delegante, está obligado a aceptar las competencias delegadas.
- d) **El delegante únicamente puede transferir competencias que le han sido asignadas legalmente**, no resulta procedente la subdelegación, salvo disposición expresa en contrario de la Ley.

Ahora bien, la Delegación de Atribuciones en la Ley Orgánica de Administración Pública, está prevista bajo la denominación de “**Delegación Interorgánica**”, en el artículo 34 el cual señala que: “*El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras, los Gobernadores o Gobernadoras, los Alcaldes o Alcaldesas y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública podrán delegar las atribuciones **que les estén otorgadas por ley** a los órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades que determine la presente ley y su Reglamento.*” (Destacado y subrayado nuestros)

Como puede observarse, la delegación interorgánica consiste en la transferencia del ejercicio de determinadas atribuciones que un superior jerárquico puede hacer en un funcionario inmediatamente inferior bajo su dependencia, sin embargo, **sólo se podrá delegar aquellas atribuciones que hayan sido conferidas expresamente por una norma jurídica a su titular**. Esta transferencia se **limita al ejercicio más no a la titularidad de la competencia**, por lo cual los actos se tendrán como dictados por la autoridad delegante, a los efectos de los recursos correspondientes, y **los responsables a los cuales se les haya delegado una atribución, serán responsables por**

**su ejecución**, tal como se desprende del contenido del artículo 37 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

Sobre el particular, cabe traer a colación nuevamente el contenido del Memorando Circular N° 01-00-008 del 24 de octubre de 2006, antes mencionado, el cual prevé:

(Omissis)

**“Las atribuciones asignadas en forma específica a los titulares de los órganos de control fiscal por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal requieren de un acto de delegación para ser ejercidas por un funcionario distinto de estos.**

*Así, las competencias de declarar la responsabilidad administrativa, formular el reparo, imponer la multa, absolver de dichas responsabilidades o pronunciar el sobreseimiento, y la de decidir el recurso de reconsideración, requieren de un acto de delegación emanado del titular del órgano de control fiscal, en virtud de que las referidas competencias han sido expresamente atribuidas al citado funcionario en los artículos 101, 103, 106 y 107 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Caso distinto es el que se refiere a las competencias atribuidas en forma genérica a los órganos de control fiscal, tales como las vinculadas con el ejercicio de la potestad investigativa, y aquellas relacionadas con el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades diferentes a los ut supra señaladas, **las cuales no requieren de un acto de delegación y pueden ser asignadas a las dependencias que los integran, a través de los instrumentos normativos que regulan su organización y funcionamiento.**”*

(Destacado y subrayado nuestros)

Con fundamento en lo *ut supra* indicado, se concluye que las competencias asignadas de forma general a las Unidades de Auditoría Interna, tal como sería el caso, de la competencia de los órganos de control interno para iniciar potestades investigativas -artículo 77 de la

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal-, pueden ser distribuidas entre las distintas dependencias que la integran, mediante los instrumentos normativos emanados de la máxima autoridad, que regulen su organización y reparto de competencias y atribuciones, por lo que, no es procedente en este caso un acto de delegación por parte del titular del órgano de control fiscal.

Por su parte, sólo las atribuciones asignadas expresamente al titular del órgano o ente, en este caso, al Auditor Interno, pueden ser objeto de delegación a los funcionarios bajo su dependencia, bajo la premisa: el delegante únicamente puede transferir competencias que le han sido asignadas legalmente, tal como es el caso de las decisiones con ocasión del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa según lo establece el artículo 103 de la mencionada Ley, toda vez que este artículo, prevé la posibilidad de que dichas atribuciones sean delegadas.

De manera que a criterio de esta Dirección, los actos que conforman la Potestad Investigativa, pueden ser suscritos por el Director de Control Posterior, en caso de denominarse así el referido cargo en la Unidad de Auditoría Interna en ese órgano, previa distribución interna de atribuciones por parte de la máxima autoridad jerárquica del organismo, establecida en el instrumento normativo correspondiente, vale decir, reglamentos internos, resoluciones organizativas, entre otros.

Memorando N° 04-00-394 del 16 de junio de 2008.

*CONTROL FISCAL: Autoridad competente para aprobar la normativa que debe regir en un Órgano de Control Fiscal Interno. Las fallas y debilidades en la ejecución física y financiera de proyectos, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa.*

**La aprobación de las normas y manuales de procedimientos, entre ellos los manuales de determinación de responsabilidad en una Unidad de Auditoría Interna, le corresponden a la máxima autoridad del órgano o ente como instancia competente.**

**El manejo de recursos públicos dentro de la gestión fiscal, debe regirse por los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de manera que, la existencia comprobada de fallas o debilidades en la ejecución física y financiera de los proyectos constituye un supuesto generador de responsabilidad administrativa, a tenor de lo previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional Control Fiscal.**

Memorando N° 04-00-445 del 10 de julio de 2008.

Se solicita opinión de esta Dirección relacionada con: 1) instancia a la que le corresponde aprobar manuales de normas y procedimientos para determinación de responsabilidad administrativa, multas, reparos, entre otros en un órgano de control fiscal interno y, 2) las medidas que deben tomarse, en el caso que se detecten fallas o debilidades en la ejecución física y financiera de proyectos que un Fondo realiza, a través de contratos de fideicomiso suscritos con entidades bancarias y entes u órganos del sector público, ejecutores de los referidos proyectos.

Revisado y analizadas las solicitudes esta Dirección emite los pareceres en los términos siguientes:

Las competencias para la aprobación de los manuales de normas y procedimientos, entre ellos, el manual para la determinación de responsabilidad administrativa, como instrumento inherente a las funciones de control fiscal está prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>1</sup> toda vez que su artículo 36 señala: “*corresponde a las máximas autoridades jerárquicas de cada ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente*”.

---

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

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>2</sup>, en artículo 134 establece: “*Corresponde a la máxima autoridad de cada organismo o entidad la responsabilidad de establecer y mantener un sistema de control interno adecuado la naturaleza, estructura y fines de la organización. (...)*”

Así mismo, el artículo 22 de las Normas Generales de Control Interno y de Auditoría de Estado<sup>3</sup>, establece: “*(...)Los manuales técnicos y de procedimientos **deben ser aprobados por las máximas autoridades jerárquicas de los organismos y entidades**. Dichos manuales deben incluir los diferentes pasos y condiciones de las operaciones a ser autorizadas, aprobadas, revisadas y registradas, así como lo relativo al archivo de la documentación justificativa que le sirva de soporte (...)*”

De igual manera, los Estatutos Sociales del ente descentralizado, protocolizados en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 17 de agosto de 1994; Capítulo IV; de la Junta Administradora, artículo 19, numeral 2, establece: “*La Junta Administradora tiene las más amplias facultades de administración y disposición de la Compañía entre ellas, (...)Dictar las Normas y Procedimientos de la Organización y Funcionamiento.*”(...) (Subrayado nuestro)

Sentado lo anterior, cabe destacar que el Manual de Normas de Control Interno sobre un Modelo Genérico de la Administración Pública Central y Descentralizada Funcionalmente, prescrito por la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en el punto 4.2.4. Responsabilidad por el establecimiento de un adecuado Sistema de Control Interno, establece que: “Los manuales técnicos y de procedimientos (los manuales de normas y procedimientos para la determinación de responsabilidad administrativa, multas, reparos) deben ser aprobados por las máximas autoridades jerárquicas de los organismos.” (Subrayado nuestro)

En ese orden de ideas, es menester señalar que en la solicitud de opinión se menciona que la Unidad de Auditoría Interna del ente **goza de autonomía funcional**, de allí que es necesario analizar el marco normativo que regula el funcionamiento y potestades del Órgano de Control Fiscal Interno.

En tal sentido, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.229 del 17 de julio de 1997.

Control Fiscal y en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, las Unidades de Auditoría Interna de los organismos y entidades del Sector Público, son las encargadas de prestar el Servicio de Auditoría Interna (examen *a posteriori*) 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 el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, y de la evaluación de la eficacia y economía en el marco de las operaciones realizadas, pudiendo efectuar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en dicho ente, las cuales tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias, dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la Ley de Contraloría antes citada.

Se trata pues, de una dependencia más de la estructura organizativa del ente sujeto a su control, que se encuentra adscrita al máximo nivel jerárquico de éste y sujeta a una relación de subordinación jerárquica, por lo que no goza de autonomía orgánica, funcional y administrativa, pero sí de independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones y carácter técnico, en el marco del control fiscal, como principios rectores que informan el Sistema Nacional de Control Fiscal, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

De lo antes expuesto, es importante resaltar que la independencia de la Unidad de Auditoría Interna, se circunscribe a los aspectos operativos, en virtud del carácter y naturaleza de sus funciones de control fiscal, a objeto de garantizar la objetividad de criterio en el desarrollo de sus actividades de control posterior, por lo que está sometida a la rendición de cuentas en razón de sus resultados y operaciones ante la máxima autoridad del ente u organismo al cual se encuentra adscrito, así como a la rectoría de la Contraloría General de la República como órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal y a la supervisión técnica de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Junta Administradora como máxima autoridad del ente, como instancia competente, aprobar

las normas y manuales de procedimientos, entre ellos los manuales de determinación de responsabilidad de la Unidad de Auditoría Interna, en concordancia con la normativa legal y reglamentaria que rige la materia.

Con respecto al segundo punto consultado se considera procedente indicar con carácter previo, lo expuesto por el consultante en su comunicación al referirse a:

(Omissis)

*“Es menester indicar, que la mayoría de los mencionados financiamientos los realiza por medio de contratos de Fideicomiso en condición de **Fideicomitente**, suscritos con: una entidad bancaria en carácter de Fiduciario y **un ente u órgano de la Administración Pública en carácter de ejecutor del proyecto que se va a realizar**. Así también, algunos de ellos se llevan a cabo a través de Convenios efectuados directamente con los referidos entes ejecutores. En tal sentido, y en consideración del principio de rendición de cuentas consagrado en nuestra carta magna como fundamental en el ejercicio de la función pública, se conviene a través de los prenombrados acuerdos, que el ente u órgano ejecutor, rinda cuenta de su gestión en relación a la ejecución física y financiera del Proyecto. De tal situación, **surge una interrogante respecto a las medidas que se deben tomar, en el caso que una vez transferidos los recursos y rendidas las cuentas de la gestión, se detecten fallas o debilidades en la ejecución física y financiera del Proyecto.**” (Destacado y subrayado nuestros)*

(Omissis)

Como se desprende de la transcripción precedente, la solicitud de opinión fue realizada de manera general sobre cuáles medidas deben tomarse, en el caso que una vez transferidos los recursos a los entes u órganos (Sector Público) ejecutores de proyectos encomendados por Fondo, a través de la figura de Fideicomiso, y rendidas las cuentas de la gestión, se detecten fallas o debilidades en la ejecución física y financiera en los referidos proyectos.

Sobre el particular, es necesario precisar que el manejo de recursos públicos, dentro de la gestión fiscal, debe regirse por los principios de

**eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal**, a tenor de lo previsto en el artículo 311 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así pues, a quien se le ha encomendado el manejo, custodia o administración de recursos del Estado, está en la obligación de cumplir con los extremos de las normativas presupuestarias, de control interno, contabilidad, entre otras aplicables a la materia, así como observar las estipulaciones previstas en los convenios suscritos, términos establecidos en los proyectos, cronogramas de trabajo, etc., a los fines de cumplir a cabalidad la gestión encomendada, **pues se trata de la satisfacción de intereses colectivos**, lo cual apunta hacia el bienestar del pueblo y en consecuencia logra uno de los fines esenciales del Estado.

De allí que, no cabe duda que en el caso bajo análisis, siendo el ejecutor del proyecto respectivo un órgano o ente del **Sector Público**, que pertenece a la **estructura general del Estado** y a su vez, forma parte de la Administración Pública (sentido amplio), la cual se rige entre otros principios, por el de **responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho**, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, destacando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Carta Magna, el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o violación de la Constitución o de la Ley.

Así las cosas, es importante indicar que la existencia comprobada de fallas o debilidades en la ejecución física y financiera en los proyectos, además de generar a su vez incumplimiento del respectivo convenio o acuerdo que se haya suscrito por parte del órgano u ente ejecutor, podrían constituir un supuesto generador de responsabilidad administrativa, a tenor de lo previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional Control Fiscal.

Por tal motivo y a los fines de esclarecer los hechos mencionados que de manera general alude el ente consultante, consideramos necesario que los documentos que soportan tal situación, **sean remitidos a la Unidad de Auditoría del ente u órgano ejecutor**, toda vez que es a dicho órgano de control fiscal interno, a quien de manera primigenia, le corresponde la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía en el



marco de las operaciones realizadas, pudiendo realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza **en el ente sujeto a su control**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional Control Fiscal, la cual tiene atribuida además el ejercicio de potestades investigativas y sancionatorias, **dentro del ámbito de su competencia**, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la dicha Ley.

Memorando N° 04-00-445 del 10 de julio de 2008.



# DERECHO TRIBUTARIO



*DERECHO TRIBUTARIO: Regulación del silencio administrativo y la prescripción en materia tributaria.*

**El Código Orgánico Tributario dispuso, que vencido el término fijado para que la Administración Tributaria emita la decisión expresa del recurso y no lo hiciera, este silencio administrativo se entenderá negativo y si el administrado o contribuyente no interpone el recurso contencioso tributario ante dicha denegación la Administración puede proceder a la ejecución del acto emitiendo las correspondientes planillas de liquidación e iniciar las gestiones tendentes al cobro de los créditos fiscales. En cuanto a la procedencia de la prescripción, es necesaria la concurrencia de determinadas condiciones, tales como: la inactividad o inercia del acreedor, el transcurso del tiempo fijado por la Ley, la invocación por parte del interesado; que no haya sido interrumpida; y que no se encuentre suspendida.**

Memorando N° 04-00-257 del 13 de abril de 2007.

Opinión respecto a la problemática que presenta la División de Recursos Administrativos Aduaneros y Tributarios de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT, con respecto a una gran cantidad de expedientes relacionados con recursos jerárquicos interpuestos por contribuyentes o responsables, contra objeciones fiscales formuladas a las declaraciones de Impuestos Nacionales, correspondientes a los ejercicios fiscales 1995 a 2001, que a la fecha dicha Unidad no ha resuelto produciéndose en consecuencia, el silencio administrativo negativo.

Una vez examinado el asunto sometido a consulta se emite el parecer en los términos siguientes:

El órgano consultante plantea en primer lugar, si en el supuesto de que una vez vencido el lapso establecido en el artículo 170 del Código Orgánico Tributario de 1994, el interesado no haya ejercido en el tiempo útil la impugnación de la decisión denegatoria tácita ante la Jurisdicción Contenciosa Tributaria; podría considerarse consentido el acto recurrido en sede administrativa e iniciarse las gestiones tendentes al cobro de dicha acreencia.

Con el propósito de resolver la interrogante formulada, estimamos pertinente referirnos al régimen jurídico del silencio administrativo en el Derecho Administrativo en general y particularmente en el Derecho Tributario y sus consecuencias desde una perspectiva que refleje los criterios jurisprudenciales como instrumentos que le permitan a esa Superintendencia adoptar una decisión a los fines de resolver la problemática expuesta.

Los perfiles fundamentales de la figura del silencio administrativo fueron consagrados inicialmente en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> cuyo artículo 134 disponía lo siguiente:

**“Artículo 134.** *Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.*

*El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.*

*Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.”* (Subrayado nuestro)

La interpretación del sentido y alcance del silencio administrativo como garantía de los administrados, previsto en el transcrito artículo 134 fue desarrollada en Venezuela a través de la jurisprudencia contencioso administrativa, en este sentido la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa<sup>2</sup> sostuvo que respecto del contencioso administrativo general el silencio administrativo opera como un beneficio procesal para el administrado y no como una obligación o carga que le pueda hacer perder su derecho de recurrir contra el acto administrativo que cause estado, o que pueda tener el efecto de hacer precluir la posibilidad de una decisión administrativa vencidos los lapsos establecidos por las normas para la resolución de los recursos administrativos ejercidos oportunamente.

---

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.

2 Decisión del 22 de junio de 1982. Caso Ford Motors de Venezuela.

Este criterio general expresado por la extinta Corte Suprema de Justicia tiene sentido y valor si consideramos que el agotamiento de la vía administrativa conforme a dicha Ley, era un requisito procesal de admisibilidad del recurso contencioso administrativo contra actos administrativos de efectos particulares (Artículo 124. “**El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad (...) 2- Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa.**”) En consecuencia, la admisibilidad del recurso jurisdiccional estaba su-peditada, entre otras cosas, a la existencia de un acto administrativo que “causara estado”, es decir, un pronunciamiento definitivo de la Administración, por lo tanto, con lo previsto en el artículo 134, se impuso a la autoridad administrativa el deber de decidir el recurso jerárquico en el término de noventa (90) días consecutivos a contar de la fecha de su interposición a fin de que los interesados quedarán en libertad de impugnar el acto cuestionado en sede jurisdiccional dentro del lapso de seis (6) meses siguientes de no producirse la decisión administrativa correspondiente.

De manera que esta disposición fue prevista como una solución legal contra la inacción de la administración cuando intentado un recurso administrativo éste no era decidido, generándose la consecuente indefensión del administrado quien estaba imposibilitado de acudir a la vía judicial por no cubrir uno de los requisitos indispensables para la admisibilidad del recurso jurisdiccional, (circunstancias que no se producen en materia tributaria como explicaremos más adelante) y con esta previsión se le permitía el acceso a la vía judicial en ausencia de acto expreso que pusiera fin a la vía administrativa.

El artículo 134 en comentario, se presenta como una excepción al principio de que el recurso contencioso procede sólo contra el acto administrativo que agote la vía administrativa. No obstante, el silencio administrativo allí previsto no tenía atribuido efectos positivos o negativos, no se producía un acto presunto en cualquiera de esos sentidos, pues dicha ficción sólo le permitía al interesado intentar el recurso contencioso administrativo contra el acto original recurrido en sede administrativa y cuyo recurso no fue resuelto. Este beneficio abría al particular la posibilidad de acudir a la vía judicial, más no lo obligaba a recurrir, por ello no se eximía a la Administración de su deber de decidir.

Fue precisamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>3</sup>, en su artículo 4° la que reguló las consecuencias del silencio administrativo y le otorgó efectos negativos extendiendo su aplicación a la falta de resolución de cualquier asunto. En efecto, dicha Ley dispone que en aquellos casos en que un órgano de la Administración Pública no resuelva un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

En igual sentido, el Código Orgánico Tributario de 1982<sup>4</sup> en el artículo 160, dispuso que vencido el término fijado por él para la decisión del recurso sin que hubiere decisión expresa, éste se entendería denegado; precepto normativo que se reproduce en similares términos en los Códigos Orgánicos Tributarios que lo han sucedido.

Por su parte, el Código Orgánico Tributario de 1994<sup>5</sup> aplicable a los casos a que se refiere la consulta, en su artículo 111<sup>6</sup> establece como principio general, la obligación de la Administración Tributaria de dictar resolución en toda petición planteada por los interesados, dentro de los treinta (30) días siguientes a su presentación, y precisa que vencido el plazo sin que se dicte resolución los interesados pueden optar por conceptuar que hubo una decisión denegatoria y ejercer las acciones que correspondan.

Esta premisa general en materia tributaria es desarrollada con mayor precisión en el artículo 171 del citado Código, donde se dispone con absoluta claridad que una vez vencido el lapso para decidir el recurso sin que hubiere decisión, el recurso se entenderá denegado. El legislador dispuso, entonces, que presentada una solicitud o recurso y transcurrido el lapso correspondiente sin que la Administración Tributaria dictara un acto administrativo expreso, se entenderá negado el recurso, produciéndose, en consecuencia, una desestimación tácita, y así, el particular afectado podía incoar la acción judicial contencioso tributaria. Por tanto, de este silencio se deriva una manifestación

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

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.992 Extraordinario del 03 de agosto de 1982.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 4.727 Extraordinario del 25 de mayo de 1994.

6 “Artículo 111: La Administración Tributaria está obligada a dictar resolución en toda petición planteada por los interesados, dentro del plazo de treinta (30) días de su presentación, salvo disposición especial de este Código. Vencido el plazo sin que se dicte resolución, los interesados podrán a su solo arbitrio optar por conceptuar que ha habido decisión denegatoria, en cuyo caso quedan facultados para interponer los recursos y acciones que correspondan.” (subrayado nuestro)



implícita de la voluntad de la Administración, que puede ser objeto del recurso contencioso administrativo tributario.

Ciertamente, en virtud de lo establecido en el artículo 185 del Código en comentario<sup>7</sup>, el recurso contencioso tributario procede contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del ejercicio previo de dicho recurso; y contra esos mismos actos de efectos particulares cuando habiendo mediado recurso jerárquico éste hubiese sido denegado tácitamente.

Como puede apreciarse en los términos expresados por el Legislador no era necesario para el administrado agotar la vía administrativa como requisito indispensable a los fines de la impugnación judicial, pues conforme a lo señalado en la disposición normativa citada, en materia tributaria el requisito del agotamiento de la vía administrativa no es una condición procesal indispensable para acceder a la vía judicial, permitiéndosele al recurrente optar directamente por esta vía sin que se produjera la decisión administrativa expresa en vía recursiva, e inclusive la posibilidad de ejercer el recurso contencioso tributario subsidiariamente al recurso jerárquico, por lo tanto no se genera estado de indefensión.

En el caso que nos ocupa la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Orgánico Tributario<sup>8</sup> vigente para la época, disponía de un lapso de cuatro (4) meses para decidir los recursos jerárquicos interpuestos contra los actos que contenían las obligaciones tributarias, sin que durante el lapso en cuestión se produjera resolución expresa, razón por la cual debe entenderse, tal como lo señala de manera clara el consultante, que operó el silencio administrativo negativo, en cuyo caso, el administrado o contribuyente se encontraba legitimado de acudir a la instancia judicial dentro del lapso de veinticinco (25) días hábiles a partir del vencimiento del lapso para

7 “Artículo 185. El Recurso Contencioso Tributario procederá: 1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el Recurso Jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso. 2. Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior, cuando habiendo mediado Recurso Jerárquico éste hubiese sido denegado tácitamente. 3. Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares. PARÁGRAFO ÚNICO. El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al Recurso Jerárquico, en el mismo escrito, para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de dicho recurso.” (Subrayado nuestro)

8 “Artículo 170. El lapso para sustanciar y decidir el Recurso será de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de su interposición.”

decidir, por considerar que hubo una respuesta negativa, (denegatoria tácita)<sup>9</sup> ya que si bien es cierto el silencio administrativo no fue concebido como un beneficio para la Administración Tributaria, no es menos cierto que esta figura opera como una ficción legal que le permitía entender por imperio de la Ley que su recurso fue denegado, y a partir de ese momento comenzaba a correr el lapso para la interposición del recurso contencioso tributario contra dicha resolución definitiva tácita.

**Sobre la base de lo expuesto consideramos que si el administrado o contribuyente no interpuso el recurso contencioso tributario ante la denegación tácita del recurso jerárquico, la Administración Tributaria podía proceder a la ejecución del acto emitiendo las correspondientes planillas de liquidación e iniciar las gestiones tendentes al cobro de los créditos allí previstos.**

En otro orden de ideas, el consultante plantea que la redacción del artículo 55 del Código Orgánico Tributario de 1994, sugiere que el lapso de prescripción allí previsto permanece suspendido en el tiempo indefinidamente hasta que se produzca la decisión expresa de la Administración Tributaria, y en consecuencia, la prescripción no se habría consumado, por ello la División de Recursos Administrativos Aduaneros y Tributarios bien podría pronunciarse sobre los recursos propuestos.

En este sentido, debemos señalar que conforme a lo establecido en el artículo 38 del Código Orgánico Tributario, aplicable al caso de autos, la prescripción<sup>10</sup>, es una de las formas para extinguir la obligación tributaria, que produce sus efectos jurídicos cuando el acreedor y el deudor permanecen inactivos durante el tiempo fijado por la ley para que opere la misma, sin que dentro de dicho plazo realicen algún acto que signifique un reconocimiento de la existencia de la acción o

9 “Artículo 187. El lapso para interponer el recurso Contencioso Tributario será de veinticinco (25) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto que se impugna o del vencimiento del lapso previsto para decidir el recurso Jerárquico en caso de denegación tácita de éste o de la notificación de la resolución que decidió expresamente el mencionado recurso.”

10 De acuerdo con los principios generales que regulan la prescripción en el derecho común, la prescripción extintiva o liberatoria no es más que un modo de extinguirse el derecho que tiene el acreedor para accionar el cumplimiento de una obligación por no ejercerlo durante el lapso que exige la Ley, lo cual acarrea como consecuencia que el deudor se libera de cumplir con su obligación, por no haberse exigido a su debido tiempo y siempre y cuando así lo invoque este último, ya que la prescripción no opera de pleno derecho. De allí que las condiciones básicas que definen esta institución son: a) la existencia de un derecho concreto que pueda ejercitarse, b) La falta de ejercicio de ese derecho por inercia, negligencia o abandono de su titular; y c) El transcurso del tiempo que señala la Ley.

derecho, ni se produzca alguno de los hechos que la ley especifica como causas de interrupción o de suspensión de la prescripción. Por ello, para determinar la vigencia de un derecho sobre un crédito fiscal, es imperante precisar si se produjo alguna actuación del acreedor o del deudor, que hubiese desarrollado la eficacia interruptiva o suspensiva del lapso necesario para la prescripción de la obligación o alguno de los hechos o actos a los cuales la Ley otorga igual efecto.

A este respecto, el artículo 51 y siguientes del Código Orgánico Tributario de 1994, regulaban las condiciones para la procedencia de la prescripción como medio extintivo de la obligación tributaria y de sus accesorios, en los términos siguientes:

***“Artículo 51. La obligación tributaria y sus accesorios prescriben a los cuatro (4) años.***

*Este término será de seis (6) años cuando el contribuyente o responsable no cumplan con la obligación de inscribirse en los registros pertinentes, de declarar el hecho imponible o de presentar las declaraciones tributarias a que estén obligados, y en los casos de determinación de oficio, cuando la Administración Tributaria no pudo conocer el hecho”.*  
(Destacado nuestro)

Como se desprende de la citada disposición, la obligación tributaria principal y sus accesorios prescribían a los cuatro (4) años o a los seis (6) años cuando el contribuyente o responsable no cumpliera con la obligación de inscribirse en los registros pertinentes, no declarase el hecho imponible o no presentare la declaración respectiva.

Ahora bien, en el campo del derecho tributario, para que la prescripción se produzca es necesaria la concurrencia de determinadas condiciones, estas son: la inactividad o inercia del acreedor, el transcurso del tiempo fijado por la Ley, y la invocación por parte del interesado que no haya sido interrumpida y que no se encuentre suspendida.

En efecto, la prescripción está sustentada sobre un principio de abandono, silencio o inactividad del acreedor, durante un periodo de tiempo legalmente establecido, lo cual origina la pérdida de un derecho frente al deudor, es decir, que se castiga el abandono o negligencia del acreedor al no ejercer ninguna acción, ningún acto que evidencie interés en hacer valer su derecho frente al deudor.

En ese sentido, el artículo 55 del citado Código es suficientemente claro cuando preceptúa que el curso de la prescripción se suspende con la interposición del recurso jerárquico y se reanuda sesenta (60) días después que la Administración Tributaria adopte resolución definitiva, **tácita** o expresa.

En efecto, la norma citada dispone lo siguiente:

**“Artículo 55.** El curso de la prescripción se suspende por la interposición de peticiones o recursos administrativos, hasta sesenta (60) días después que la Administración Tributaria adopte resolución definitiva, tácita o expresa, sobre los mismos.

*Suspende también el curso de la prescripción, la iniciación de los procedimientos previstos en el Título V de este Código, respecto de las materias objeto de los mismos, hasta su decisión definitiva. La paralización del procedimiento hará cesar la suspensión, en cuyo caso continuará el curso de la prescripción. Si el proceso se reanuda antes de cumplirse la prescripción, ésta se suspende de nuevo, al igual que si cualquiera de las partes pide la continuación de la causa, lo cual es aplicable a las siguientes paralizaciones del proceso que puedan ocurrir.”* (Subrayado nuestro)

Por lo tanto ha de entenderse, con respecto al citado artículo que la prescripción se suspende por la interposición del recurso administrativo, y se mantiene en suspenso por el lapso de los cuatro (4) meses que tiene la Administración Tributaria para decidirlo, hasta sesenta (60) días después de que se emita la decisión ya sea esta expresa o tácita. Sin embargo vencido este tiempo se reanuda el lapso prescriptivo hasta que se origine un nuevo acto capaz de interrumpirla o suspenderla.

La interpretación indicada es pacífica dentro del contexto de la jurisprudencia en materia tributaria, así se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>11</sup>, cuando expresó:

“En el caso de autos, la apelación se circunscribe a determinar cuándo se inició el lapso de prescripción, el cual

<sup>11</sup> Sentencia de fecha, 30 de octubre de 2001, caso Chicle Adams. No obstante que las normas aplicables al caso de autos correspondían al Código Orgánico Tributario de 1982 (artículos 52, 56, 159 y 160) no contradicen en absoluto las normas que regulan tanto la prescripción, como el recurso jerárquico en los artículos 51, 55, 170 y 171 del Código Orgánico Tributario de 1994, pues su contenido son exactamente iguales.

fue suspendido por la interposición del recurso jerárquico contra las Resoluciones (...).

Al respecto esta Sala comparte el criterio sostenido por el tribunal a quo, en el sentido de que los sesenta días que señala el artículo 56 del Código Orgánico Tributario de 1982, para que se reinicie el lapso de prescripción de la obligación tributaria, comenzó el 6 de febrero de 1994, es decir, una vez vencidos los cuatro meses de que disponía la administración tributaria para decidir el recurso jerárquico interpuesto por la contribuyente.

Efectivamente, el referido dispositivo prevé que la prescripción se suspende por la interposición de los recursos administrativos, correspondientes, hasta sesenta días después que la administración tributaria adopte la Resolución definitiva, **tácita** o expresa, sobre los mismos.

Ahora bien, de la norma antes citada, se desprende que el legislador patrio incluyó, además de la decisión expresa, el acto tácito, el cual se origina, una vez que haya transcurrido el lapso previsto para decidir el recurso jerárquico sin que la Administración se hubiere pronunciado.” (Destacado y subrayado nuestros)

Igualmente debemos recordar que la prescripción de la obligación tributaria está sujeta a interrupción cuando se materializan dentro del lapso legalmente fijado alguno de los supuestos previstos en el artículo 54 del Código Orgánico Tributario, que consecuentemente hacen que pierda efectos el tiempo transcurrido.

En cuanto a los actos idóneos para la interrupción de la prescripción de la obligación tributaria el artículo 54 *eiusdem* enumera seis causales de interrupción del curso de la prescripción, a saber:

“**Artículo 54.** El curso de la prescripción se interrumpe:

1. Por la declaración del hecho imponible.
2. Por la determinación del tributo, sea ésta efectuada por la Administración Tributaria o por el contribuyente, tomándose como fecha la de notificación o de presentación de la liquidación respectiva.

3. *Por el reconocimiento de la obligación por parte del deudor.*
4. *Por el pedido de prórroga u otras facilidades de pago.*
5. *Por el acta levantada por funcionario fiscal competente.*
6. *Por todo acto administrativo o actuación judicial que se realice para efectuar el cobro de la obligación tributaria ya determinada y sus accesorios, o para obtener la repetición del pago indebido de los mismos, que haya sido notificado al deudor.*

**Parágrafo Único:** *El efecto de la interrupción de la prescripción se contrae al monto, total o parcial, de la obligación tributaria o del pago indebido, correspondiente al o los períodos fiscales a que se refiera el acto interruptivo y se extiende de derecho a los respectivos accesorios”.*  
(Subrayado nuestro)

Al respecto, ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa<sup>12</sup>, lo siguiente:

*(omissis). “Cabe observar que en materia tributaria el instituto jurídico de la prescripción adquiere particular relevancia, en tanto condiciona el ejercicio de facultades y derechos al paso del tiempo, sancionando la conducta negligente de o del administrado en razón del principio de la seguridad jurídica y certeza de las relaciones ordenadas por el derecho. Así las cosas, la connotación que tiene la institución de la prescripción es la de ser un medio de extinción de la obligación tributaria principal y sus accesorios, por el transcurso del tiempo, el cual tiene que ocurrir en forma continua; es decir, que no existan causas que interrumpan o suspendan ese término, a los fines de evitar que el transcurso de ese lapso haga nugatorio los derechos e intereses del acreedor y el deudor en una obligación tributaria. **Por otra parte,***

---

12 Sentencia N° 00485, de fecha 23 de febrero de 2006, caso INCE vs Telares Palo Grande SAICA; sentencia N° 1586 del 20 de junio de 2006, caso Harina Juana DAMCA, CA vs. Fisco Nacional; ratifican criterio sostenido por la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencias de fecha 27/17/95 y 4/4/99, casos Ron Santa Teresa y Distribuidora Guadalquivir.

**en el caso de la existencia de alguna causal de interrupción, la consecuencia fundamental es el inicio de un nuevo período de prescripción; es decir, debe comenzar a computarse nuevamente el lapso para que ésta opere. Por el contrario, al verificarse una causal de suspensión, el efecto es la paralización de ese término al momento de la ocurrencia de la causal, sin que este tiempo que haya transcurrido en forma previa a dicha causal desaparezca; en consecuencia, una vez que cesen los efectos de la suspensión, se computa la prescripción tomando en cuenta el lapso que había transcurrido con anterioridad a ella (...).**  
(Destacado y subrayado nuestros)

Cabe indicar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>13</sup> también señaló:

*“(...) Así mismo, ha de atenderse a la importancia de los supuestos de interrupción y de suspensión, cuyo efecto jurídico común es la dilación de los plazos de prescripción antes de su consumación definitiva. (...) las causas que interrumpen la prescripción tributaria conllevan que al tener lugar dejan como inexistente el período de tiempo transcurrido. Por tanto, el acto interruptivo genera consecuentemente un nuevo cómputo respecto al lapso de prescripción; es decir, sucedida la interrupción se tiene como no transcurrido el plazo de la prescripción que corrió con anterioridad al acontecimiento interruptor (...).”(Subrayado nuestro)*

En el caso que nos ocupa corresponde a los funcionarios de la Administración Tributaria verificar, si durante el lapso comprendido entre los años 1995 a 2001 se han producido actos susceptibles de suspender o interrumpir la prescripción a los fines que determinen si las obligaciones de los casos señalados están o no prescritas.

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia precedentemente transcritas, resulta concluyente que una vez vencido el lapso para decidir el recurso, es decir los cuatro meses establecidos en el artículo

13 Sentencia N° 01215 del 26 de junio de 2001 Caso: Agencia Marítima de Representaciones, C. A. (AGEMAR), Vs. SENIAT.

170 del Código Orgánico Tributario, y sumados los sesenta (60) días previstos en el artículo 55 *eiusdem*, se empezaba a computar el plazo de prescripción que estipulaba el artículo 51 de dicho Código.

**Apoyados en los criterios citados consideramos que la respuesta a la segunda interrogante formulada debe darse en sentido negativo pues la interpretación del artículo 55 del Código Orgánico Tributario no conduce a sostener, como se pretende, que la suspensión de la prescripción perdura en el tiempo indefinidamente hasta que la Administración Tributaria decida los recursos jerárquicos mediante Resolución expresa, pues dicha suspensión es provisional y se mantiene como expresamente lo indica la norma, hasta sesenta (60) días después a que la Administración Tributaria adopte resolución definitiva, TÁCITA o expresa, sobre el recurso.**

Expuesto lo anterior y siguiendo con el análisis de la consulta, apreciamos que también se plantea que en el supuesto de considerar este Organismo que el cómputo del lapso de prescripción se reinicia de pleno derecho vencidos los lapsos establecidos en el señalado artículo 170 de Código Orgánico Tributario de 1994, y la Administración Tributaria haya perdido la posibilidad de exigir de manera coactiva el cobro de dichos derechos pendientes, por haberse convertido los mismos en obligaciones naturales; les recomendaríamos que decidieran dichos recursos y enfrentaran las posibles acciones judiciales de los administrados, en las cuales podrían alegar como defensa perentoria la prescripción de la obligación y de ser declarado con lugar, la República podría ser condenada en costas hasta con un 10% del valor del Recurso Contencioso Tributario propuesto.

Sobre el particular, consideramos que en este momento además de inoportuno por extemporáneo, resulta inútil que la Administración Tributaria emita un pronunciamiento expreso a fin de resolver los recursos jerárquicos interpuestos durante los años 1995 a 2001, a que alude su consulta, máxime si ya ha transcurrido íntegramente el lapso de prescripción, pues como lo señalamos precedentemente, al no haber decidido de forma expresa dentro del lapso que el Código Orgánico Tributario le otorgaba para ello (cuatro meses) se produjo un acto denegatorio tácito, razón por la cual lo procedente era intentar el cobro de dichas obligaciones tributarias. De emitirse pronunciamientos denegatorios expresos extemporáneos, estos sólo permitirían al administrado o contribuyente acceder nuevamente a la vía judicial donde invocará a su favor la pres-



cripción de la obligación tributaria, y eventualmente de la declaratoria con lugar de tales recursos, la República podría ser condenada en costas de resultar la Administración Tributaria totalmente vencida.

Por ello, consideramos que en la actualidad corresponde a la Administración Tributaria verificar, en cada caso si se han producido actos susceptibles de suspender o interrumpir la prescripción de las obligaciones tributarias y en el supuesto de que el lapso de prescripción no se haya consumado debería proceder al cobro de tales acreencias.

Al respecto interesa destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 51 establece dos derechos, uno, el derecho de cualquier persona a representar o dirigir peticiones ante las autoridades públicas cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública, a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa, y otro, el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta que confiere a estos particulares del derecho a obtener la respuesta pertinente en un término prudencial, es decir, que se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

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

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

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

Ahora bien, en el supuesto de no haberse producido durante el lapso transcurrido desde 1995 a 2001, actos susceptibles de interrumpir la

prescripción, y por lo tanto ésta se consumó, igualmente la Administración Tributaria podría intentar el cobro de los créditos, exhortando al pago en vía administrativa considerando que la prescripción no opera de pleno derecho, sino que debe hacerse valer o invocarse como defensa cuando la administración pretenda el cobro compulsivo de tales créditos, considerando que la obligación tributaria a que se contraen los actos recurridos subsiste como obligación natural<sup>14</sup>, pues la prescripción, únicamente extingue las acciones para obtener su cumplimiento coactivo<sup>15</sup>. Esta exhortación al pago en vía administrativa posibilitaría un pronunciamiento por parte del SENIAT ya que probablemente cuando se le notifique el cobro de tales deudas, el contribuyente o administrado alegará la prescripción como mecanismo de excepción para liberarse de su obligación, circunstancia que permitiría a dicha Superintendencia resolver y descargar de sus registros el cúmulo de actuaciones pendientes y sincerar la contabilidad fiscal.

A todo evento, cabe recordar que la Administración Pública (dentro de ésta la Administración Tributaria) en los términos expresados en el artículo 141 del Texto Fundamental, está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho. Principios constitucionales que se reproducen en la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo artículo 12 añade a los citados principios los de economía, simplicidad administrativa, objetividad, imparcialidad, buena fe y confianza, asimismo, precisa que la actividad se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica.

Igualmente la Administración Tributaria está sujeta a la Ley Contra la Corrupción cuyos artículos 16 y 17 disponen que los funcionarios

14 Obligaciones Naturales son aquellas que no dan acción para exigir su cumplimiento, el acreedor no puede imponerle al deudor su cumplimiento forzoso mediante los órganos de Justicia, pero si son cumplidas autorizan al acreedor para retener lo que se ha pagado en razón de ellas, pues lo que se ha dado en pago de una obligación natural no está sujeto a repetición. Ejemplo de estas obligaciones son las derivadas de juegos de azar, **apuestas y las obligaciones prescritas**.

15 Si bien el cobro de la obligación no puede ser accionado judicialmente si puede serlo por vía administrativa, no obstante el contribuyente ante cualquier acción de cobro estará legitimado para rehusarse al cumplimiento de la obligación, circunstancia que justifica el hecho de que la prescripción deba ser alegada; que el contribuyente pueda renunciar a la prescripción consumada (artículo 65), que no pueda ser materia de repetición lo que éste haya pagado en cumplimiento de una obligación prescrita. (artículo 64).

y empleados públicos instruirán los procedimientos y demás trámites administrativos procurando su simplificación y respetando los principios de economía, celeridad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza, establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos.

En ese orden de pensamiento debemos puntualizar que a tenor de lo dispuesto en las derogadas Leyes Orgánicas de la Contraloría General de la República de 1995 (artículo 113) y de Salvaguarda del Patrimonio Público (numeral 8 del artículo 41) aplicables a los casos bajo análisis, así como en la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (artículo 91) se tipifican como supuestos generadores de responsabilidad administrativa, entre otros, la omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio público, que haya causado perjuicio material a dicho patrimonio así como el hecho de que un funcionario público deje prescribir o permita que desmejoren acciones o derechos de un ente público, bien sea por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente. Como se aprecia con esta normativa se sanciona aquella negligencia u omisión dañosa para un organismo público, pues el funcionario no desarrolla una actividad que estaba obligado a ejecutar, o lo hace de un modo insuficiente o defectuoso, por ello, constituye un deber ineludible para, esta Contraloría General de la República como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, advertir al consultante la gravedad de la situación planteada por el daño causado al patrimonio público, a fin de que se tomen las acciones pertinentes para determinar las responsabilidades de los funcionarios involucrados a que hubiere lugar y las medidas correctivas necesarias para evitar que se produzcan nuevamente situaciones como la planteada.

Finalmente, en cuanto a la última interrogante formulada respecto a cómo deberían proceder en aquellos casos cuya cuantía ínfima no justifique el empleo de recursos financieros del Estado en la resolución de los recursos propuestos y las posibles acciones judiciales de los

interesados, pues el monto que en definitiva se podría recuperar sería inferior al de los gastos incurridos por esa Administración para su recuperación, consideramos que el Código Orgánico Tributario vigente en la actualidad en su artículo 54<sup>16</sup>, pone a disposición de la Administración Tributaria la posibilidad de declarar la incobrabilidad de obligaciones tributarias siempre y cuando se den los supuestos allí previstos, entre los cuales se encuentran aquéllas cuyo monto no exceda de cincuenta unidades tributarias (50 UT), siempre que hubieren transcurrido cinco años contados a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles. Asimismo, la Administración Tributaria podrá disponer de oficio la no iniciación de la acción de cobranza de los créditos tributarios a favor del Fisco, cuando sus respectivos montos no superen la cantidad equivalente a una unidad tributaria (1 UT).

En tal sentido la Administración Tributaria, en procura de los intereses del Estado, y con fundamento en los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales, señalados *ut supra*, deberá evaluar la posibilidad de no proceder al cobro de dichas obligaciones siempre y cuando se justifique de manera fehaciente con la debida motivación y acompañado de los recaudos o elementos probatorios necesarios la pérdida del interés fiscal que representan esos procedimientos, en el entendido de que el costo operativo a emplear tanto en recursos financieros como humanos para la recuperación de los mismos, resulten superiores a los montos a recuperar.

Ello se fundamentaría en el ejercicio de la facultad que tiene el Ejecutivo Nacional para resolver sobre los casos dudosos o no previstos en las Leyes fiscales, como el Código Orgánico Tributario, en este caso, establecida actualmente en el artículo 169 de la Ley Orgánica de

16“Artículo 54: La Administración Tributaria podrá de oficio, de acuerdo al procedimiento previsto en este Código, declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas que se encuentren en algunos de los siguientes casos: 1. Aquellas cuyo monto no exceda de cincuenta unidades tributarias (50 UT), siempre que hubieren transcurrido cinco años contados a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles. 2. Aquellas cuyos sujetos pasivos hayan fallecido en situación de insolvencia comprobada, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 24 de este Código. 3. Aquellas pertenecientes a sujetos pasivos fallidos que no hayan podido pagarse una vez liquidados totalmente sus bienes. 4. Aquellas pertenecientes a sujetos pasivos que se encuentren ausentes del país, siempre que hubieren transcurrido cinco años contados a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles y no se conozcan bienes sobre los cuales puedan hacerse efectivas. Parágrafo Único: La Administración Tributaria podrá disponer de oficio la no iniciación de la acción de cobranza de los créditos tributarios a favor del Fisco, cuando sus respectivos montos no superen la cantidad equivalente a una unidad tributaria (1 UT)”.

la Administración Financiera del Sector Público<sup>17</sup>, y anteriormente en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, procurando conciliar siempre los intereses del Estado con las exigencias de la equidad y los principios generales de la administración financiera.

Memorando N° 04-00-257 del 13 de abril de 2007.

---

<sup>17</sup>Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.648 del 20 de marzo de 2007.

*DERECHO TRIBUTARIO: La Contraloría General de la República no esta obligada a cumplir con lo estipulado en el Parágrafo Único del artículo 97 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.*

**La Contraloría General de la República, como integrante de un Poder Público distinto al Ejecutivo como lo es el Poder Ciudadano en cuya condición detenta autonomía funcional, administrativa y financiera no encuadra dentro de los órganos y entes a los que alude el Parágrafo Único del artículo 97 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.**

Memorando N° 04-00-448 del 19 de junio de 2007.

Se solicitó la opinión de esta Dirección, respecto al contenido del Oficio N° 0002079 de fecha 6 de marzo de 2007, dirigido al Contralor General de la República por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario, en el cual requiere colaboración de este Organismo en el sentido de velar por el cumplimiento de las obligaciones tributarias establecidas para los **entes y órganos** del sector público relativas a practicar las retenciones en materia de Impuesto Sobre la Renta y del Valor Agregado y de enterar los montos retenidos oportunamente, así como la obligación de exigir a sus contratistas antes de hacer efectivo el pago, la presentación de las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta correspondientes a los últimos cuatro ejercicios fiscales.

De allí que se requiere saber, si es aplicable a este Organismo Contralor lo dispuesto en el Parágrafo Único del artículo 97 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta<sup>1</sup> el cual dispone lo siguiente:

**“Artículo 97.** *Los contribuyentes que se dediquen a realizar actividades comerciales, industriales, de servicios y los titulares de enriquecimientos provenientes del ejercicio de profesiones liberales, sin relación de dependencia, deberán exhibir en el lugar más visible de su establecimiento, oficina, escritorio, consultorio o clínica, el comprobante numerado, fechado y sellado por la Administración respectiva, de haber presentado la declaración de rentas del año inmediatamente anterior al ejercicio en curso. Igual requisito deberán cumplir las empresas agrícolas y pecuarias cuando operen bajo forma de sociedades.*

---

<sup>1</sup> Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.628 del 16 de febrero de 2007.

***Parágrafo Único: Los contribuyentes que contraten con el Gobierno Nacional, los estados, municipios, Institutos Autónomos y demás entes de carácter público y empresas del Estado, deberán presentar las declaraciones correspondientes a los últimos cuatro (4) ejercicios, para hacer efectivos los pagos provenientes de dichos contratos.***”(Destacado nuestro)

El Parágrafo transcrito, establece por una parte, la obligación del contribuyente que contrate con los órganos y entes del sector público allí indicados, de presentar las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta de los últimos cuatro ejercicios, a los fines que se le puedan hacer efectivos los pagos por tales conceptos, y por la otra, obliga a los órganos y entes que los contratan a exigir las referidas declaraciones en el momento de realizar los pagos.

Ahora bien, a los fines de determinar si la Contraloría General de la República está incluida dentro del ámbito de aplicación del Parágrafo Único de la norma transcrita y por ende obligada a exigir las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta a sus contratistas al momento de efectuar los pagos, es necesario examinar si el Órgano Contralor encuadra dentro de los sujetos allí mencionados, a saber: **Gobierno Nacional, los estados, los municipios, los Institutos Autónomos, los entes de carácter público y las empresas del Estado.**

En ese sentido, de aplicar al pie de la letra lo dispuesto en el citado Parágrafo, la Contraloría General de la República no estaría obligada a su aplicación por no ser un órgano de gobierno de ninguno de los niveles a que alude la norma, es decir, nacional, estatal o municipal.

En efecto el artículo en comentario se refiere al gobierno en sus tres estamentos: al nacional, concretamente a cargo del Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado y de gobierno y Director de la Administración Pública Central del Poder Ejecutivo Nacional; al regional constituido por los Gobernadores y al municipal representado por los Alcaldes, así como a los demás órganos y entes que conforman la Administración Pública Central y Descentralizada en esos tres niveles.

Lo anterior se infiere con claridad de dispositivos constitucionales y legales como los siguientes:

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

**“Artículo 160. El gobierno y la administración de cada Estado corresponde a un gobernador o gobernadora. (...).**

**Artículo 174. El gobierno y la administración del Municipio corresponderán al Alcalde o Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil(...).**

**Artículo 225. El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determine esta Constitución y la Ley.**

**Artículo 226. El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.**

**Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:**

(...)

2. Dirigir la acción de **Gobierno**.

**Artículo 251. El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional. Será de su competencia recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.”** (Destacado nuestro)

En este mismo sentido se expresa la Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional cuando en el artículo 47 señala:

**“El Presidente o Presidenta de la República, en su carácter de Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública Central del Poder Nacional con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, conforme lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.”** (Destacado nuestro)



Sobre el particular, la doctrina patria<sup>2</sup> ha expresado que el nuevo Texto Constitucional, en el artículo 226, contiene de manera implícita una concepción de gobierno en sentido orgánico al prescribir que el Presidente de la República es el Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional en cuya condición dirige la acción de gobierno y en el artículo 225 define quiénes integran el Poder Ejecutivo a saber: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen la Constitución y la Ley, de modo que de la interpretación concordada de estas dos disposiciones se evidencia quiénes conforman el Gobierno Nacional.

Siendo así las cosas, y tomando en cuenta la redacción del Parágrafo Único del artículo 97 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, consideramos que la Contraloría General de la República, como Máximo Órgano de Control Fiscal, integrante de un Poder Público distinto al Ejecutivo como lo es el Poder Ciudadano en cuya condición detenta autonomía funcional, administrativa y financiera no encuadra dentro de los órganos y entes a los que alude la norma en comentario, razón por la cual no estaría en el deber de cumplir con la obligación allí prescrita, al momento de hacer efectivos los pagos a sus contratistas.

Memorando N° 04-00-448 del 19 de junio de 2007.

---

2 PEÑA SOLÍS, José. Manual de Derecho Administrativo, Volumen Primero. Pág.420.

*DERECHO TRIBUTARIO: Alcance de la decisión que interpretó el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.*

**La base imponible a los fines de la declaración y pago del Impuesto Sobre la Renta es el salario normal devengado por las personas naturales bajo relación de dependencia, para el ejercicio económico 2007.**

Memorando 04-00-262 del 14 de abril de 2008.

Se solicita opinión con respecto al alcance de la Decisión 301 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de febrero de 2007, relacionada con el recurso de nulidad de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto N° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta, en la cual se interpretó constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, requiriendo a tal efecto el criterio sustentado por este Organismo Contralor sobre los conceptos que deben tomarse en cuenta para la declaración y pago del referido Impuesto.

Analizada la mencionada decisión emanada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, esta Dirección General tiene a bien precisar lo siguiente:

Como punto previo, es importante señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, por lo tanto no está dentro de las funciones asignadas a este Órgano de Control la de interpretar y determinar el alcance de una decisión emanada de nuestro Máximo Tribunal de la República.

De manera, que éste Máximo Órgano Contralor atendiendo al Principio de Legalidad Administrativa, previsto en el artículo 137 de la Carta Magna, es cauteloso en el ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente le han sido encomendadas, en el sentido de no extralimitarse en el desarrollo de las mismas, a los fines de no invadir la esfera de competencia que corresponde a otro órgano del Poder Público.

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

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

Sin embargo, a título de colaboración y sin carácter vinculante, estima procedente señalar con respecto a la solicitud lo siguiente:

A juicio de la Contraloría General de la República, el contenido de la sentencia *in commento* es claro y preciso al resolver la interpretación del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, para lo cual la Sala Constitucional procedió, en primer lugar, a hacer un análisis de las bases constitucionales que regulan el sistema tributario.

En segundo lugar, efectuó un análisis de la Ley de Impuesto Sobre la Renta concluyendo, entre otros particulares, lo siguiente:

“En el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva tomó una amplísima base: «los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia». Esta noción, guarda correspondencia con lo que la doctrina del derecho laboral define como salario integral, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual 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».

(...)

Bajo la panorámica abordada, la Sala encuentra que la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos.

*El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se*

*aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados.*

*Ello no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156.13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida en que produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora.”*

De tal manera que la Sala Constitucional, sobre la base de los señalamientos que anteceden, así como del criterio jurisprudencial del rol atribuido al juez constitucional con respecto a la toma de decisiones que permiten modificaciones o correcciones a normas legales cuando contraríen normas constitucionales, plasmado en la SC N° 952 del año 2003 (caso Margarita Farías) transcrita en la decisión, consideró lo siguiente:

*“...que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, **estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal)** a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.*

*Por tal razón, con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario; ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en el siguiente sentido:*

**Artículo 31.** Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial.” (Subrayados de la nueva redacción)

Al examinar los argumentos a la luz de la citada sentencia, se observa que la Sala fue enfática al considerar que en el caso de los ingresos que perciben las personas naturales bajo relación de dependencia, los conceptos que conforman el enriquecimiento neto a los fines del impuesto sobre la renta sólo deben abarcar las remuneraciones que **en forma regular** éste perciba, es decir, lo que **la Ley Orgánica del Trabajo estipula como salario normal**, excluyendo entonces de la base imponible para el cálculo de este impuesto, los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, es decir, los percibidos de una manera no regular, ni permanente ni continua, tales como serían por ejemplo las vacaciones, las utilidades, entre otros. De manera, pues que el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional como máximo y

último intérprete estimó conveniente y necesario ajustar el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta a los postulados constitucionales que regulan la tributación, adecuando dicha disposición al espíritu y propósito del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto a que el impuesto se calculará tomando en consideración **el salario normal** devengado por el trabajador.

Ahora bien, dictada la decisión antes señalada que reformó con efectos vinculantes y *erga omnes* el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, los recurrentes originales en el recurso, así como los representantes de la Procuraduría General de la República y del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), solicitaron diversas aclaratorias a la Sala, particularmente **en relación con los efectos temporales de la sentencia reformativa**.

En atención a dichas solicitudes, la Sala Constitucional, en sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007, estableció la aclaratoria solicitada exclusivamente sobre **los efectos del fallo en el tiempo**. En ese sentido, reconoció que si bien en el caso concreto se había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, la Sala la declaró inadmisibles y por tanto, no declaró la nulidad de los artículos impugnados, pasando en cambio de oficio, **a interpretar constitucionalmente** el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, disponiendo la reforma a la Ley en forma vinculante y en ese sentido, por tratarse de una reforma de la Ley, la Sala estimó que:

*“... aun cuando la lógica jurídica, no deja dudas acerca de que la interpretación que ha hecho la Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos ex nunc, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la Gaceta Oficial de la República, lo cual se hizo en la N° 38.635 del 1 de marzo de 2007, tratándose la materia vinculada a dicha interpretación a la tributaria, la cual se rige por períodos fiscales anuales, esta Sala –en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal– aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de*

*febrero de 2007, señalando expresamente que la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada(...).” (Destacado nuestro)*

Como puede observarse, del texto transcrito se desprende con claridad que la aplicación en el tiempo de la reforma del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta contenida en la sentencia 301 del 27 de febrero de 2007 objeto de estudio, no es aplicable lógicamente al ejercicio fiscal 2006, pues el mismo ya se había iniciado para el momento en que se produjo la decisión, por lo que tal interpretación constitucional **es aplicable para el ejercicio fiscal siguiente**, entendiéndose por éste el comprendido desde el primero de enero de año 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad del texto contenido en el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta vigente.

Así pues, de conformidad con lo señalado precedentemente, este Organismo Contralor acoge en su totalidad el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como máximo intérprete de la República, al tomar como base imponible a los fines de la declaración y pago del impuesto sobre la renta el salario normal devengado por las personas naturales bajo relación de dependencia, para el ejercicio económico del año 2007. No obstante se recomienda, a los fines de efectuar el referido cálculo, tomar en consideración lo que ha expresado de manera reiterada la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con respecto al salario normal.

Memorando 04-00-262 del 14 de abril de 2008.

*DERECHO TRIBUTARIO: Declaratoria de incobrabilidad de obligaciones tributarias.*

**Los órganos o entes que legalmente están facultados para ejercer las atribuciones que el Código Orgánico Tributario le atribuye a la Administración Tributaria, puede disponer de oficio la no cobranza de aquellas deudas cuyos créditos tributarios no supere la cantidad equivalente a una Unidad Tributaria (1 UT), en atención al principio de economía que rige la actividad administrativa.**

Memorando N° 04-00-627 del 10 de octubre de 2008.

Opinión con respecto a la posibilidad que tiene el Centro Nacional Autónomo de Cinematografía (CNAC), de declarar la incobrabilidad de las deudas menores a una unidad tributaria, relacionadas con las contribuciones especiales a que alude la Ley de la Cinematografía Nacional, con fundamento en el Parágrafo Único del artículo 54 del Código Orgánico Tributario, a los fines de depurar la contabilidad fiscal.

La Ley de Cinematografía Nacional<sup>1</sup> en su artículo 5, crea el Centro Nacional Autónomo de Cinematografía en lo adelante CNAC, como un ente con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Cultura, cuyo patrimonio está integrado, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 *eiusdem*, entre otros, por el producto de las tasas establecidas en dicha Ley y los ingresos por servicios que preste la institución; el monto de las multas y sanciones aplicadas por el CNAC; y el monto que el Fondo de Promoción y Financiamiento del Cine (FONPROCINE), transfiera anualmente a dicho Centro.

El CNAC, está conformado por tres órganos, a saber: el Consejo Nacional Administrativo, el Comité Ejecutivo y el Fondo de Promoción y Financiamiento del Cine, en lo sucesivo identificado por sus siglas FONPROCINE, creado a los fines de realizar las funciones de promoción, fomento, desarrollo y financiamiento al cine, como un fondo autónomo sin personalidad jurídica, adscrito y administrado por el CNAC, con patrimonio separado, el cual está constituido, entre otros, por los aportes que se deriven de las contribuciones especiales que se contemplan en el Título VIII de la Ley de Cinematografía Nacional las cuales serán enteradas y pagadas por los obligados a realizarlo, en la oportunidad que determine dicha Ley y el Reglamento respectivo, en una cuenta del Fondo de Promoción y Financiamiento del Cine (FONPROCINE), conforme con el procedimiento que se establezca.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.300 del 26 de octubre de 2005.



Como se observa, de conformidad con lo establecido en la precitada Ley, FONPROCINE, **constituye un patrimonio separado** integrado, entre otros, por los aportes que se deriven de las contribuciones especiales que se contemplan en su Ley, se trata de un fondo autónomo adscrito y administrado por el CNAC.

Así, las referidas contribuciones especiales son enteradas y pagadas por los obligados a realizarlo, en la oportunidad que determina la Ley y su Reglamento respectivo en una cuenta del Fondo, quien a los fines de realizar las funciones de coordinación en la promoción, fomento, desarrollo y financiamiento del cine, tiene de conformidad con lo establecido en el artículo 39 *eiusdem*, entre otras atribuciones, la de administrar los aportes recibidos de conformidad con la Ley.

De manera que, conforme con la normativa citada, tenemos que el patrimonio del CNAC, comprende, entre otros, el producto de la tasa por inscripción en el Registro de Cinematografía Nacional, equivalente a una unidad tributaria (1 UT) por cada inscripción, que deberán pagar al referido Centro, las personas naturales o jurídicas que en el territorio nacional realicen actividades relacionadas con la creación, producción, importación, exportación, distribución, exhibición y difusión de obras cinematográficas de carácter publicitario o no, así como aquellas asociaciones, fundaciones, centros de cultura, de enseñanza y escuelas que se dediquen al cine; quienes están obligados a inscribirse en el referido Registro.

Mientras que a FONPROCINE, con patrimonio separado adscrito y administrado por el CNAC, ingresan los aportes por las contribuciones especiales previstas en el Título VIII de la Ley de Cinematografía Nacional, pagadas por las personas naturales o jurídicas en los porcentajes señalados en dichas normas cuando su actividad económica encuadre en los supuestos allí previstos.

Al respecto cabe indicar que las tasas y las **contribuciones especiales** así como los impuestos, son especies, del género “tributo”, que se diferencian por el elemento objetivo del hecho imponible establecido por la Ley para tipificarlo. En el impuesto, el hecho imponible es una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente donde no existe una contraprestación directa a cambio del pago del mismo. En la tasa, el hecho imponible es la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente

que la paga, y en las contribuciones especiales, el hecho imponible está constituido por los beneficios derivados de la realización de obras públicas que inciden directamente en el patrimonio del contribuyente.

El tributo llamado contribución puede ir al presupuesto nacional, a la hacienda pública nacional, cuando se recauda, pero pudiera ir a otra entidad u otro organismo, cuyo patrimonio sea independiente del presupuesto nacional, es decir, con patrimonio separado, allí deja de ser tributo para denominarse simple contribución.

Ahora bien, considerando que el CNAC es un Instituto Autónomo creado por Ley, que administra un patrimonio separado autónomo como lo es FONPROCINE, la Ley de creación previó el mecanismo por el cual éste pudiera financiar su presupuesto, aprovechando el mecanismo de la contribución, creando la obligación para las personas naturales y jurídicas a que hicimos referencia *ut supra* de pagar un aporte y lo recaudado por dicho concepto, está afecto a cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines de promoción, fomento, desarrollo y financiamiento al cine, no a financiar el Presupuesto Nacional.

Se trata, de una especie de contribución parafiscal, concepto en el cual se incluyen aquellos tributos instituidos con fines de interés colectivo y que están excluidos del presupuesto general del Estado, ingresos parafiscales recabados para asegurar su financiamiento autónomo, y como tales se caracterizan porque su producto no se incluye en los presupuestos estatales; no son recaudados por los organismos específicamente fiscales del Estado y no ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos. En todo caso, son aportaciones de carácter tributario, legalmente establecidas en una Ley nacional y como tales, le son aplicables las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

Efectivamente el tributo objeto de estudio, se encuentra comprendido dentro de los tributos regulados por el mencionado Código, conforme con lo establecido en su artículo 12, el cual es del tenor siguiente:

**“Artículo 12.** *Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1°.*” (Destacado y subrayado nuestros)

Así las cosas, y considerando que el asunto consultado gira en torno a determinar si el CNAC, puede proceder de oficio a declarar la incobrabilidad de las obligaciones tributarias al no iniciar las acciones de cobro de tales obligaciones cuando los montos por concepto de contribuciones especiales no superen el equivalente a una unidad tributaria, esta Dirección observa, que a los fines de determinar la autoridad competente para declarar la incobrabilidad de las obligaciones tributarias en el CNAC, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Cinematografía Nacional, conforme al cual, éste ejercerá las facultades y deberes que le atribuye el Código Orgánico Tributario a la administración, en relación con la recaudación y fiscalización de las tasas, contribuciones especiales y multas establecidas en dicha Ley. De manera que, efectivamente, el Centro Nacional Autónomo de Cinematografía actúa como administración tributaria y tiene dentro de sus funciones la recaudación y administración de estos aportes.

Ahora bien, el Código Orgánico Tributario establece en el artículo 39 los actos susceptibles de extinguir la obligación tributaria dentro de los cuales incluye a la declaratoria de incobrabilidad, la cual procede en los supuestos establecidos en el artículo 54 del Código Orgánico Tributario que expresamente dispone:

**“Artículo 54.** *La Administración Tributaria podrá de oficio, de acuerdo al procedimiento previsto en este Código, declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas que se encontraren en algunos de los siguientes casos:*

- 1. Aquellos cuyos montos no excedan de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) siempre que hubieren transcurrido cinco (5) años contados a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles.*
- 2. Aquellas cuyos sujetos pasivos hayan fallecido en situación de insolvencia comprobada y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 24 de este Código.*
- 3. Aquellas pertenecientes a sujetos pasivos fallidos que no hayan podido pagarse una vez liquidados totalmente sus bienes.*
- 4. Aquellas pertenecientes a sujetos pasivos que se encuen-*

*tren ausentes del país siempre que hubieren transcurrido cinco (5) años contados a partir del primero de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles, y no se conozcan bienes sobre los cuales puedan hacerse efectivas.*

**Parágrafo Único:** La Administración Tributaria podrá disponer de oficio la no iniciación de las gestiones de cobranza de los créditos tributarios a favor del Fisco, cuando sus respectivos montos no superen la cantidad equivalente a una unidad tributaria (1 UT).” (Subrayado nuestro)

De la normativa transcrita *ut supra* se infiere que son varios los supuestos de procedencia de la Declaratoria de Incobrabilidad de créditos tributarios, entre ellos cuando se trate de créditos cuyos montos no excedan de cincuenta unidades tributarias (50 UT), con la condición de que hubieren transcurrido cinco años contados a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se hicieron exigibles.

También procederá cuando el monto del crédito tributario no supere la cantidad equivalente a una unidad tributaria (1 UT), supuesto que exime a la Administración Tributaria de realizar las gestiones de cobro de los créditos fiscales pues los costos que implican las operaciones de cobranza, suponen la realización de gastos superiores al valor de la deuda, privilegiando así el principio de la economía en la actividad administrativa.

De manera que la declaratoria de incobrabilidad procede bien, cuando la administración tributaria ha realizado gestiones de cobranza que resultaron infructuosas al convertirse en obligaciones de difícil o imposible recaudación, y tal declaratoria le permite sincerar la contabilidad fiscal, de tributos liquidados desde un largo periodo de tiempo, de imposible cobro por parte de los órganos de la Administración; o bien, cuando no ha iniciado gestiones de cobranza por la pérdida del interés fiscal o económico en razón de que el monto de la obligación no supera el equivalente a una unidad tributaria.

En ambos casos, la administración tributaria está facultada para proceder de oficio a la declaratoria de incobrabilidad, o a no iniciar acciones de cobranza, siempre y cuando estén dados los extremos legales señalados en la norma, para que se produzca una u otra circunstancia.

Sobre la base de lo expuesto, cada vez que el Centro Nacional Autónomo de Cinematografía, ejerza las atribuciones y deberes que el Código Orgánico Tributario le confiere a la Administración Tributaria, está facultado para disponer de oficio la no cobranza de aquellas deudas menores a una unidad tributaria (1U.T.), que se relacionen con créditos por concepto de contribuciones especiales, cuando no se justifique realizar dichas gestiones de cobro por las razones expuestas precedentemente, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Cinematografía Nacional.

Se concluye que el referido Centro debe aplicar el procedimiento previsto para la declaratoria de incobrabilidad establecido en los artículos 208, 209 y 210 del Código Orgánico Tributario, preparando un expediente que contenga como mínimo: a) La planilla o planillas de liquidación expedidas donde se demuestre la obligación; b) Opinión jurídica de la Consultoría Jurídica, sobre la procedencia para no iniciar la acción de cobranza de dichas deudas donde conste además, que el monto individual de la planilla por concepto de tasas, contribuciones especiales, intereses moratorios o multas conexas no exceden de una unidad tributaria (1U.T.) y c) Mención o copia de la Gaceta Oficial donde conste el valor de la Unidad Tributaria.

Memorando N° 04-00-627 del 10 de octubre de 2008.

*DERECHO TRIBUTARIO: La Transacción Tributaria.*

**La transacción es un acto que excede de la simple administración y para que sea válida, se requiere de capacidad para disponer de las cosas objeto de ella, asimismo que éste sea lícito y que verse sobre materias que no estén prohibidas, de allí que debe estar sometida a las condiciones requeridas para la validez de los contratos en general.**

Memorando N° 04-00-665 del 29 de octubre de 2008.

Se solicita opinión de esta Dirección, a los fines de determinar:

1) Si la competencia para celebrar la transacción tributaria celebrada entre un Instituto y una empresa debe estar establecida en forma expresa, o pudiera conferirse tácitamente, siendo la misma inherente a la actividad que el órgano administrativo desarrolle, el cual está representado por las máximas autoridades del Instituto, es decir el Consejo Nacional Administrativo y el Comité Ejecutivo; 2) Si las contribuciones por concepto de aportes dejados de cancelar, multas, intereses moratorios y compensatorios y actualización monetaria, que fueron objeto de la transacción celebrada entre el Instituto y la empresa en fecha 11 de septiembre de 1998 eran transables, en virtud de que se trata de contribuciones parafiscales.

Analizada la solicitud de opinión, esta Dirección, con fundamento en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina aplicable para el momento de ocurrencia de los hechos, emite su parecer en los términos siguientes:

Como punto previo, es imprescindible analizar la institución de la transacción y la normativa que regulaba dicha figura de autocomposición procesal en materia tributaria para el año 1998.

Así tenemos que la transacción, es una institución típica de Derecho Civil prevista como un contrato en el artículo 1.713 del Código Civil, a través del cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual. La transacción judicial, tiene fuerza de Ley y de cosa juzgada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.159 y 1.718 del citado Código y como tal, produce el efecto procesal de terminar el litigio pendiente, subrogándose a la sentencia.

Ahora bien, para transigir se necesita entre otros requisitos, tener **capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción**

y que su objeto sea lícito, posible, determinado o determinable, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.714 y 1.155 *eiusdem*.

En efecto, estamos en presencia de un contrato bilateral y consensual, cuyos elementos o características principales, además de aquellos que le son comunes a todo tipo de contrato, como lo son: el mutuo consentimiento de las partes contratantes, el objeto y causa, son las recíprocas concesiones que se hacen las partes renunciando éstas de manera total o parcial, según el caso, a las posiciones que inicialmente habían asumido frente a una situación determinada, la cual es modificada por el común acuerdo de voluntades, mediante celebración del contrato de transacción, el cual puede ser judicial o extrajudicial y sólo se extiende a lo que expresamente constituye su objeto.

Esta institución fue incorporada por primera vez en nuestra legislación tributaria, a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario de 1982 y ha sido concebida desde sus inicios como un medio alternativo -extraordinario- de solucionar las controversias entre la Administración Tributaria y el administrado, y no como un mecanismo formal para la extinción de la obligación tributaria, la cual quedó establecida en la forma siguiente:

*“La **transacción judicial** es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.”* (Destacado y subrayado nuestros)

Esta disposición que se mantuvo en las reformas del Código Orgánico Tributario de 1992 y 1994 y la doctrina<sup>1</sup>, coincide en que surgió del Modelo de Código Tributario para América Latina, OEA/BID, el cual la consideró como un medio que presenta sus riesgos y por esa razón su adopción debe **estar limitada a las cuestiones de hecho, a veces de muy difícil comprobación**, y nunca en materia de interpretación de la norma, por eso los redactores venezolanos del Código de 1982 advirtieron, que sometían la utilización de este procedimiento “extraordinario” en ese campo a ciertos requisitos que “garantizaran la mejor defensa de los derechos de la Nación” y reconocían, además, que constituía “un medio útil para resolver situaciones conflictivas difíciles.”

De esta manera, la transacción como un modo de autocomposición procesal, difería del contrato de transacción previsto en el Código Civil,

1 RUAN SANTOS, Gabriel. Tema: “Visión Crítica sobre la Transacción y el Arbitraje en el Derecho Tributario. Hacia los acuerdos procedimentales.” Revista de Derecho Tributario N° 105. Enero-Febrero-Marzo 2005. LEGIS. Caracas-Venezuela. p. 171.

en cuanto a su objeto, alcance y celebración, puesto que circunscribía la materia transigible, limitándola al proceso judicial y sometía la celebración del convenio a un severo procedimiento de control administrativo<sup>2</sup>.

No obstante, participa de elementos indispensables, comunes a todo contrato de transacción, tal como lo señala el autor Guillón Ballesteros “(…). Para que la transacción se dé, en sentido general, se requiere de la presencia de los siguientes elementos, que son esenciales a su existencia y validez: consentimiento, capacidad, poder y objeto (…).”<sup>3</sup>

No cabe duda que, como todo acuerdo, la transacción está sometida a las condiciones requeridas para la validez de los contratos en general, muy especialmente, aquéllas que aluden a la capacidad y poder de disposición de las personas que los suscriben. Respecto a este último elemento, la doctrina es conteste al considerar que “para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción (CC. artículo 1.714). Esta regla básica se debe extender por analogía al poder, con la advertencia de que en el caso del mandato, a menos que se trate de un acto de simple administración, se requiere mandato expreso para transigir. Los principios indicados bastan para establecer la situación respecto de la capacidad y poder de representación para transigir de las distintas categorías de personas y de las distintas categorías de representantes (legales o voluntarios) en ausencia de normas especiales al respecto.”<sup>4</sup>

Vale citar, en cuanto a la procedencia de la transacción tributaria prevista en los mismos términos, desde el Código Orgánico Tributario de 1982<sup>5</sup> hasta su reforma de 1994<sup>6</sup>, que la Dirección General de los Servicios Jurídicos, mediante Dictamen N° DGSJ-1-161 de fecha 28 de octubre de 1986, señaló lo siguiente:

**“El artículo 1713 del Código Civil ha establecido la transacción, como un contrato por el cual las partes mediante**

---

2 De conformidad con el artículo 58 del Código Orgánico Tributario de 1994, “El Ejecutivo Nacional, por intermedio de Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.”

3 Cita del autor MEJÍAS PALAZZI, Gilberto. Tema: “De lo Tributario”. Revista de Control Fiscal N° 140. Enero-Abril de 1999, Caracas, Venezuela. Pp. 57-58.

4 Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo VIII. T-Z. Ediciones Libra. Caracas-Venezuela, 1995.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.992 Extraordinario del 03 de agosto de 1982.

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



*recíprocas concesiones, terminan un litigio o precaven uno eventual. De allí que sea indispensable el sacrificio de las partes para lograr el avenimiento que ponga punto final a los litigios. Cuando no hay concesiones mutuas no hay transacción sino desistimiento. (Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano. Tomo IV, página 80). Como se verá más adelante, este sacrificio por parte de los contribuyentes, en algunos casos no existe.*

*Por su parte, el Código Orgánico Tributario, prevé en los artículos 58 y 59, la transacción en materia tributaria, pero solamente aplicable a litigios en curso. Igualmente la transacción judicial tributaria está referida a las controversias relativas a los hechos y excluye las causas en las cuales la decisión que pueda recaer, esté supeditada a la interpretación de las normas legales. Este procedimiento está revestido de ciertas garantías, como son: el pronunciamiento favorable del consejo de ministros en las causas cuyos asuntos sometidos a transacción exceda de un millón de bolívares, y la audición previa de la opinión del Contralor General de la República.*

*La transacción así vista, no extingue la obligación sino que fija sus términos definitivos, dentro de un procedimiento extraordinario de determinación de la obligación tributaria.*

*Respecto a la verificación de la naturaleza de los asuntos a que se contrae la transacción establecida en el Código Orgánico Tributario es oportuno citar al Dr. José Andrés Octavio:*

*La transacción establecida en el Código se contrae a cuestiones de hecho, es decir, a la solución de discrepancias entre el Estado y los contribuyentes **sobre los elementos objetivos del hecho imponible, o sobre factores relativos al sujeto pasivo de la obligación.** Así por ejemplo, son cuestiones de hecho susceptibles de dar lugar a una transacción los avalúos de bienes, las determinaciones cuantitativas de ingresos o de egresos, las características de determinadas mercancías, la identidad del sujeto pasivo de la obligación, los elementos de hecho que definen un*

*responsable tributario, etc.” (Revista de Control Fiscal N° 111, página 28). (Destacado y subrayado nuestros)*

Como puede observarse, el criterio aplicable para la época de ocurrencia de los hechos, en torno a la correcta interpretación del artículo 57 del Código Orgánico Tributario, aludía a que la transacción tributaria como mecanismo de determinación extraordinaria de la obligación tributaria, era procedente sobre los hechos, vale decir, aquellos que hacían posible sincerar y precisar los elementos que dieron origen al hecho imponible o aquellos relativos al sujeto de la obligación, por existir ambigüedades, incongruencias u oscuridad en los mismos, que inciden de manera directa en la obligación tributaria.

En nuestro criterio, la transacción tributaria bajo estos términos, más que perseguir recíprocas concesiones en sentido estricto<sup>7</sup>, era un medio alternativo de esclarecer los elementos que hacían posible la determinación de la obligación tributaria, lo cual tenía incidencia desde luego en muchos casos, en el monto de la misma. De manera, que la utilización de esta institución tributaria, no era procedente en todos los casos, así como tampoco era vista como un mecanismo de otorgar de manera indiscriminada, liberalidades a favor del contribuyente para rebajarle sin ninguna justificación el monto de la obligación tributaria.

En lo que respecta a la instancia ante la cual era posible realizar la transacción tributaria, es importante advertir que el elemento esencial se encuentra previsto en el artículo 57 del Código Orgánico Tributario, vigente para la época de ocurrencia de los hechos, el cual inicia con el

---

7 El autor OCTAVIO, José Andrés, al hacer referencia sobre el rechazo por autores de la doctrina venezolana de la época sobre la utilización de la transacción tributaria, señaló “El rechazo que se hace de la transacción en materia tributaria, consiste en afirmar que cuando una controversia de esa naturaleza se concluye por acuerdo entre las partes, no existen ‘las recíprocas concesiones’ que constituyen la esencia de convenio transaccional, pues el sujeto de la obligación tributaria que es parte de la transacción, recibe una reducción en el monto del tributo a pagar, pero no da nada a cambio como contraprestación a la reducción recibida. En nuestro criterio esta argumentación carece de adecuado fundamento, pues parte del falso supuesto de que el reclamo fiscal que se ventila en la controversia es legalmente procedente, por lo que al ser disminuido su monto en la transacción, el sujeto pasivo recibiría el beneficio de esa reducción, pero nada daría a cambio del mismo. Sin embargo, la realidad jurídica y económica es otra, pues el reclamo fiscal está sometido a un litigio, del cual puede resultar confirmado, disminuido en su monto, y aún anulado totalmente. Por lo tanto, cuando el sujeto pasivo de la obligación tributaria litigiosa recibe la ventaja de una reducción del reclamo fiscal, renuncia por su parte a la posibilidad de obtener en la sentencia una reducción mayor o una eliminación total de lo reclamado. En esta renuncia está la contraprestación del sujeto pasivo, por lo que mal afirmarse que la transacción en materia tributaria no tiene la característica esencial de fundarse en las recíprocas concesiones que las partes se otorgan.” Revista de Control Fiscal N° 111. Octubre-Noviembre-Diciembre 1983. Caracas-Venezuela. pp. 26-27.

texto siguiente: “La transacción **judicial** es admisible (...)” (Destacado nuestro), toda vez que refiere sin lugar a dudas, que la transacción sólo era posible en instancia judicial –como mecanismo de autocomposición procesal- y no en sede administrativa.

En este sentido, la utilización de este medio alternativo de resolución de controversias, sólo era procedente en los juicios contenciosos tributarios que no hubieren sido resueltos aún mediante sentencia definitiva, **en los que se está precisamente en discusión el acto administrativo que contiene la obligación tributaria y sus accesorios**, por haber sido éste objeto de impugnación por parte del contribuyente, razón por la cual **su aplicación en los juicios ejecutivos previstos en el Código Orgánico Tributario, no era posible**, toda vez que en los mismos la República, los estados, municipios, distritos o entidades públicas (en el caso de las contribuciones parafiscales, como el caso del INCES), demandan el cobro judicial de los títulos ejecutivos, vale decir los **actos contentivos de las obligaciones determinadas y exigibles por concepto de tributos, multas e intereses**, lo cual apareja embargo de bienes, conforme al procedimiento previsto a tal efecto.

Lo anterior se fundamenta en el contenido de los artículos 197 y 198 del Código Orgánico Tributario en referencia, cuyo texto señalaba lo siguiente:

*“**Artículo 197.** Cuando los créditos a favor del Fisco Nacional por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos, **no hayan sido pagados al ser determinados y exigibles**, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento previsto en este Capítulo.*

*A tal efecto, **constituirán título ejecutivo los documentos que evidencien los créditos antes mencionados, los cuales al ser presentados en juicio aparejan embargo de bienes.***

*“**Artículo 198.** Para que los documentos a que se refiere el artículo anterior constituyan título ejecutivo, deberán reunir los siguientes requisitos:*

- 1. Expresión del lugar, fecha de la emisión y plazo o fecha para el pago.*
- 2. Identificación del deudor y su domicilio tributario.*

3. *Identificación precisa del concepto y monto del crédito con especificación, en su caso, del tributo y ejercicio fiscal que corresponda, tasa y período del interés.*

4. *Expresión del nombre y firma del funcionario que emitió el documento.*” (Destacado y subrayado nuestros)

Respecto a la interpretación del artículo 198 del Código en comentario, la doctrina en materia tributaria<sup>8</sup>, señaló lo siguiente:

*“De conformidad con el Art. 198 del C.O.T., instrumentos como: 1) la planilla de autoliquidación impositiva, 2) la planilla de liquidación oficial de tributos, 3) la resolución con la cual culmina el sumario administrativo, 4) la resolución que da fin al recurso jerárquico, y 5) la sentencia que pone fin al Recurso Contencioso Tributario, debieran prestar mérito si están debidamente ejecutoriados. De todas maneras, si cualquiera de ellos reúne los requisitos exigidos en el artículo 198, puede ser utilizado como título ejecutivo fiscal.”*

Asimismo, importa señalar que el criterio anterior, coincide con la doctrina<sup>9</sup> del entonces Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, actualmente Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, emitida en el año 1997, expuesta en los términos siguientes:

*“La transacción judicial, como modo de extinción de un litigio pendiente, se encuentra contemplada en el Capítulo VI, del Título II referido a la Obligación Tributaria, cuyos artículos 57 y 58 disponen la admisibilidad y el procedimiento para celebrar el contrato de transacción, en los siguientes términos:*

**Artículo 57.** *La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.*

---

8 Doctrina contenida en el “Código Orgánico Tributario Reforma 1994”. Legislación Económica, C.A. LEC, Caracas-Venezuela, 1992. p. 314.

9 Resumen de la Doctrina Tributaria, correspondiente al año 1997. Consulta N° 1188-97 oficio N° 2140 de fecha 27-06-97. Improcedencia de transacción en los Juicios Ejecutivos. República de Venezuela. Ministerio de Hacienda. SENIAT.

**Artículo 58.** *El Ejecutivo Nacional, por intermedio de Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.*

*De conformidad con el artículo 57, la transacción sólo puede versar sobre aspectos de hecho, y no sobre derecho, por lo cual no resulta aplicable en los Juicios Ejecutivos, ya que en esos juicios, los hechos se encuentran previamente declarados en virtud de la existencia de un título ejecutivo, de indiscutible valor probatorio en relación a la existencia y cuantía de la deuda tributaria.* (Subrayado nuestro)

Por otra parte, en relación a la autorización de la transacción tributaria, el Código Orgánico Tributario de 1994, establecía lo siguiente:

**“Artículo 58.** *El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, **previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.**”* (Destacado nuestro)

De la disposición que antecede, se desprende claramente que en principio, el Ejecutivo Nacional, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República, autorizaría la celebración de las transacciones entre la administración tributaria y el administrado (sujeto pasivo del tributo).

Ahora bien, el caso bajo análisis, se trata de una transacción tributaria celebrada por el entonces Instituto y la empresa VIASA, sobre obligaciones tributarias constituidas por las denominadas **contribuciones parafiscales**, establecidas en la Ley del INCE, la cual tiene carácter tributario y en ese sentido, se ha pronunciado la doctrina cuando señala que “La Ley consagra un tributo que tiene el carácter de contribución parafiscal por cuanto los recursos del Instituto, constituidos por aportes de patronos y empleados en porcentajes expresados por Ley, no ingresan al Fisco Nacional, pero sí al Patrimonio de un Organismo Público<sup>10</sup>”

10 RAMÍREZ van der Velde, Alejandro y RIERA SELJAS, Alfonso. Obra: Leyes Venezolanas de Contenido Tributario. Torres Plaz & Araujo. Tema: “Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)”. p. 63. Caracas-Venezuela, 1995.

Es de resaltar que con las contribuciones parafiscales, se busca beneficiar indirectamente a un grupo de personas, en determinadas áreas, y su característica primordial es que los **importes así obtenidos entran a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social.**

Sobre el particular, la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal de la República, refiriéndose a los aportes que recibe el INCE -actualmente INCES- ha sostenido, mediante jurisprudencia pacífica y reiterada<sup>11</sup> lo siguiente:

*(...) “se constata la existencia de dos contribuciones parafiscales con sujetos pasivos distintos y alícuotas impositivas diferentes, la primera de ellas, de carácter periódico, a cargo de los patronos de los establecimientos que ejerzan actividades comerciales o industriales y que no pertenezcan a ninguno de los distintos entes político territoriales, cuya base imponible está determinada por el total de los sueldos, salarios, jornales y demás remuneraciones pagadas a los trabajadores, calculada en aplicación de una alícuota impositiva del dos por ciento (2%); la segunda, tiene como sujetos pasivos a los obreros y empleados de tales establecimientos, es fijada tomando como base imponible las utilidades anuales pagadas a dichos trabajadores a las cuales les será aplicable la alícuota del medio por ciento (½%), debiendo ser retenida por el patrono por mandato de la Ley; criterio éste que ya había sido sostenido por esta Sala en anteriores oportunidades.”*

Siendo ello así, no resultaba aplicable la disposición contenida en el artículo 58 del Código Orgánico Tributario de 1994, toda vez que el INCE fue creado como un instituto autónomo con personalidad jurídica **distinta a la República** y patrimonio propio, por lo que las contribuciones parafiscales obtenidas por éste ingresaron directamente a su

---

11 Sentencia dictada en fecha 5 de abril de 1994 (Caso: *Compañía Anónima Nacional de Cementos*), hasta sus fallos N° 00781 de fecha 04 de junio de 2002 (Caso: *Makro Comercializadora, S.A.*), N° 1.624 del 22 de octubre de 2003 (Caso: *Banco Caracas, Banco Universal, C.A.*), N° 00003 del 27 de enero de 2004 (Caso: *Hilados Flexilón, S.A.*), N° 05211 de fecha 27 de julio de 2005 (Caso: *Damler Chrysler de Venezuela, L.L.C.*) y N° 05762 de fecha 28 de septiembre de 2005 (Caso: *Ford Motor de Venezuela, S.A.*).

patrimonio y no al Fisco Nacional –actualmente Tesoro Nacional<sup>12</sup>– como es el caso de los impuestos nacionales, caso en el cual para realizar alguna transacción, ésta debía ser autorizada por el Ejecutivo Nacional, conforme a la referida disposición.

Precisado lo anterior, resulta necesario examinar la regulación aplicable al INCE, a los fines de verificar la capacidad de dicho Instituto para celebrar la transacción tributaria con VIASA.

Así pues, conforme a la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)<sup>13</sup>, éste se erige como un ente con carácter autónomo (Instituto Autónomo) **con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional**, adscrito al entonces Ministerio de Educación, con finalidades eminentemente educativas, tales como la formación profesional de los trabajadores y de personal especializado, así como de capacitación agrícola de los egresados de escuelas rurales, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley.

En tal sentido, el INCE, creado como un instituto autónomo desde sus inicios, ha tenido el carácter de ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, por lo que forma parte de la estructura general del Estado. Cabe destacar, que históricamente las notas características de estos entes han sido la de organizarse, gozar de poder de decisión, facultad para gobernarse o para ejercer actos de soberanía y de administrarse, lo cual está vinculado a la autonomía, aunque ésta no es absoluta, en tanto dichos entes están sujetos al control de tutela por parte de los órganos a los cuales han sido adscritos por razones de control y de dirección, en cuanto a las políticas y lineamientos generales se refiere.

Ahora bien, respecto a la organización del INCE, cabe señalar que su dirección, estaba a cargo de un **Consejo Nacional Administrativo** –integrado por representantes de los Ministerios de Educación, de Fomento y del Trabajo; de las organizaciones de campesinos, de empleados y obreros; de las Cámaras Agrícolas, de Comercio y de Industriales y de la Federación Venezolana de Maestros– y su administración por parte de

---

12 Conforme a lo dispuesto en el artículo 171 de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.891 Extraordinario de 31 de julio de 2008, queda derogado el artículo 1, *in fine*, **en cuanto se refiere al Fisco como personificación jurídica de la Hacienda**.

13 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 29.115 del 08 de enero de 1970.

un **Comité Ejecutivo** –compuesto por un Presidente, un Vice-Presidente y un Secretario General, así como por vocales designados por el Consejo Nacional Administrativo de entre sus propios miembros-, según lo previsto en los artículos 4 y 6 *eiusdem*.

Asimismo, el Reglamento<sup>14</sup> de la Ley en referencia, estableció en su artículo 7, la estructura organizativa del INCE, en función de tres niveles: de Dirección, constituido por el Consejo Nacional Administrativo de Gerencia, conformado por el Comité Ejecutivo y Operativo integrado por los entes regionales y sectoriales.

Al Consejo Nacional Administrativo, como máximo **órgano de dirección** le correspondía formular los planes anuales del Instituto, generar los lineamientos y políticas que servirían del marco de acción del mismo y vigilar que se cumpla con las finalidades del Instituto, según lo previsto en el artículo 9 del Reglamento *in commento*.

Por su parte, el Comité Ejecutivo era el **organismo encargado directamente de la administración del INCE**, la cual quedaba bajo la vigilancia del Presidente, un Vice-Presidente y un Secretario General. Entre las atribuciones del Comité se encontraban la de **organizar y dirigir la actividad de la Administración del Instituto** y cumplir con las demás obligaciones y atribuciones que le estableciera el Consejo Nacional Administrativo, de conformidad con lo previsto en los numerales 7 y 24 del artículo 17 del mencionado Reglamento.

En ese orden de ideas, el artículo 10 de la Ley del INCE establece que para sufragar los gastos de las actividades del Instituto, éste dispondría de **aportaciones**, las cuales formaban parte del patrimonio del Instituto. Dichas aportaciones se denominan contribuciones parafiscales, tal como se indicó con anterioridad y se encuentran dentro de la clasificación existente del Tributo: impuestos, tasas y contribuciones, que le otorga a la mencionada **Ley el carácter tributario y al INCE, la condición de una verdadera Administración Tributaria**, toda vez que recauda sus propios tributos, intereses, sanciones y accesorios, así como también realiza labores de fiscalización, entre otras funciones.

Asimismo, cabe destacar que el Consejo Nacional de Administración, como órgano de dirección, dictó el Reglamento de la Administra-

---

14 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 4.411 Extraordinario del 06 de abril de 1992.



ción Tributaria de dicho Instituto<sup>15</sup>, el cual establecía en el artículo 1, su organización de la manera siguiente:

1. Comité Ejecutivo
2. Gerencia General de Finanzas
  - 2.1 Gerencia de Ingresos Tributarios
    - 2.1.1 División de Administración Tributaria
    - 2.1.2 División de Verificación y Gestión Administrativa

Dicho Reglamento, le otorga al Comité Ejecutivo, en su condición de órgano encargado de la administración directa del Instituto, **el nivel jerárquico del más elevado rango dentro de la Administración Tributaria del Instituto**, al cual le correspondía entre otras atribuciones dictar las instrucciones de carácter general de obligatoria observancia para la interpretación y aplicación de Ley Tributaria, según lo previsto en el artículo 2 y literal a) del artículo 5 del referido Reglamento.

De manera que de acuerdo con las normativas vigentes para la época que regulaban la organización y funcionamiento del INCE, **el Consejo Nacional de Administración era el máximo órgano de dirección del Instituto y el Comité Ejecutivo era el órgano encargado de su administración directa y a su vez, el nivel jerárquico del más elevado rango dentro de la Administración Tributaria del Instituto**.

Ahora bien, siendo que para la época bajo análisis, el INCE se erigía como un Instituto Autónomo, sometido al régimen de Derecho Público existente, lo cual significa conforme al principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República de Venezuela que su actuación se circunscribe al ámbito de competencia que le atribuyó su Ley de creación, la cual determina en principio su campo de actividad y las atribuciones de sus directorios.

De manera que, dentro de las atribuciones del Consejo Nacional de Administración y del Comité Ejecutivo, no figuraban de forma expresa la de celebrar transacciones, de ninguna especie. Sin embargo y sin desconocer el principio que informa la actividad administrativa regulada por el Derecho Público, según el cual, la competencia es de norma

---

15 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 35.219 del 26 de mayo de 1993.

expresa<sup>16</sup>, consideramos que la atribución de “administrar” asignada al **Comité Ejecutivo** del INCE, comportaba la posibilidad de celebrar contratos.

Dicha aseveración se fundamenta, en el término mismo de **administración** el cual implica facultades para “Dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar, **en especial la hacienda o los bienes**. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad. Suministrar, proporcionar o distribuir algo. Graduar o dosificar el uso de algo para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca un mejor efecto.” También ha sido definido dicho vocablo como “Gestión o gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos.”<sup>17</sup>

Así a quien se le ha conferido la facultad de administrar, debe ejercerla en los términos previstos, en el entendido que ella confiere la atribución de disposición, lo cual es la regla fundamental para transigir, pues para ello se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción. En el caso bajo análisis, el objeto de la transacción eran los aportes que comprendían las contribuciones parafiscales, cuya administración directa le correspondía al Comité Ejecutivo, quien era el máximo nivel dentro de la Administración Tributaria del INCE.

En el presente caso, la transacción es un acto que excede de la simple administración y por ende, para su validez se requiere capacidad para disponer de las cosas objeto de la transacción, además que su objeto sea lícito y que verse sobre materias en las cuales no esté prohibida la transacción. Siendo así, tenemos que la transacción bajo examen fue aprobada por el Consejo Nacional Administrativo y el Comité Ejecutivo, el primero en su carácter de órgano de dirección del Instituto y el segundo, en su doble condición de órgano a quien le correspondía la administración directa del INCE y el nivel jerárquico del más elevado rango dentro de la Administración Tributaria del mismo, de modo que al ser emitidas **en conjunto** las ordenes Nros. 906-98-01 y 1734-98-01 ambas de fecha 09-09-08, respectivamente, por los referidos órganos, se contaba con autorización suficiente para efectuar la transacción tributaria.

16 La competencia es de derecho estricto, por lo que, siempre debe estar consagrada en una norma jurídica de manera expresa, de lo contrario, se debe tener como inexistente, lo cual encuentra su fundamento en el Principio de Legalidad Administrativa, previsto en la Carta Magna (artículo 117 de la derogada constitución y 137 de la Constitución vigente).

17 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. L-M. Bibliografía Omeba. Buenos Aires-Argentina, 1968.

No obstante lo anterior, es importante precisar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del Reglamento sobre Coordinación, Administración, y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional<sup>18</sup>, “*El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, **y a solicitud del Ministerio de adscripción o del Ministerio de Hacienda, podrá someter a determinados institutos autónomos al cumplimiento de requisitos complementarios** de los que establezcan las leyes o Decretos de su creación u organización, cuando se trate de enajenación de bienes, de aceptación de liberalidades que comportan cualquier carga, de contratación de préstamos, de remisión de obligación, **de transacciones judiciales**, o en cualquier caso en que sea conveniente, de acuerdo con las características de dichos institutos.*” (Destacado y subrayado nuestros)

Sobre el particular es importante indicar, que esta Dirección no tiene conocimiento de que el Instituto para 1998, haya sido sometido a requisitos complementarios de los establecidos en su Ley para celebrar actos como el de transacción judicial, por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros, tomando en consideración que su aprobación en todo caso era **potestativa**, cuando así lo hubiere solicitado el Ministerio de adscripción, (entonces Ministerio de Educación) o del Ministerio de Hacienda.

Con fundamento en lo anterior, consideramos que el Consejo Nacional Administrativo y el Comité Ejecutivo, el primero en su carácter de órgano de dirección y el segundo de administración, estaban facultados para **aprobar en conjunto** la transacción celebrada entre el INCE y la empresa VIASA, es decir, que tales órganos tenían la capacidad requerida para autorizar la celebración de dicho acto.

Por otra parte, con respecto a la posibilidad de que las contribuciones parafiscales puedan ser objeto de transacción, cabe precisar que el artículo 13 del Código Orgánico Tributario de 1994, establecía que: “Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social **y las demás contribuciones especiales**, salvo lo dispuesto en el artículo 1º”. (Destacado y subrayado nuestros)

---

18 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 29.954 del 4 de marzo de 1971.

Al respecto cabe señalar, que todos los tributos -impuestos, tasas y contribuciones especiales, dentro de las cuales se ubican las contribuciones parafiscales- están sujetos a las disposiciones del Código Orgánico Tributario, pues todos ellos son sólo clasificaciones del mismo género.

Es preciso recordar que el Código Orgánico Tributario “(...) posee rango de ley Orgánica y por tanto, las leyes especiales que se dicten en las materias reguladas por el mismo, se deben someter a las normas de dicho Código (...).”<sup>19</sup>

En ese sentido, el Máximo Tribunal de la República, refiriéndose a las contribuciones del INCE, ha sentado jurisprudencia<sup>20</sup> al establecer:

*“... Las normas del referido Código (...) (Código Orgánico Tributario) (...) se aplican a todos los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de ello (artículo 1 eiusdem), de igual forma ese cuerpo normativo le es aplicable a las obligaciones pecuniarias establecidas en beneficio de Derecho Público no estatales. Por otra parte, el artículo 13, eiusdem, dispone que: ‘Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales salvo lo dispuesto en el artículo 1.’*

*Indudablemente que el tributo impuesto por la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) (artículo 10, ord. 1 y 2.), está comprendido dentro de las llamadas contribuciones especiales ya que, por una parte son de obligatorio cumplimiento, lo que es un elemento característico de los impuestos, y por la otra, suponen al menos indirectamente, una contraprestación posible, lo que los asemeja a las tasas. Por estas razones, no puede calificarse a las contribuciones en referencia ni como impuestos ni como tasas, por ello se ha optado por ubicarlos en un género tributario denominado ‘contribuciones parafiscales’, por lo cual su procedimiento de determinación o liquidación, así como los posibles recursos ejecutables y las eventuales sanciones aplicables, se rigen por la ley especial que las*

---

<sup>19</sup> Doctrina: Código Orgánico Tributario Reforma 1994. Legislación Económica, C.A. LEC, Caracas-Venezuela, 1992. p. 25.

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 49.

*creó y por el Código Orgánico Tributario, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 y 13.” (...) (C.S.J., Sala Político-Administrativa, Sentencia del 27-11-84)*

La jurisprudencia antes citada, fue ratificada por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia<sup>21</sup>, en los términos siguientes:

*“(...)Las contribuciones debidas al INCE son ubicables dentro del concepto de lo que la doctrina llama ‘parafiscalidad’ en el cual se incluyen aquellos tributos instituidos con fines de interés colectivo y que están excluidos del presupuesto general del Estado.*

*Al efecto, el régimen legal de esos ingresos parafiscales competencia del poder nacional, pero en cuanto a recursos pertenecen al Instituto que tiene a su cargo los servicios cuya prestación motiva el cobro.*

*Las contribuciones previstas en la Ley del INCE son aportaciones de carácter tributario, legalmente establecidas en una Ley nacional y como tales, le son aplicables las disposiciones del Código Orgánico Tributario, el cual dispone en su artículo 13 que están sometidos al imperio de ese Código los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y demás contribuciones especiales.” (...) (C.S.J., Sala Político-Administrativa, Sentencia del 13-08-85)*

Así pues, con fundamento en lo anterior, consideramos que las contribuciones parafiscales a que se contrae el caso bajo análisis, como obligaciones de carácter tributario, estaban sujetas tanto a la Ley especial que las creó como a las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario -vigente para la época -, por ser ésta una normativa de carácter general que regula y uniforma nociones y conceptos en materia tributaria, por lo que tales contribuciones **podían ser objeto de transacción judicial, en los términos previstos en el artículo 57 del referido Código, según el cual “La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.”**

<sup>21</sup> Íbid. p. 50.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta Dirección observa que si bien es cierto que dichas contribuciones pueden ser objeto de transacción, como en efecto lo fueron, previa autorización del Consejo Nacional Administrativo y el Comité Ejecutivo del Instituto, quienes tenían la capacidad requerida para autorizar la transacción celebrada, es importante advertir que en nuestro criterio la transacción celebrada por las partes y homologada por el tribunal de la causa, no se ajustó a los extremos legales requeridos para la época de ocurrencia de los hechos, toda vez que la misma no versó sobre los hechos que dieron origen a la determinación de la obligación tributaria, es decir, aquellos que hacían posible sincerar y precisar los elementos constitutivos del hecho imponible o aquellos relativos al sujeto de la obligación, por existir oscuridad en los mismos.

Igualmente, la referida transacción se llevó a cabo en juicio ejecutivo, lo cual no era procedente, al tratarse de hechos que se encontraban previamente declarados en virtud de la existencia de un título ejecutivo, es decir, de un crédito determinado y exigible, sobre el cual ya no había oportunidad de discutir, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Orgánico Tributario aplicable para la época, tal como fue precisado con anterioridad.

Memorando 04-00-665 del 29 de octubre de 2008.

# EMPRESAS DEL ESTADO





*EMPRESAS DEL ESTADO: Posibilidad de ejercer simultáneamente el cargo de Especialista de Negocios y Director Laboral Suplente en una Empresa del Estado.*

**El cargo de Director Laboral Suplente encuadra dentro de los exceptuados en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual es posible el ejercicio simultáneo de los cargos de Especialista de Negocios y Director Laboral Suplente dentro de una misma empresa.**

Memorando N° 04-00-595 del 07 de agosto de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la posibilidad de desempeñar simultáneamente el cargo de Especialista de Negocios y el de Director Laboral Suplente en una Empresa del Estado. Una vez analizada la situación planteada esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

La figura de los Directores Laborales se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Trabajo<sup>1</sup>, como una institución establecida en materia laboral para garantizar la representación de los Trabajadores en la Gestión en los institutos autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público, y de las **empresas en que el Estado** u otra persona de Derecho Público sea titular de más del cincuenta por ciento (50%) del capital, para lo cual deberán ser elegidos por lo menos dos (2) Directores Laborales, tal como se desprende del contenido del artículo 610 de la Ley Orgánica *in commento*.

En el caso que nos ocupa, la designación de los Directores Laborales se encuentra prevista en el Capítulo VI “De la Dirección de la Sociedad” del Documento Constitutivo Estatutario de la empresa, específicamente en el literal e) del artículo 24 del mencionado documento, como miembros de la Junta Administradora de la Empresa.

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica del Trabajo establece que la elección de estos Directores Laborales, corresponde por una parte a la Confederación Sindical que represente el mayor número de trabajadores a escala nacional, que haya tenido más regularidad en su funcionamiento y cuyas actividades se cumplan en mayor extensión territorial y por la otra, a los trabajadores por votación directa y secreta, el cual deberá, en el momento de su designación, **ser trabajador**

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.152 Extraordinaria del 19 de junio de 1997.

**activo del organismo o empresa de que se trate** y haber trabajado en él, durante un lapso no menor de tres años. Ahora bien, si la empresa, tiene menos tiempo en sus actividades, el Director Laboral a elegir debe ser un empleado que preste sus servicios desde el inicio de las actividades de la empresa, de conformidad con lo previsto en los artículos 612 y 613 de la Ley en referencia.

Conjuntamente con la elección de los Directores Laborales Principales, se designa un suplente para cada uno de ellos, tal como es el caso de la designada como **Director Laboral Suplente**. Al respecto cabe destacar, que los Directores Laborales **tienen iguales derechos y obligaciones que los demás Directores o integrantes de la Junta Directiva o Administradora del ente**, así como los derechos que en su condición de **trabajadores activos** les corresponden y también a los beneficios pactados en las convenciones colectivas celebradas por la empresa, a tenor de lo dispuesto en los artículos 615, 616 y 622 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo, en el caso de los **Directores Suplentes, las dietas por asistencia a cada sesión o reunión, les corresponden mientras suplan eventualmente la ausencia del Director Laboral Principal**. De manera que no cabe duda, que en el caso de los suplentes se trata del ejercicio de **cargos accidentales**, definidos por la autora Hildegard Rondón de Sansó como aquellos que *“no implican la permanencia sino una temporalidad, tales como, las **suplencias o el ejercicio circunstancial de ciertos destinos públicos.**”*<sup>2</sup> (Destacado y subrayado nuestros)

Así las cosas, tenemos que de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, es posible que un trabajador de una empresa del Estado sea designado al mismo tiempo como Director Laboral Principal o Suplente, en representación de los trabajadores en la gestión de la misma. No obstante, es importante advertir que de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción<sup>3</sup>, los directores y administradores **de las sociedades civiles y mercantiles constituidas con recursos públicos** o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de la Ley, se consideran funcionarios o empleados públicos, tal como es el caso de los Directores de la Junta Administradora de las Empresas del

2 Obra: Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Editorial Ex Libris. Caracas, 2001. p. 122.

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

Estado, en su carácter de principales y suplentes, cuando éstos últimos asistan a las reuniones o sesiones supliendo temporalmente a los primeros.

Por ello debe indicarse que la prohibición rectora prevista en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que: “***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 y subrayado nuestros), esta norma prevé la incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de dos **destinos públicos remunerados** y por tanto abarca a quienes se desempeñen en órganos o entes del Sector Público, sin embargo, en el presente caso, no se configuraría la incompatibilidad a la que alude el citado artículo, toda vez que el cargo de Director Laboral Suplente lo ejercería eventualmente, se trata, de un cargo de naturaleza accidental, pues asiste a las reuniones o sesiones cuando ocurre la ausencia temporal o accidental del Director Principal, percibiendo las dietas por cada sesión o reunión a la que asista por suplir al Principal.

De manera que, a nuestro juicio, se trata de un cargo de los exceptuados por la normativa constitucional antes referida, aún en el supuesto de que por alguna circunstancia, el empleado en cuestión ocupe de manera definitiva el cargo de Director Laboral Principal por la ausencia definitiva de éste durante el periodo de designación en la Junta Administradora, toda vez que la dedicación a éste tipo de actividad **no es de manera exclusiva**, ya que –por lo general- el directorio se reúne de manera esporádica o eventual, lo cual lo haría igualmente de carácter accidental.

Asimismo, es importante apuntar que la razón de ser del principio general “*Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado*”, obedece por una parte, al interés que tiene el Estado de que sus servidores presten la máxima dedicación en el cumplimiento de las funciones que les han sido encomendadas, sin que las mismas puedan ser distraídas por el desempeño de otro cargo, profesión o actividad que menoscabe el ejercicio del cargo desempeñado, no obstante, en razón de la forma en que normalmente se desempeñan las labores en los directorios, vale decir, la asistencia de forma esporádica o espaciada en el tiempo (con intervalos de tiempo), **no se requiere**

**de una dedicación exclusiva a dicha actividad**, tal como se indicó anteriormente, por lo que el desempeño de otro cargo no afectaría en principio las labores comentadas, en suma, no menoscabaría las obligaciones que de ellas derivan.

Memorando N° 04-00-595 del 07 de agosto de 2007.

*EMPRESAS DEL ESTADO: Procedencia de la suspensión de pensión de jubilación al reingresar a una empresa del Estado.*

**Los empleados de la empresa PEQUIVEN de conformidad con la Ley que rige sus funciones están sujetos a la aplicación de las disposiciones Constitucionales que rigen la compatibilidad e incompatibilidad de cargos, independientemente de no ser considerados funcionarios públicos y contar con un régimen de jubilación propio.**

Memorando N° 04-00-723 del 17 de noviembre de 2008.

Se solicita opinión con respecto a la factibilidad de suspender la pensión de jubilación al personal jubilado de una empresa del Estado al momento de reingresarlos a la nómina de trabajadores activos.

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 está regulado en la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>1</sup> -en lo sucesivo Ley del Estatuto de Jubilaciones- por ser el instrumento que regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios y empleados al servicio de la Administración Pública Central o Descentralizada, de la República, de los Estados o de los Municipios.

El ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley aparece claramente establecido en su artículo 2, el cual contiene una enumeración taxativa de los órganos y entes a los cuales se aplica en los términos siguientes:

**“Artículo 2.** *Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:*

1. *Los Ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República.*
2. *La Procuraduría General de la República.*
3. *Los estados y sus organismos descentralizados.*
4. *Los municipios y sus organismos descentralizados.*
5. *Los institutos autónomos y **las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%)***

<sup>1</sup> Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.426 del 28 de Abril de 2006, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.

**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.”*  
(Destacado y subrayado nuestros)

Así las cosas, la empresa Petroquímica de Venezuela S.A, en lo sucesivo (PEQUIVEN), al tener un capital social cuyas acciones son de la exclusiva propiedad de la República Bolivariana de Venezuela de conformidad con lo previsto en el artículo 3, de la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares<sup>2</sup> estaría comprendida, en principio, dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley.

Sin embargo, el legislador sustrajo de las previsiones contenidas en la Ley del Estatuto de Jubilaciones -régimen general en materia de jubilaciones de los funcionarios públicos-, a **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**, entre otros. Así lo dispuso en el artículo 4, cuyo texto señala lo siguiente:

*“Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los organismos o categorías de funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las **empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes.** En ambos casos, deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo con las respectivas leyes y, en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esa Ley, se equiparán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral.”* (Destacado y subrayado nuestros)

---

<sup>2</sup> Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.488 del 28 de julio de 2006.

Como puede observarse, la propia Ley prevé excepciones respecto a su aplicación, dentro de las cuales encontramos a PEQUIVEN toda vez que esta empresa del Estado, según recaudos anexos a la consulta, cuenta con un régimen de jubilación convencional, contenido en un Plan de Jubilación descrito en el Manual Corporativo de Políticas, Normas y Planes de Recursos Humanos, en el cual se prevé que el régimen de jubilación se materializará mediante una cuenta de capitalización individual, la cual estará conformada por una cotización mensual obligatoria, equivalente al nueve por ciento (9%) del Salario Normal que devengue el trabajador como aporte de la Empresa y el tres por ciento (3%) de ese mismo concepto, como aporte del trabajador beneficiario, así como los aportes voluntarios del trabajador y de la empresa, depositados mensualmente durante la relación laboral. Dicho Plan se extiende al trabajador afiliado que no sea beneficiario de una pensión de jubilación o su equivalente concedida por la Petroquímica de Venezuela o alguna de sus empresas filiales. El instrumento en comentario define al trabajador como el empleado de la empresa bajo contrato a tiempo indeterminado que preste servicios con base en un horario de trabajo considerado normal para trabajadores a tiempo completo en la región donde la persona preste sus servicios, que figure en la nómina de pago de la empresa y esté bajo el control directo y la supervisión de ésta.

Conforme con dicho régimen el trabajador afiliado que llegue a la edad normal de jubilación (60 años de edad) y tenga para el día inmediatamente anterior a la fecha normal de jubilación, quince (15) o más años de servicio acreditados, podrá ser jubilado con el pago de una pensión de jubilación. A esta jubilación se suman las modalidades de jubilación prematura a voluntad del trabajador o a discreción de la empresa.

Importa destacar que si bien es cierto, PEQUIVEN como una empresa del Estado creada por Ley bajo la forma de compañía anónima, es un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, su Ley de creación, no les confirió el carácter de funcionarios públicos a sus empleados, así el artículo 8 de la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares, establece de forma inequívoca que el personal de dicha institución **no tendrá el carácter de funcionario público**, de allí que, al carecer de esta cualidad, quedan sometidos al régimen del derecho privado que dimana de las directrices previstas en los estatutos, y a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo. Sin perjuicio de que los direc-

tores y administradores de la sociedad sean considerados funcionarios públicos a ciertos efectos legales a tenor de lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción.

En tal sentido, dado que los empleados de PEQUIVEN no son funcionarios públicos aunado a que dicha empresa cuenta con su propio régimen de jubilaciones, en principio, no les sería aplicable las disposiciones previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículos 17, 34 y 35)<sup>3</sup> ni la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones (artículo 24), relativas a la incompatibilidad para percibir de manera simultánea el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo y la pensión de jubilación.

No obstante, lo anterior, la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares, somete a los empleados de la empresa a tales restricciones cuando en su artículo 8 dispuso expresamente lo siguiente:

**“Artículo 8.** *Los miembros del personal al servicio de Petroquímica de Venezuela, S.A. (PEQUIVEN), no serán considerados funcionarios públicos. Sin embargo, a sus directivos, administradores y empleados les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 145 y 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”*  
(Subrayado nuestro)

Como se aprecia el artículo *ut supra* transcrito extiende la aplicación de los dispositivos Constitucionales vinculados al ejercicio de la función

---

3 “Artículo 17. Para ejercer un cargo de los regulados por esta Ley, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

(Omissis)

5. No gozar de jubilación o pensión otorgada por algún organismo del Estado, salvo para ejercer cargos de alto nivel, caso en el cual deberán suspender dicha jubilación o pensión. Se exceptúan de este requisito la jubilación o pensión proveniente del desempeño de cargos compatibles.

Artículo 34. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y los reglamentos, se prohíbe a los funcionarios o funcionarias públicos:

1. Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes. (...)

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”. (Subrayado nuestro)



pública, más allá de los directivos y administradores de la empresa, haciéndolos extensivos a todos sus empleados al precisar que a estos les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 145 y 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese orden de ideas, cabe precisar que el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala:

*“Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley.”*  
(Subrayado nuestro)

De esta norma se desprende como regla general, que los servidores públicos están incapacitados para contratar con órganos o entes públicos, pero se admiten excepciones por mandato legal expreso. Esta disposición ha sido concebida como una limitación al principio de libertad de contratación, que comprende o abarca a todos cuantos estén al servicio de las personas jurídicas allí mencionadas y se establece en relación con todas las personas indicadas en la norma y no sólo respecto a aquélla a la que se preste servicio.

La prohibición en comentario no es absoluta y está limitada tanto por las excepciones legales que puedan establecerse, como por la finalidad del mismo dispositivo Constitucional, la cual en defecto de excepciones legales expresas, debe tenerse en cuenta a los fines de la aplicación de dicha prohibición. Pues aun, en defecto de excepciones legales expresas, como la que por ejemplo estuvo contenida en la hoy derogada Ley Orgánica de la Administración Central<sup>4</sup>, estimamos que no resulta procedente aplicar dicha prohibición Constitucional (artículo 145), sin tener en cuenta que su finalidad es evitar que quienes estén al servicio del Estado, valiéndose de esta condición obtengan ventajas indebidas al contratar con el mismo.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.850 del 14 de diciembre de 1999, artículo 16.

Los supuestos contenidos en la norma, prohíben al funcionario público, cualquiera sea su clasificación y régimen aplicable, contratar de manera directa, vale decir, por sí mismo con el Estado, lo cual aplica para todos los órganos o entes del Poder Público en sus tres niveles territoriales, Nacional, Estadal y Municipal; así como a través de personas interpuestas, término que en el contexto del artículo 145 Constitucional, son todas aquellas que realicen como propio un negocio o acto jurídico que beneficie indebidamente a un tercero que se encuentre inmerso en la prohibición para contratar. Tal precepto *prohíbe la contratación con quienes tengan alguna relación accidental o permanente de dependencia, bien sea que preste sus servicios bajo una relación estatutaria, es decir, funcionarios públicos, o bajo la forma de contrato.*”

La amplitud con la cual fue redactada la norma constitucional permite extraer los postulados siguientes:

- La prohibición está dirigida a quienes **estén al servicio** de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, independientemente del carácter con el cual lo hagan y abarca no sólo a quienes sean funcionarios o empleados públicos.
- La prohibición incluye, además, a las personas interpuestas del servidor público y se extiende a la contratación en representación de otro.
- Impide a los servidores públicos contratar válidamente con las personas jurídicas territoriales o extraterritoriales.
- Sólo por Ley pueden establecerse excepciones a esta prohibición de contratar.

El propósito y alcance de esta prohibición como señalamos es evitar que aquellos que presten servicios en los Municipios, los Estados, la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales hagan uso de su posición para obtener beneficios indebidos o ilícitos, por ello el Constituyente prefirió utilizar la expresión **quien esté al servicio**, en lugar de, **ningún funcionario o empleado público**, para hacer más amplia la norma constitucional haciéndola extensiva a todas las personas jurídicas estatales que integran el denominado **sector público** con el propósito de impedir el tráfico de influencias en todos los niveles de dicho sector, garantizando el principio

de fidelidad a la administración y así evitar que determinados funcionarios, valiéndose de su condición, pudieran ejercer presión o influencia en el otorgamiento de contratos u obtener ventajas inusuales en detrimento de los intereses públicos, finalidad que debe tenerse en cuenta pues la interpretación de la norma en comentario no podrá hacerse en desmedro de otros derechos y garantías consagrados en la Constitución.

Aunado a esta limitación, y refiriéndonos al caso concreto, 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” en el artículo 148 Constitucional al disponer 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. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.**

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

(Subrayado nuestro)

El artículo transcrito consagra la incompatibilidad en el ejercicio de dos destinos públicos remunerados, con las excepciones que la misma disposición establece, a saber cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la Ley. Su propósito fundamental es preservar la decencia del servidor público en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole ejercer simultáneamente actividades o cargos que eventualmente pudieran llegar a entorpecer el normal desarrollo de su gestión pública, en detrimento y perjuicio del interés general y de los principios que orientan la función pública. Esta prohibición se configura, en el supuesto de que la aceptación de cualquier cargo público, implique el alejamiento de los deberes y obligaciones que le son 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. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 29 de abril de 2005)

Como puede interpretarse, la prohibición prevista en este 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 ésta prohibición y, permitiendo la posibilidad de conciliar actividades cuando se trate del ejercicio de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

La segunda incompatibilidad a que alude la norma se conoce con el nombre de incompatibilidad de haberes pasivos, y está referida a la imposibilidad de disfrutar de manera simultánea de más de una jubilación o pensión, salvo en los casos expresamente determinados en la Ley.

Sobre el particular es preciso aclarar, que la jubilación es un derecho vitalicio que se otorga al funcionario por concurrir una causa legal de expiración de funciones, y para cuyo otorgamiento solamente se toman en consideración los elementos objetivos previstos en el ordenamiento jurídico relativos al límite de edad y tiempo de servicio, 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. En consecuencia, el beneficio acordado se enmarca dentro del derecho a la seguridad social que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela adquiere categoría de principio, por ello la Carta Magna ha instaurado una especial protección a los derechos sociales de los ciudadanos al incluir en sus dispositivos, mandatos a los poderes públicos con el propósito de proteger estos derechos y al mismo tiempo previendo la creación de un sistema de seguridad social que garantice la salud de las personas y la protección de las mismas en contingencias sociales y laborales.

La pensión percibida por concepto de jubilación se incluye en este derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución, como pensión que le corresponde a la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicios para ser acreedora de tal beneficio de orden social, y no se deriva como contraprestación por el ejercicio simultáneo de otro cargo, las asignaciones por concepto de jubilación son destinadas a los funcionarios pasivos o sin obligación de prestar servicios, pues ya lo hicieron por una cantidad

determinada de años, mientras que el sueldo implica la contraprestación de un servicio; es precisamente a estos supuestos a los que se contrae la Constitución, cuando prohíbe el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos remunerados.

Con fundamento en lo anterior, consideramos que los empleados de la empresa PEQUIVEN, independientemente de no ser considerados funcionarios públicos y contar con un régimen de jubilación propio, están sujetos de conformidad con la Ley que rige sus funciones a la aplicación de las disposiciones Constitucionales que rigen la compatibilidad e incompatibilidad de cargos así como la prohibición de contratar por sí mismos o por interpuesta persona con el Estado o personas allí indicadas.

Conforme con estos dispositivos aplicables a los empleados de PEQUIVEN estos no pueden contratar con la referida empresa directamente o a través personas interpuestas, ni desempeñar simultáneamente dos destinos públicos remunerados, salvo las excepciones de Ley; sin embargo la aplicación de estos preceptos deberán hacerse en armonía con el resto del ordenamiento jurídico y atendiendo al fin último de las normas en cuestión.

En otro orden de razonamientos, se observa que el Plan de Jubilaciones de PEQUIVEN carece de normas que regulen un aspecto fundamental como es el régimen de reingreso de sus jubilados situación que desmejora lo previsto en la Ley del Estatuto de Jubilaciones norma fundamental dentro del cúmulo normativo de superior rango aplicables a la empresa, al poner en desventaja a sus empleados frente al resto de los trabajadores regidos por ésta, por ende, atendiendo lo dispuesto en los artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo y 6° de su reglamento, es decir, con fundamento al principio general de la jerarquía normativa, el principio de favor y de la teoría del conglobamiento orgánico, 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 Municipio, constituye la norma mínima aplicable con preferencia al Plan de Jubilaciones de PEQUIVEN.

Al respecto, consideramos que la Ley en referencia, será aplicable a aquellas empresas del Estado, que posean regímenes especiales de jubilación creados en ejecución de lo establecido en leyes nacionales, “cuando estos consagren beneficios inferiores a los previstos legalmente,

estando obligados a equipararlos a ella; por lo que, el régimen laboral aplicable en el caso del personal jubilado de las empresas del Estado, es un régimen mixto, que se traduce en el reconocimiento de ciertos derechos iguales a los de los funcionarios públicos, en aquellos casos en los que no se encuentre determinado en las convenciones colectivas del trabajo”<sup>5</sup>.

En ese orden de ideas, el artículo 12 de la Ley del Estatuto de Jubilaciones establece que el jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de dicha Ley, salvo cuando se trate de cargos de libre nombramiento y remoción o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>6</sup>, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del vigente Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones<sup>7</sup>, el cual además de ratificar lo antes expuesto, señala que el pago de la jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos antes señalados y mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en la Ley. Al producirse el egreso, el jubilado tendrá derecho a que se le restituya el pago de la pensión, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.

Al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia que anuló la decisión N° 01556 del 15 de octubre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa de dicho Tribunal (caso: ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas), se pronunció en los términos siguientes:

*“(...) la posibilidad de que los funcionarios jubilados vuelvan a desempeñar funciones públicas, debe contemplarse como una manifestación del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, (...) **el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios***

---

5 Sala de Casación Social. Decisión N° 1209 de fecha 31 de julio de 2001.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

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

***jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, ya que de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio (...) no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado, ambos beneficios sólo serán disfrutados para el momento en que la jubilación sea reactivada (...).***  
(Destacado y subrayado nuestros)

Asimismo conviene señalar, a título ilustrativo, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa en Sentencia N° 01022 del 31 de julio del 2002, (caso: Carmen Susana Urea Melchor), ratificado por la Sala Constitucional en Sentencia N° 165 del 2 de marzo de 2005, en la cual se analizó el alcance y contenido del artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>8</sup>, oportunidad en la cual sostuvo lo siguiente:

*“[dicha norma] estatuye el régimen aplicable para la prestación de servicios por parte de los funcionarios que hayan obtenido el beneficio de pensión por jubilación, es decir, los supuestos por los cuales un jubilado pueda volver a prestar sus servicios en la Administración Pública. (...) omissis (...). No obstante lo anterior, dicha posibilidad en estudio -prestación de servicio por funcionarios jubilados- no escapa a determinados límites o condicionantes, como también, a otros supuestos de beneficios o reconocimientos; ello debido a que, por un lado, la capacidad física y las condiciones de jornada y función no puede equipararse a los aún activos y, por otra lado, de no ofrecerse o garantizarse algún estímulo especial, no se generaría ningún interés en los jubilados para volver a iniciar una prestación de servicio público. En tal sentido, los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, serán los siguientes:*

<sup>8</sup> Decreto N° 3.208 de fecha 7 de enero de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N°36.618 del 11 de enero de 1999.

- (i) **No podrán reingresar a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera;**
- (ii) **Podrán prestar servicios en entes públicos como contratados, en cargos públicos de libre nombramiento o remoción o cuya jerarquía sea equivalente, entre los que cuentan los de confianza; a cargos académicos, docentes, asistenciales o accidentales; y de elección popular;**
- (iii) *Cuando ingresen a los cargos públicos antes referidos – distintos a la figura de contratados- deberán suspender el beneficio de pensión por jubilación, mediante la participación mutua entre el organismo que otorgó la jubilación y en el cual actualmente preste servicios;*
- (iv) *Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos – distintos a la figura de contratado- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado. (...)*
- (v) *Ahora bien, respecto de este último beneficio, debe acotarse, que el mismo encuentra su justificación legislativa en el hecho cierto, de que el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, pues, de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio - además de la vocación y la satisfacción personal por el trabajo -, no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado. Ambos beneficios sólo para el momento en que la jubilación sea reactivada.”*

(Destacado y subrayado nuestros)

Partiendo de dicha interpretación, queda claro que el jubilado conserva el derecho a reingresar a la Administración Pública siempre y cuando pase a ocupar uno de los cargos permitidos por Ley, tiempo



durante el cual el pago de la pensión por jubilación le será suspendido, hasta el momento en que se produzca su nuevo egreso, momento en el cual le será reactivado dicho pago, que por Ley le corresponde, reajustada con base en el último sueldo percibido.

De manera que, aún cuando no esté expresamente establecido en el régimen que acordó la jubilación, no puede desconocerse la existencia del *mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello*, así como los principios constitucionales de seguridad social y de protección a la vejez, consagrados en el Texto Fundamental y que reconoce, además, la Ley del Estatuto de Jubilaciones, al permitir el reingreso de jubilados en los supuestos allí previstos. Esta normativa vendría a ser el criterio mínimo aplicable con preferencia al régimen convencional de jubilaciones de PEQUIVEN, sin embargo, su aplicación está sujeta a que se produzca efectivamente el reingreso de la persona y en consecuencia se haya suspendido el disfrute del beneficio de jubilación previamente acordado.

En todo caso, se concluye que la Junta Directiva de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula vigésima numeral 13 de sus estatutos sociales, al momento de aprobar las políticas de remuneraciones y jubilaciones para el personal, debe valorar la situación planteada a la luz de las Leyes y los criterios jurisprudenciales aplicables, teniendo por norte el respeto a la supremacía en cuanto a lo previsto en la Carta Fundamental. En ese sentido, la normativa que dicte dicha empresa en torno al aspecto bajo análisis debe ser cónsona con lo previsto en los artículos 145 y 148 de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares y en la Ley del Estatuto de Jubilaciones.

Memorando N° 04-00-723 del 17 de noviembre de 2008.



# ESTADOS Y MUNICIPIOS



*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Posibilidad de que los funcionarios públicos puedan integrar la Unidad Económico Financiera de un Consejo Comunal.*

**En estricto sentido de derecho, no existe prohibición expresa para que un funcionario público pueda ser miembro de la Unidad Económico Financiera de un Consejo Comunal, no obstante, la incompatibilidad radica en la naturaleza misma de las múltiples labores desempeñadas por el Banco Comunal que requieren tiempo y dedicación, por ello debe tenerse en cuenta si las actividades asignadas como integrante menoscaban las funciones públicas que el funcionario desempeña en el órgano o ente al cual está adscrito. Dicha situación no podría ser convalidada ni ignorada por las autoridades responsables de la buena gestión de los mismos, quienes deben ejercer las acciones previstas en el ordenamiento jurídico a los fines de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio, tomando en cuenta que los funcionarios o servidores públicos reciben remuneraciones por parte del Estado como contraprestación a su labor.**

Memorando N° 04-00-540 de fecha 25 de agosto 2008.

Opinión respecto a si un funcionario público puede o no, ser miembro de la Unidad Financiera de un Consejo Comunal, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 de la Ley de los Consejos Comunales<sup>1</sup>, y 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los consejos comunales fueron creados como **instancias de participación**, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y ciudadanos, **que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social**. Su organización, funcionamiento y acción se rige conforme a los principios de corresponsabilidad, cooperación, solidaridad, transparencia, rendición de cuentas, honestidad, **eficacia, eficiencia**, responsabilidad social, control social, equidad, justicia, igualdad social y de género.

Dichas instancias de participación, conforme a lo dispuesto en la Ley de los Consejos Comunales están conformadas por un órgano ejecutivo, integrado por los voceros y voceras de cada comité de trabajo; un órgano económico-financiero, constituido por la Unidad de Gestión

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.806 Extraordinario del 10 de abril de 2006.

Financiera denominada Banco Comunal, y el órgano de control, conformado por la Unidad de Contraloría Social.

El manejo financiero de los Consejos Comunales fue asignado por la Ley en comentario a los denominados bancos comunales, constituidos como asociaciones cooperativas, los cuales son definidos en el numeral 10 del artículo 4 de la Ley que los rige como “(...) la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de los consejos comunales. Se concibe como una organización flexible, abierta, democrática, solidaria y participativa”, integrada por cinco (5) habitantes de la comunidad, electos por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas, quienes deben ser mayores de edad, inscritos en el Registro Electoral Permanente, no ocupar cargos de elección popular y con disposición y tiempo para el trabajo comunitario.

En efecto la citada Ley en el artículo 10 dispone lo siguiente:

*“De la Unidad de Gestión Financiera*

**Artículo 10.** *La unidad de gestión financiera es un órgano integrado por cinco (5) habitantes de la comunidad electos o electas por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas, que funciona como un ente de ejecución financiera de los consejos comunales para administrar recursos financieros y no financieros, servir de ente de inversión y de crédito, y realizar intermediación financiera con los fondos generados, asignados o captados.*

*A los efectos de esta Ley, la unidad de gestión financiera se denominará Banco Comunal. El Banco Comunal pertenecerá a un Consejo Comunal o a una Mancomunidad de Consejos Comunales, de acuerdo con el desarrollo de los mismos y a las necesidades por ellos establecidas.*

*Serán socios y socias del Banco comunal todos los ciudadanos y ciudadanas que habiten en el ámbito geográfico definido por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas y que conforman el Consejo Comunal o la Mancomunidad de Consejos Comunales.*

*El Banco Comunal adquirirá la figura jurídica de Cooperativa y se regirá por la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo*

*del Sistema Microfinanciero y otras leyes aplicables, así como por la presente Ley y su reglamento. Los Bancos Comunales quedarán exceptuados de la regulación de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras.”*

Del artículo *ut supra* transcrito se desprenden como funciones primordiales de los bancos comunales las siguientes:

- Asumir la gestión financiera de los consejos comunales, lo que significa que tienen a su cargo administrar los recursos tanto financieros como los no financieros de los mismos,
- Recibir recursos para ejecutar los proyectos de la comunidad,
- Servir de ente de inversión y de crédito, y
- Realizar intermediación financiera con los fondos generados por su actividad, con los recursos asignados por las entidades públicas y los recursos captados por cualquier vía lícita.

Los integrantes del órgano económico-financiero son electos en votaciones directas y secretas por la Asamblea de Ciudadanos y el carácter de **su ejercicio es *ad honorem*** (artículo 12), aunque los gastos que se ocasionen por su actividad, son compensados por el fondo de gastos de funcionamiento del Consejo Comunal (artículo 24). Estas personas deben presentar declaración jurada de patrimonio y son responsables civil, penal y administrativamente por los daños que ocasionen los actos, hechos u omisiones que realicen y que sean contrarios a la ley (artículo 27).

Ahora bien, la Ley de los Consejos Comunales en el artículo 14 establece una prohibición expresa para que los funcionarios públicos que ocupen cargos de elección popular sean electos como integrantes de la Unidad de Contraloría Social y del Banco Comunal. En efecto, el artículo 13 dispone lo siguiente:

**“Artículo 13.** *Para ser electo o electa como integrante de la Unidad de Contraloría Interna Social o la Unidad de Gestión Financiera, se requiere:*

1. *Ser habitante de la comunidad, con al menos, seis (6) meses de residencia en la misma, salvo en los casos de comunidades recién constituidas o circunstancias de fuerza mayor.*

2. *Mayor de edad.*
3. **Disponibilidad y tiempo para el trabajo comunitario.**
4. *Estar inscrito en el Registro Electoral Permanente.*
5. **No ocupar cargos de elección popular.”** (*Destacado nuestro*)

Al referirse la Ley específicamente a esta categoría de funcionarios públicos (funcionarios de elección popular) pareciera, en principio, que no existiera limitación alguna para que funcionarios públicos que ocupen cargos de otra naturaleza (cargos de carrera, de libre nombramiento y remoción, etc.) se desempeñen en tales funciones, sin embargo, esta Dirección considera que si bien es cierto, se trata del ejercicio de funciones sin contraprestación dineraria por parte del Estado (*ad-honorem*), la ausencia de una remuneración no es el único factor a tener en cuenta a los fines de determinar si existe o no compatibilidad en el ejercicio simultáneo de tales funciones, pues ésta dependerá de que el ejercicio simultáneo de las funciones **no disperse la atención del funcionario y no genere interferencias entre ambas actividades**, pues la Ley en comentario exige a los integrantes de tales órganos del Consejo Comunal, **disposición y tiempo para el trabajo comunitario.**

Cabe destacar que el principio general respecto a las incompatibilidades en el ejercicio de la función pública está consagrado en el artículo 148 Constitucional que consagra la incompatibilidad en el ejercicio de dos destinos públicos **remunerados**, con las excepciones que la misma disposición establece, a saber cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la Ley.

El mencionado artículo 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. 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 (...).”*



Como puede interpretarse, dicha prohibición tiene como propósito **evitar que quienes estén al servicio del Estado, acepten o ejerzan dos o más cargos públicos remunerados** cuyo ejercicio simultáneo implique perjuicio para el Estado, reservando a la Ley el establecimiento de las excepciones a ésta prohibición y permitiendo la posibilidad de conciliar actividades cuando se trate del ejercicio de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes. Aunado a dicho propósito fundamental la disposición transcrita es preservar la decencia del servidor público en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole ejercer simultáneamente actividades o cargos que 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, y aparece recogido en la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>2</sup> que lo reproduce en sus artículos 35 y 36 en los términos siguientes:

*“**Artículo 35.** Los funcionarios o funcionarias públicos no podrán desempeñar más de un cargo público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.*

*La aceptación de un segundo destino, que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal.”*

***Artículo 36.** El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales y docentes, declarados por la ley compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, **se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste.**” (Destacado y subrayado nuestros)*

La referida norma es más severa que la norma constitucional, por cuanto no solo la incompatibilidad deriva del ejercicio de los cargos públicos sino de cualquier actividad que menoscabe el estricto **cumplimiento**

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre de 2000.

de los **deberes** del funcionario, por ende, el ejercicio de dos cargos públicos compatibles será posible siempre y cuando ello no implique un menoscabo del cumplimiento de los deberes del funcionario.

Dentro del contexto anterior y acogiendo el criterio que sobre la interpretación del artículo 148 del Texto Fundamental, hiciera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 29 de abril de 2005, se infiere que **el principio es la incompatibilidad para desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, y la excepción es la doble aceptación o ejercicio simultáneo de ciertas actividades**. No obstante, la compatibilidad que permite la Ley no puede implicar un menoscabo del cumplimiento de los deberes del funcionario, pues si el legislador permite que una persona ocupe dos cargos públicos no puede aceptarse que el doble ejercicio se traduzca en un deficiente desempeño en uno o hasta en ambos. Todo funcionario tiene unas obligaciones y a ellas debe entregarse con lealtad. De manera que también existe incompatibilidad **cuando la otra actividad menoscabe el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo público**.

Aplicando lo expuesto al supuesto del funcionario público que pretende integrar el Banco Comunal, **la actividad que efectúe el funcionario, en dicho órgano no debe entorpecer el normal desarrollo de la actividad pública que está llamado a ejercer, es decir, el ejercicio de las actividades del Banco Comunal no debe menoscabar el cumplimiento de sus deberes como funcionario público**, precisamente por ello el numeral 3 del artículo 14 de la Ley de los Consejos Comunales dispone que para ser elegido como integrante de la Unidad de Contraloría Social o de la Unidad de Gestión Financiera -caso planteado-, **se requiere disposición y tiempo para el trabajo comunitario**.

Así las cosas, consideramos que en principio el hecho de ser funcionario público no constituye *per se*, causal de incompatibilidad para integrar el Consejo Comunal, sin embargo, la incompatibilidad radica en la naturaleza misma de las múltiples labores desempeñadas, por el Banco Comunal.

En efecto, las funciones que corresponden al Banco Comunal, implican por parte de sus integrantes atribuciones específicas para poder adelantar su labor, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley de los Consejos Comunales, las cuales suponen:

- *“Administrar los recursos asignados, generados o captados tanto financieros como no financieros;*
- *Promover la constitución de cooperativas para la elaboración de proyectos de desarrollo endógeno, sostenibles y sustentables;*
- *Impulsar el diagnóstico y el presupuesto participativo, sensible al género, jerarquizando las necesidades de la comunidad;*
- *Promover formas alternativas de intercambio, que permitan fortalecer las economías locales;*
- *Articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema microfinanciero de la economía popular;*
- *Promover el desarrollo local, los núcleos de desarrollo endógeno y cualquier otra iniciativa que promueva la economía popular y solidaria;*
- *Rendir cuenta pública anualmente o cuando le sea requerido por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas;*
- *Prestar servicios no financieros en el área de su competencia;*
- *Prestar asistencia social;*
- *Realizar la intermediación financiera;*
- *Rendir cuenta ante el Fondo Nacional de los Consejos Comunales anualmente o cuando éste así lo requiera;*
- *Promover formas económicas alternativas y solidarias, para el intercambio de bienes y servicios.”*

Además de la limitación que a nuestro juicio deriva de la naturaleza misma de las funciones del Banco Comunal, que lógicamente requieren tiempo y dedicación, se suma lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual señala lo siguiente:

**“Artículo 145.** *Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar de-*

*terminados por la afiliación u orientación política. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley.”*

De esta norma se desprende como regla general, que los servidores públicos están incapacitados para contratar con órganos o entes públicos, salvo las excepciones por mandato legal expreso. Esta disposición ha sido concebida como una limitación al principio de libertad de contratación, que comprende o abarca a todos cuantos estén al servicio de las personas jurídicas allí mencionadas y se establece en relación con todos los organismos y entidades indicados en la norma y no sólo respecto a aquélla a la que se preste servicio.

Los dos supuestos contenidos en la norma prohíben al funcionario público, cualquiera que sea su clasificación y régimen aplicable, contratar de manera directa, vale decir, por sí mismo con el Estado, lo cual aplica para todos los órganos o entes del Poder Público en sus tres niveles territoriales, Nacional, Estadal y Municipal; así como a través de personas interpuestas que en el contexto del artículo 145 Constitucional, son todas aquellas que realicen como propio un negocio o acto jurídico que beneficie indebidamente a un tercero que se encuentre inmerso en la prohibición para contratar.

Bajo este argumento, es necesario analizar las características particulares de los integrantes del Banco Comunal, en ese orden se observa que éstos son elegidos por la Asamblea de Ciudadanos como máxima autoridad deliberante y de participación de la comunidad, a tenor de lo previsto en el artículo 10 de la Ley de los Consejos Comunales y las funciones que realizan son de carácter temporal pues, tienen una duración de dos (2) años (artículo 12). Asimismo, tenemos que la naturaleza del Banco Comunal es la de ser una cooperativa, cuyas decisiones son tomadas por mayoría simple de sus miembros y no de manera unipersonal, razón por la cual no estarían dados los extremos legales para sostener que se configuraría el supuesto de interpuesta persona en el caso en particular, supuesto que se configura cuando, el verdadero interesado en el negocio jurídico realiza un fraude a la ley para lograr

su objetivo, valiéndose de una persona natural o jurídica sobre la cual ejerce influencia directa en aras de conseguir su propósito.

En ese orden de ideas la Ley del Estatuto de la Función Pública, en sus artículos 33 y 34 al referirse a los deberes de los funcionarios públicos precisa que además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos están obligados, entre otros, a **prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida; cumplir con el horario de trabajo establecido; inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida, y se les prohíbe celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro**, con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes; **intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República**, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales.

Siendo así, en el supuesto de que un funcionario público integre el órgano Económico Financiero (Banco Comunal) de un Consejo Comunal, no debería intervenir en aquellos proyectos en los cuales el órgano o ente en el que presta sus funciones otorgue el financiamiento, pues, dada la posible influencia de que goza por su condición de funcionario público del referido organismo se podría dar el ejercicio de presiones o influencias para obtener ventajas especiales en el otorgamiento de los recursos en detrimento de los principios éticos que rigen el manejo de los recursos públicos.

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de tal prohibición, se encuentran contenidas en diversas leyes y comprenden asimismo variados supuestos de responsabilidad del funcionario (civil, penal, administrativa), por la violación del dispositivo Constitucional mencionado.

Ciertamente, en nuestra Carta Fundamental se establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de **honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con some-**

**timiento pleno a la ley y al derecho.** Asimismo, en leyes como la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de Administración Pública, la Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en caso concreto, la Ley de los Consejos Comunales, entre otras normativas, se dispone que el manejo de los bienes y recursos públicos, dentro de la gestión fiscal, así como la actividad desarrollada por la Administración Pública (sentido general), se rige en atención a los principios rectores de **eficiencia, solvencia, transparencia, honestidad, responsabilidad, legalidad, rendición de cuentas y equilibrio fiscal**, entre otros.

Importa destacar que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>3</sup>, incorporó a los Consejos Comunales y demás formas de organización comunitaria que utilicen recursos públicos, como sujetos obligados en el cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Como un precepto garantista del cabal desempeño en las funciones asignadas a los funcionarios públicos, se inserta de manera armoniosa dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otro principio fundamental, el cual es, la **responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho** (artículo 141).

De manera que, considerando los principios que rigen el ejercicio de la función pública enmarcados dentro del concepto de ética pública y moral administrativa los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos tienen la obligación de actuar dando preeminencia a los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos, dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas, en razón de que la actividad que desarrollan está sometida a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud.

Ahora bien, considera esta Dirección que la incompatibilidad no puede ser entendida en términos absolutos, es decir, de manera tal que impida al funcionario participar en el Consejo Comunal, pues se corre

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

el riesgo de cercenar el derecho a la participación ciudadana previsto en los artículos 62 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela los cuales disponen:

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

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

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

*La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”* (Destacado y subrayado nuestros)

Sin embargo, atendiendo a las consideraciones anteriormente indicadas, la posibilidad de que un funcionario público integre el Banco Comunal, **se restringe de hecho al considerar la naturaleza de las funciones que corresponden a la Unidad de Gestión Financiera**, que exigen por parte de quienes la integran tiempo y disponibilidad, lo que en principio se contrapone con el deber de todo funcionario público de dedicar la totalidad del tiempo de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, ello es así porque todo servidor público debe dedicar su esfuerzo intelectual

y personal al cumplimiento de las labores señaladas para el cargo que desempeña.

De manera que si un funcionario público nombrado para cumplir un horario de ocho horas diarias, al mismo tiempo integra el Banco Comunal, órgano al que le corresponden importantísimas funciones dentro del Consejo Comunal, difícilmente dispondrá del tiempo necesario para discutir y resolver los asuntos diarios de la comunidad y desempeñar eficazmente ambas tareas, pues dicha labor exige tiempo y dedicación para la interacción entre las necesidades de la comunidad y las entidades competentes, para realizar la intermediación financiera y articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema microfinanciero de la economía popular, como una de las tantas labores que le corresponden a dicho banco, habida cuenta que la esencia de los Consejos Comunales es la de ser instancias de participación, planificación y ejecución de proyectos y políticas públicas desde la comunidad y en beneficio de las propias comunidades.

Con fundamento en lo antes expuesto, consideramos que en estricto sentido de derecho, no existe prohibición expresa para que un funcionario público pueda ser miembro de la Unidad Económico Financiera de un Consejo Comunal, no obstante debe tenerse en cuenta, tal como fue señalado, si las referidas actividades menoscaban las funciones públicas que desempeña en el órgano o ente al cual está adscrito. Dicha situación no podría ser convalidada y menos aún ignorada por las autoridades responsables de la buena gestión de los mismos, las cuales deberán tomar las acciones de que disponen en el ordenamiento jurídico a los fines de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio, tomando en consideración que los funcionarios o servidores públicos reciben remuneraciones por parte del Estado como contraprestación a su labor.

Memorando N° 04-00-540 del 25 de agosto de 2008.



*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Improcedencia de la homologación de transacción sobre materias de orden público.*

**Las controversias administrativas que se susciten por la no transferencia del 10% de los recursos provenientes del Situado Constitucional, así como del 10% de los recursos provenientes de los ingresos propios de los Municipios previstos en el artículo 22, numerales 4 y 5 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, no puede ser objeto de transacción por versar sobre obligaciones de rango constitucional y de interés colectivo, como son el Situado Municipal y el Aporte Financiero.**

Memorando 04-00-551 del 28 de agosto de 2008.

Opinión respecto a la decisión emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 1° de abril de 2008, que declaró improcedente la homologación de la transacción judicial suscrita entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Municipio Baruta del Estado Miranda, a través de la cual las partes compensaron deudas derivadas del pago del diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el Situado Constitucional y de los aportes financieros anuales que debe efectuar el Municipio Baruta al Distrito Metropolitano de Caracas.

Una vez realizado el análisis correspondiente al contenido de la sentencia se emite el parecer en los términos siguientes:

El Distrito Metropolitano de Caracas planteó ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (19 de octubre 2004), una controversia administrativa con el Municipio Baruta del Estado Miranda, con motivo de la no transferencia del 10% de los recursos provenientes del Situado Constitucional durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2000, de los años 2001, 2002 y 2003, y de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2004; así como del 10% de los recursos provenientes de los ingresos propios de ese Municipio, durante los ejercicios fiscales 2001, 2002 y 2003, previstos en el artículo 22, numerales 4 y 5 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas<sup>1</sup>.

Durante el proceso judicial en referencia, el Distrito Metropolitano de Caracas y el Municipio Baruta celebraron una transacción (27 de octubre de 2005) en la cual el Municipio, reconoció que adeudaba al Distrito una cantidad determinada por concepto de diez por ciento

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 36.906 del 08 de marzo de 2000.

(10%) de la cuota de participación en el Situado Constitucional y aportes financieros anuales correspondientes al municipio en los meses de agosto a diciembre del año 2000 y los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, y por su parte, el Distrito Metropolitano reconoció que adeudaba al Municipio Baruta, el monto pagado por éste para el funcionamiento del servicio de bomberos en su jurisdicción, servicio de la competencia exclusiva del Distrito, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas.

En dicho convenio las partes acordaron compensar las deudas recíprocas, resultando en consecuencia un saldo a favor del Distrito Metropolitano por la cantidad de quince mil setecientos setenta y seis millones seiscientos ochenta y siete mil trescientos setenta y dos bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs. 15.776.687.372,69), la cual sería pagada por el Municipio de la forma siguiente: la cantidad de cuatro mil millones de bolívares (Bs. 4.000.000.000,00), dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al otorgamiento del documento, y el saldo restante, de once mil setecientos setenta y seis millones seiscientos ochenta y siete mil trescientos setenta y dos bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs. 11.776.687.372, 69), en tres (3) cuotas, pagaderas durante el primer trimestre de los ejercicios fiscales 2006, 2007 y 2008, respectivamente, para lo cual el municipio realizaría las previsiones presupuestarias y financieras correspondientes en las respectivas Ordenanzas de Presupuesto.

Asimismo, a los fines de regular la oportunidad de pago del diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el Situado Constitucional y los aportes financieros anuales, en los próximos ejercicios fiscales, el Municipio se comprometió a pagar al Distrito durante la vigencia del ejercicio fiscal en curso, las alícuotas del diez por ciento (10%) del Situado Constitucional mediante doce (12) pagos mensuales y consecutivos, a través de órdenes de pago permanentes que serían emitidas al efecto, previa conformación por los organismos de control de gastos, una vez que los recursos financieros del Situado Constitucional ingresaran al tesoro del Municipio; asimismo, acordaron que los aportes financieros anuales serían pagados durante el ejercicio fiscal siguiente al cual se hayan causado, en dos (2) cuotas semestrales, pagaderas en los meses de julio y diciembre, para lo cual el Municipio debía hacer las previsiones

nes presupuestarias y financieras correspondientes en las respectivas Ordenanzas de Presupuesto.

Finalmente las partes aceptaron que con la transacción acordada se extinguían las obligaciones que tenían mutuamente por los conceptos señalados y en consecuencia, nada tenían que reclamarse ni por esos, ni por ningún otro concepto derivado de los mismos, poniendo fin a la Controversia Administrativa que cursaba ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia contra el Municipio Baruta del Estado Miranda, bajo el Expediente N° 2004-2118.

Ahora bien, con ocasión del acuerdo suscrito por las partes con el propósito de poner fin a la controversia administrativa, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, solicitó opinión de este Organismo Contralor respecto al objeto de la transacción y la petición de homologación efectuada.

A tales efectos, esta Contraloría General de la República, mediante oficio N° 04-00-097 de fecha 18 de septiembre de 2007, emanado de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, emitió opinión en la cual expresó que la transacción celebrada, cumplía los requisitos de forma, exigidos en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>2</sup>, toda vez que las autoridades, fueron previa y expresamente autorizados por sus respectivos órganos legislativos, no obstante, observó lo siguiente:

*“la materia sobre la cual versa la transacción celebrada entre las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales ut supra identificadas, es el Situado Constitucional, el cual se enmarca en el esquema fiscal venezolano dentro de las llamadas **subvenciones no condicionadas** destinadas obligatoriamente, a financiar el costo de los servicios públicos regionales o locales y satisfacer las necesidades colectivas inherentes a esas instancias de poder; por lo que su no transferencia, de manera permanente, periódica y, en el porcentaje legalmente establecido, a la entidad territorial a la cual pertenezcan esos ingresos, constituye un gran incumplimiento a un deber legal por parte del Ejecutivo Nacional o del Ejecutivo Municipal, según se*

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.421 del 21 de abril de 2006.

trate, que queda sometido a los controles previstos en nuestro sistema jurídico positivo; a los efectos de determinar la posible comisión de delitos, faltas, ilícitos administrativos, así como la potencial causación de daños al patrimonio de las respectivas entidades territoriales”.

(Destacado y subrayado nuestros)

En atención a las consideraciones anteriormente expuestas, concluyó que la transacción suscrita entre las máximas autoridades de las entidades territoriales involucradas en la controversia administrativa evidenciaba, en su propio contenido, un presunto incumplimiento de obligaciones legales que son fundamentales en materia de administración de Hacienda Pública Municipal y Distrital.

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 1° de abril de 2008, con apoyo en el criterio emanado de este Organismo, declaró improcedente la homologación de la transacción suscrita entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Municipio Baruta del Estado Miranda, en virtud de la indisponibilidad de la materia que comprendía la transacción.

En la referida decisión la Sala, procedió al análisis de la naturaleza jurídica y requisitos de validez de la transacción, haciendo especial referencia a las disposiciones del Código Civil que la regulan, así como del Código de Procedimiento Civil, precisando, entre otras cosas que para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, y que su objeto sea lícito, posible, determinado o determinable, pues de este medio de auto composición procesal, se excluyen los conflictos sobre materias en las cuales estén prohibidas las transacciones, tal como lo establece el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil. Específicamente, con respecto al alcance del citado artículo la Sala, hizo valer lo expuesto en sentencia N° 05894 de fecha 13 de octubre de 2005, en la cual señaló lo siguiente:

*“...cuando el citado artículo 256 hace mención a las materias en las cuales están prohibidas las transacciones, ello se refiere a los conflictos sobre derechos o relaciones indisponibles, que son todos aquellos relativos al estado y capacidad de las personas, y también en las controversias que interesan al orden público o las buenas costumbres.*”

En tales materias, en que está interesado el orden público y se regulan por leyes con tal carácter, no puede haber transacción, pues según el artículo 6 del Código Civil: ‘No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres’. Asimismo, la referida decisión indicó que el orden público es definido como el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos”. (Subrayado nuestro)

Al examinar si en el caso planteado se cumplían los requisitos exigidos para homologar la transacción, constató que el Alcalde del Municipio Baruta del Estado Miranda, así como el Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, estaban facultados para suscribir el acuerdo transaccional, sin embargo, precisó que la transacción como medio de auto composición procesal requería, para adquirir validez, no sólo la facultad expresa, sino al mismo tiempo, la capacidad para disponer de las cosas comprendidas en ella, pues constituye un acto que excede de la simple administración.

En ese sentido, sostuvo que la transacción versaba sobre el pago del diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el Situado Constitucional, así como los aportes financieros derivados de los ingresos propios, conceptos que se enmarcaban dentro de las fuentes de ingresos que debe percibir el Distrito Metropolitano de Caracas, conforme a lo previsto en los numerales 4 y 5 del artículo 22 de la Ley Especial que lo regula.

La Sala indicó que estas fuentes de ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas y correlativamente obligaciones dinerarias a cargo de los Municipios establecidas en la precitada Ley, formaban parte de las **subvenciones no condicionadas** dentro del esquema fiscal venezolano, entendidas éstas como un auxilio financiero obligatorio de un ente territorial a otro, en este supuesto de carácter horizontal por mandato expreso de la ley. Por tanto, la obtención del situado municipal en este caso particular, como el aporte financiero, constituye un derecho constitucional propio del Distrito Metropolitano de Caracas, cuya transferencia

debe ser permanente y periódica, para así garantizar su percepción y con ello financiar los servicios públicos regionales destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad.

Específicamente, en torno al Situado Constitucional precisó que éste constituye una asignación económica que por mandato de la Constitución debe ser transferida obligatoriamente por el Poder Ejecutivo Nacional al Poder Ejecutivo Estatal y Municipal, dentro de los primeros siete (7) días de cada mes, como lo establece el artículo 15 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público<sup>3</sup>.

**Finalmente, la Sala Político Administrativa, sostuvo que la materia bajo controversia, tal y como se infería, adicionalmente, de la opinión consignada por esta Contraloría General de la República, revestía características de orden público que impedían ser objeto de transacción, al versar sobre obligaciones de rango constitucional y de interés colectivo; por tanto, si bien los Alcaldes estaban facultados expresamente para transigir, por el Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda y el Cabildo Metropolitano de Caracas, respectivamente, estimó que tales autoridades no poseían capacidad en virtud de la indisponibilidad de la materia comprendida en la transacción y negó la homologación, razón por la cual no la homologó.**

El criterio contenido en la sentencia citada se fundamenta en una serie de previsiones de rango Constitucional y legal, que esta Dirección estima pertinente recalcar. El Situado, según se expresa en el artículo 167 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>4</sup>, es definido como una transferencia de tipo general e incondicionada que corresponde a los Estados, Distrito Capital y constituye un ingreso ordinario del Municipio tal cual lo califica el artículo 179.4 del Texto Constitucional, en los términos siguientes:

**“Artículo 167.** *Son ingresos de los Estados:*

*(Omissis)*

*4. Los recursos que les correspondan por concepto de Situado Constitucional. El situado es una partida equivalente*

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.753 del 14 de agosto de 2003.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.453 Extraordinario del 24 de abril de 2000.

*a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de cada una de dichas entidades.*

*En cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de situado. A los Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado.*

*En caso de variaciones de los ingresos del Fisco Nacional que impongan una modificación del Presupuesto Nacional, se efectuará un reajuste proporcional del situado.*

*La Ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del Situado Constitucional y de la participación municipal en el mismo.*

**Artículo 179.** *Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:*

*(Omissis)*

*4. Los derivados del Situado Constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales; (...).”*  
(Subrayado nuestro)

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, determina la forma y oportunidad en que deben transferirse dichos recursos precisando que el aporte derivado del Situado Constitucional debe ser remitido por el Ejecutivo Nacional a los estados y a los municipios por dozavos, dentro de los primeros siete (7) días de cada mes, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la mencionada Ley. Así lo precisa ésta en los términos siguientes:

**“Artículo 14°:** *En las leyes de presupuesto de los estados se incorporará una partida destinada a los municipios denominada situado municipal, no menor del veinte por ciento*

*(20%) de la estimación de ingresos ordinarios de la entidad federal, diferente al respectivo Situado Constitucional.*

*El situado municipal se distribuirá entre los municipios del estado, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.*

**Artículo 15°:** *El Ejecutivo Nacional remitirá el Situado Constitucional a los estados y a los municipios por dozevos, dentro de los primeros siete (7) días de cada mes, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley”.*

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en los artículos 140 y 141 ratifica el situado como un ingreso ordinario del Municipio y lo define como un ingreso que corresponde a los municipios en cada ejercicio fiscal, en los términos siguientes:

**“Artículo 140.** *Son ingresos ordinarios del Municipio:*

*(Omissis)*

*4. Los derivados del Situado Constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales.*

**Artículo 141.** *El Situado Constitucional es el ingreso que le corresponde a los municipios en cada ejercicio fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 167 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; el cual comprende:*

*1. Una cantidad no menor al veinte por ciento (20%) de la correspondiente al respectivo estado en el presupuesto de los ingresos ordinarios del Fisco Nacional.*

*2. Una participación no menor del veinte por ciento (20%) de los demás ingresos ordinarios del mismo estado.*

*La distribución del situado entre los municipios de cada estado se hará conforme a los siguientes parámetros: cuarenta y cinco por ciento (45%) en partes iguales, cincuenta por ciento (50%) en proporción a la población de los municipios y cinco por ciento (5%) en proporción a su extensión territorial.”*

En el caso concreto del Distrito Metropolitano de Caracas, la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas en su



artículo 22 indica los ingresos que le corresponden por concepto de Situado (numeral 4), así como por aporte financiero (numeral 5), en la forma siguiente:

**“Artículo 22.** *Son ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas:*

*(Omissis)*

*4. El diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el situado que corresponde a cada uno de los Municipios integrados en el Distrito Metropolitano de Caracas.*

*5. El aporte financiero, en cada ejercicio fiscal, de los Municipios integrados en el Distrito Metropolitano de Caracas, en proporción equivalente al diez por ciento (10%) del ingreso propio efectivamente recaudado por cada uno de ellos en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior.”*

Dentro del contexto de la normativa *ut supra* transcrita podemos apreciar que el denominado genéricamente “Situado”, y más específicamente “Situado Constitucional” así como el llamado “Situado Municipal” constituyen, integralmente considerados, conceptos que revisten una doble connotación, y por tanto, dos facetas: una de índole presupuestaria y otra de carácter económico.

Desde el punto de vista presupuestario, esos dos situados constituyen sendas partidas presupuestarias, consecutivamente previstas en orden territorial descendente, así: a) en el presupuesto nacional, el Situado Constitucional; y b) en los respectivos presupuestos estatales, el Situado Municipal. Y ambas partidas representan sucesivamente, asignaciones porcentuales distribuidas poblacional y territorialmente. Primero, calculados y distribuidos en orden al total de ingresos ordinarios nacionales que se estima obtener de conformidad con la Ley Anual de Presupuesto y después transferidos complementariamente de acuerdo con los ingresos ordinarios que efectivamente se obtengan durante el período presupuestario respectivo.

Desde el punto de vista económico, constituyen un conjunto de recursos ordinarios; es decir, recurrentes –por oposición a los no recurrentes o extraordinarios- transferidos, para llevar a cabo sus gastos administrativos y de inversión en programas y proyectos necesarios para el desarrollo económico y social.

En fin, el Situado, constituye una transferencia incondicionada que se realiza desde el Gobierno Central a los Estados, Distrito Capital y a los Municipios, cuyo modo de calcular, monto mínimo y los criterios para su distribución están previstos en el Texto Constitucional, instrumento que delega en la Ley el establecimiento de los principios, normas y procedimientos que permitan el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del Situado Constitucional y de la participación Municipal en el mismo.

De manera que es el instrumento constitucional de financiamiento de la inversión pública de los gobiernos subnacionales (estadales y locales), se trata de una transferencia *obligatoria e incondicional* por la falta de restricciones impuestas por el nivel nacional que la concede, con respecto al tipo de gasto o de proyecto o programa a que deben aplicarse los fondos transferidos; dicha transferencia se caracteriza por ser *permanente y periódica* y por tener un efecto ingreso, que pretende restablecer el equilibrio horizontal mediante la igualación de condiciones fiscales entre los gobiernos subnacionales necesarias para acercar a niveles de igualdad a aquellos municipios que se encuentran en condiciones de inferioridad frente al resto, así como contribuir con la reducción del desequilibrio vertical generado por las diferencias entre las necesidades de gasto y la disponibilidad de ingresos para los gobiernos central y subnacionales.

Se trata de subvenciones que tienen como fundamento la transferencia de recursos desde la administración nacional o central de un estado, hacia las administraciones subnacionales, ante la existencia de desequilibrios fiscales verticales originados por la concentración de recursos en el nivel nacional de gobierno u horizontales, por las disparidades económicas entre gobiernos de un mismo nivel a causa de razones geográficas, demográficas, etc.

En el caso específico del Distrito Metropolitano de Caracas, los numerales 4 y 5 del artículo 22 precedentemente transcrito, prevén la obligación a cargo de los Municipios que se encuentran enmarcados territorialmente dentro de los límites que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas, a saber los Municipios: Libertador, Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo, de proveer a la Alcaldía Metropolitana de Caracas durante cada ejercicio fiscal, en primer lugar el 10% de la cuota que le corresponde a cada uno de ellos por Situado; y en segundo lugar el

10% por concepto de los ingresos efectivamente recaudados por cada uno de los prenombrados Municipios; teniendo como base de cálculo el ejercicio fiscal inmediatamente anterior, y que deben obligatoriamente, pues constituye uno de los ingresos establecidos por Ley a favor del Distrito para el ejercicio de sus competencias. Es una obligación dineraria a cargo de dichos Municipios, respecto de los recursos propios cuyo cumplimiento puede ser exigido por vía judicial.

Sobre la base de lo expuesto, es forzoso concluir que el 'Situado Municipal' y el 'Aporte Financiero' constituyen erogaciones fijas en el presupuesto de gastos del Municipio que se concretan en una o varias partidas a favor del Distrito Metropolitano de Caracas, por ende, tratándose de **subvenciones no condicionadas son una transferencia obligatoria de recursos no sujeta al poder discrecional del Ejecutivo Nacional o Municipal, ni a condición alguna; son permanentes y periódicas de monto variable según los ingresos que se estimen en el Presupuesto Nacional o Municipal cuya base de cálculo es fija regulada por ley y, en consecuencia, de reserva legal y los recursos que las conforman son propiedad del Distrito Metropolitano de Caracas, sin perjuicio que su recaudación corresponda al Poder Municipal respectivo; y su falta de transferencia implica un incumplimiento a un deber legal por parte del Ejecutivo Nacional o del Ejecutivo Municipal, según corresponda.**

Dentro de ese contexto consideró esta Dirección, que los derechos materia de controversia no eran renunciables en todo o en parte, y en consecuencia no podían ser objeto de transacción, pues ésta sólo puede operar cuando los derechos objeto del conflicto son susceptibles de libre disposición por parte de su titular, es decir, respecto de los cuales las partes poseen facultad legal de decisión y de disposición, pues si bien el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 18, aparte cuarto, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>5</sup>, prevén la posibilidad de terminar un juicio utilizando cualquiera de los medios alternativos de solución de conflictos, dicha posibilidad tiene como límite el orden público y las materias no susceptibles de transigir o convenir de conformidad con la ley, y en este caso se trata de un derecho económico reconocido constitucionalmente a favor de las entidades político territoriales, regido por reglas de orden público que deben ser respetadas.

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

De esta manera, si bien es cierto que en principio, pueden ser objeto de una transacción cuestiones muy diversas, también lo es que no todos los litigios pueden ser arreglados por este procedimiento, ello es consecuencia lógica del principio contenido en el artículo 6 del Código Civil, según el cual *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”*

En efecto, con la transacción objeto de análisis, las partes obviaron que la materia sobre la cual se convino estaba vinculada con el Situado, regulado en el Texto Fundamental, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico venezolano, así como en las leyes a que hemos hecho referencia, cuyos preceptos no son susceptibles de ser obviados por un acuerdo de voluntades entre particulares, por tratarse de normas que se erigen en una directiva, barrera o límite jurídico que no puede rebasarse, ni siquiera por otras normas, de allí que, como se indicara en el Oficio N° 04-00-097 de fecha 18-09-2007, *“la transacción suscrita entre las máximas autoridades de las entidades territoriales involucradas en la controversia administrativa que se analiza, evidenciaba el incumplimiento de obligaciones legales fundamentales en materia de administración de Hacienda Pública Municipal y Distrital, que queda sometido a los controles previstos en nuestro sistema jurídico positivo; a los efectos de determinar la posible comisión de delitos, faltas, ilícitos administrativos, así como la potencial causación de daños al patrimonio de las respectivas entidades territoriales.”*

Así lo interpretó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cuando mediante sentencia de fecha 1° de abril de 2008, declaró improcedente la homologación de la transacción en comentario, en virtud de la indisponibilidad de la materia que comprendía la transacción.

Es oportuno resaltar que ya la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha, 13 de marzo de 2008 se había pronunciado acerca de la naturaleza de los aportes previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas, oportunidad en la cual declaró con lugar una solicitud de resolución de controversia administrativa presentada por el Distrito Metropolitano de Caracas, contra el Municipio El Hatillo del Estado Miranda, a quien ordenó el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los citados numerales, omitida por parte del

Municipio, precisando que los referidos numerales no sólo establecen fuentes de ingresos para esa unidad político territorial de la ciudad de Caracas, también establecen correlativamente una obligación dineraria a cargo de los cinco Municipios que lo integran, obligaciones que constituyen subvenciones no condicionadas, entendidas éstas como un auxilio financiero obligatorio de un ente territorial a otro ente territorial (en este caso horizontal), por mandato expreso de la ley. Siendo ello así, los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas: Libertador del Distrito Capital, Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo del Estado Miranda; deben aportar la cuota parte que allí se indica como ingresos que van a sostener la Hacienda Pública Metropolitana.

Es oportuno, además, hacer referencia a la sentencia N° 912 dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 6 de agosto de 2008, en la cual sostuvo que el artículo 22, numeral 5 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, establece como parte de los ingresos del Distrito Metropolitano, el diez por ciento (10%) de los ingresos propios de los Municipios que integran ese Distrito recaudados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior.

La Sala precisó que los Municipios que integran el Distrito Metropolitano sólo pueden disponer del noventa por ciento (90%) de sus ingresos propios, habida cuenta que por mandato de la norma en comentario el restante diez por ciento (10%) se encuentra comprometido como ingreso de ese Distrito, correspondiéndole a los aludidos Municipios transferirlo al culminar cada ejercicio fiscal.

En la sentencia citada la Sala se refirió a la decisión No. 1394 del 30 de mayo de 2003, donde la Sala Constitucional estableció “...sobre el incumplimiento de los Municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas de una obligación establecida legalmente (ordinales 4° y 5° del artículo 22 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas), (...) la Sala considera que cualquier controversia que se suscite con motivo del cumplimiento o no de una obligación establecida legalmente, como lo es la referida en autos, será -de considerarlo quien ostente el título para exigirla- objeto de una acción autónoma, en cuyo proceso se resguarde a las partes involucradas los derechos a la defensa y a la igualdad, a que se refiere el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con lo establecido en los artículos 49 y 21 de la Constitución. Así se decide.”

Sobre la base del criterio sostenido en las precitadas sentencias la Sala concluyó que el aporte del diez por ciento (10%) de los ingresos propios de los Municipios integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, previsto en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial que rige las funciones de ese ente político-territorial, constituye uno de los ingresos establecidos por ley a favor de ese Distrito para el ejercicio de sus competencias, es una obligación dineraria a cargo de los Municipios que conforman el Distrito Metropolitano, respecto a los recursos propios, y su cumplimiento puede ser exigido mediante una acción judicial autónoma.

Señaló que si bien es cierto los Municipios pueden aprobar créditos adicionales para cubrir gastos necesarios no previstos o créditos presupuestarios insuficientes, mediante la declaratoria de insubsistencia o nulidad de una partida presupuestaria con el fin de destinarla a la partida correspondiente a dichos gastos, tal insubsistencia no es procedente en aquellas partidas dirigidas a cumplir por mandato legal una finalidad específica.

En ese sentido precisó que la figura de la insubsistencia o anulación de créditos presupuestarios no puede aplicarse en las partidas dirigidas al cumplimiento de la obligación de aportar el diez por ciento (10%) de los ingresos propios que deben realizar los Municipios integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, pues ese aporte constituye por ley parte de los ingresos del mencionado Distrito para el ejercicio de sus competencias y de declararse tal insubsistencia dicha actuación constituye una violación de la obligación establecida en la referida norma legal, pues la señalada partida se encuentra por mandato de la Ley comprometida y causada como parte de los recursos que conforman los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas.

### **CONCLUSIONES:**

1. La controversia administrativa planteada por el Distrito Metropolitano de Caracas con el Municipio Baruta del Estado Miranda, por la no transferencia del 10% de los recursos provenientes del Situado Constitucional; así como del 10%

de los recursos provenientes de los ingresos propios de ese Municipio, previstos en el artículo 22, numerales 4 y 5 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, no puede ser objeto de transacción por versar sobre obligaciones de rango constitucional y de interés colectivo, como son el ‘Situado Municipal’ y el ‘Aporte Financiero’ que constituyen erogaciones fijas en el presupuesto de gastos del Municipio que se concretan en una o varias partidas a favor del Distrito Metropolitano de Caracas.

2. La no transferencia de los recursos por concepto de situado y aporte financiero, en los términos previstos en las normas que los regulan, evidencia el incumplimiento de obligaciones legales fundamentales en materia de administración de Hacienda Pública Municipal y Distrital, sometido a los controles previstos en nuestro sistema jurídico positivo; a los efectos de determinar la posible comisión de delitos, faltas e ilícitos administrativos, así como la potencial causación de daños al patrimonio de las respectivas entidades territoriales.
3. En criterio de esta Contraloría General de la República, ratificado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estas fuentes de ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas y correlativamente obligaciones dinerarias a cargo de los Municipios que lo integran, forman parte de las **subvenciones no condicionadas** *destinadas obligatoriamente, a financiar el costo de los servicios públicos regionales o locales y satisfacer las necesidades colectivas inherentes a esas instancias de poder; por lo que su no transferencia, de manera permanente, periódica y, en el porcentaje legalmente establecido, a la entidad territorial a la cual pertenezcan esos ingresos, constituye un gran incumplimiento a un deber legal por parte del Ejecutivo Nacional o del Ejecutivo Municipal, según se trate, que queda sometido a los controles previstos en nuestro sistema jurídico positivo; a los efectos de determinar la posible comisión de delitos, faltas, ilícitos administrativos, así como la potencial causación de daños al patrimonio de las respectivas entidades territoriales.*

4. Los Municipios que integran el Distrito Metropolitano sólo pueden disponer del noventa por ciento (90%) de sus ingresos propios, habida cuenta que por mandato de la norma en comentario el restante diez por ciento (10%) se encuentra comprometido como ingreso de ese Distrito, correspondiéndole a los aludidos Municipios transferirlo al culminar cada ejercicio fiscal.
5. La figura de la insubsistencia o anulación de créditos presupuestarios no puede aplicarse en las partidas dirigidas al cumplimiento de la obligación de aportar el diez por ciento (10%) de los ingresos propios que deben realizar los Municipios integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, pues ese aporte constituye por ley parte de los ingresos del mencionado Distrito para el ejercicio de sus competencias y de declararse tal insubsistencia dicha actuación constituye una violación de la obligación establecida en la referida norma legal, pues la señalada partida se encuentra por mandato de la Ley comprometida y causada como parte de los recursos que conforman los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas.

Memorando 04-00-551 del 28 de agosto de 2008.



*ESTADOS Y MUNICIPIOS: Aplicabilidad de la Ley de Contrataciones Públicas a los Consejos Comunales.*

**Los Consejos Comunales y cualquier otra organización comunitaria de base, que manejen fondos públicos tienen obligatoriamente que aplicar las modalidades de selección de contratistas en virtud de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas y atendiendo a la naturaleza pública de los recursos que administran.**

Memorando N° 04-00-774 del 15 de diciembre de 2008.

Opinión respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, específicamente en lo concerniente a los Consejos Comunales y cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.

Los Consejos Comunales están regidos por su *Ley especial*<sup>1</sup>, la cual los define como, instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social.

Dicha definición denota una naturaleza específica de estas agrupaciones, como el constituir una instancia primaria que tienen todos los ciudadanos a los efectos de participar en las políticas públicas, en tal sentido para pertenecer a ella solamente se exige el ser habitante de la comunidad y ser mayor de 15 años.

Igualmente la referida Ley prevé el manejo de recursos por parte de los Consejos Comunales, a través de su Unidad de Gestión Financiera. En efecto, el manejo financiero de los Consejos Comunales fue asignado por la Ley en comentario a los denominados Bancos Comunales, constituidos como asociaciones cooperativas los cuales son definidos en el numeral 10 del artículo 4, como: “(...) la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de los consejos comunales...”, los cuales provendrán directamente de:

1. Los que sean transferidos por la República, los estados y los municipios.

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela. Extraordinaria N° 5.806 del 10 de abril de 2006.

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

Así pues, se observa que gran parte de los recursos que manejan los Consejos Comunales, son de naturaleza pública, partiendo de tal premisa fueron incluidos en la Ley de Contrataciones.

La Ley de Contrataciones Públicas<sup>2</sup> vino a derogar la Ley de Licitaciones<sup>3</sup>, plasmando unos objetivos fundamentales como lo son: la preservación del patrimonio público, el desarrollo de procesos más dinámicos y la participación de la actividad comunal. Este último, aparece como un principio novedoso dentro de los procesos de selección de contratistas del Estado, a saber el principio de la promoción de participación popular, expresión reflejada en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dentro del marco normativo de la citada Ley, tenemos que ineludiblemente en los procesos de compras del Estado debe estar presente la participación popular, manifestada en los consejos comunales y cualquier asociación de producción comunitaria que maneje recursos públicos.

En este sentido la Ley de Contrataciones Públicas, en el artículo 3 establece su ámbito de aplicación de la manera siguiente:

*“El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, será aplicado a los sujetos que a continuación se señalan:*

*1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizado.*

---

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.895 Extraordinario del 25 de marzo de 2008.

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

2. *Las Universidades Públicas.*
3. *El Banco Central de Venezuela.*
4. *Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo.*
5. *Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.*
6. *Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria.*
7. **Los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.”** (Destacado nuestro)

Lo concerniente a los Consejos Comunales está regulado en el Capítulo V, cuyo artículo 17 señala:

*“Los Consejos Comunales, con los recursos asignados por los órganos o entes del Estado, podrán aplicar las modalidades de selección de contratistas para promover la participación de las personas y de organizaciones comunitarias para el trabajo, de su entorno o localidad, preferiblemente.”*

De los artículos transcritos se desprende la intención del Legislador Nacional de incorporar a los Consejos Comunales en los procesos de selección de contratistas, inclusión que obedece -insistimos- a la percepción y manejo de fondos públicos.

Sin embargo, es de suma importancia resaltar que en el transcrito artículo 17 se utilizó la palabra **podrán**, al establecer la obligación que tienen los Consejos Comunales de aplicar las modalidades de selección de contratistas, lo cual pudiese generar dudas en torno a la aplicación del mencionado artículo, en el entendido de ser potestativa la utilización o no de

los procedimientos previstos en la Ley, sin embargo al realizar una interpretación sistemática dentro del conjunto de artículos del instrumento jurídico bajo análisis, se evidencia que el ánimo del legislador es la aplicabilidad de dicho instrumento a los Consejos Comunales con carácter obligatorio, pues el artículo 3 numeral 7, incluye de manera expresa y precisa a los Consejos Comunales dentro de su ámbito de aplicación.

Por ello el legislador previó un capítulo específico para regular su aplicación a los Consejos Comunales dada su naturaleza primaria y popular, y considerando que sus integrantes son habitantes de las comunidades, sin distingo de profesión u oficio, y por ende, en principio la aplicabilidad de los procedimientos de selección de contratistas por parte de los Consejos Comunales se limita a la consulta de precios (artículo 19) aplicable por la cuantía de las contrataciones que generalmente celebran. Excepcionalmente si la contratación supera los límites cuantitativos establecidos en la Ley para la procedencia del referido procedimiento, aplicarán el Concurso Abierto o Concurso Cerrado solicitando oportunamente por escrito el apoyo y acompañamiento gratuito del Servicio Nacional de Contrataciones, en virtud de la complejidad que requieren dichos procesos.

La discrecionalidad que sugiere la utilización del término **podrán**, indicado por el artículo 17 de la Ley de Contrataciones Públicas, implica la facultad para apreciar el supuesto de hecho del ejercicio de la competencia, apreciación que está limitada precisamente, por el fin de la norma. De modo que la discrecionalidad se limita a la modalidad de procedimiento de selección que corresponda según el monto de la contratación.

Razón por la cual, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 12, establece que *“aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”*

En este orden de ideas, debemos señalar que la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>4</sup> contiene como uno de los aspectos más importantes, la incorporación de los Consejos Comunales

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

y demás formas de organización comunitaria que utilicen recursos públicos, como sujetos obligados en el cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, a quienes podrán ser transferidas las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública -cuando el ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan- en los casos que fueren más económicas y eficientes mediante la gestión de dichos Consejos Comunales, en todos los casos la Administración Pública se reservará la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión.

Ello es así porque los Consejos Comunales y toda organización comunitaria que utilice recursos públicos, está obligada al cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos. En vista de que a dichas entidades podrán ser transferidas las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública, si estas fueren más económicas y eficientes mediante la gestión de estos.

Precisamente, en leyes como la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de Administración Pública, la Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en el caso concreto, la Ley de los Consejos Comunales, entre otras normativas, se dispone que el manejo de los bienes y recursos públicos, dentro de la gestión fiscal, así como la actividad desarrollada por la Administración Pública (sentido general), se rige en atención a los principios rectores de **eficiencia, solvencia, transparencia, honestidad, responsabilidad, legalidad, rendición de cuentas y equilibrio fiscal, entre otros.**

En atención a los términos analizados podemos concluir que los Consejos Comunales y cualquier otra organización comunitaria de base, que maneje fondos públicos están en la obligación de aplicar las modalidades de selección de contratistas en virtud de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas, y atendiendo a la naturaleza pública de los recursos que administran.

Memorando 04-00-774 del 15 de diciembre de 2008.



FUNCIÓN PÚBLICA





*FUNCIÓN PÚBLICA: Recálculo de la pensión de jubilación.*

**Al producirse el egreso de un jubilado que reingresó a la Administración Pública, tendrá derecho a que se le restituya el pago de la pensión, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.**

Oficio N° 04-00-018 del 02 de febrero de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a si es procedente el recálculo de la pensión de jubilación de un funcionario jubilado de un ente adscrito a un órgano público que reingresó, luego de suspender la pensión, al cargo de auditor interno en una empresa del Estado, una vez que decida retirarse del mismo. Analizados los dispositivos que regulan el asunto planteado, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

Cabe señalar, que de conformidad con lo previsto en el artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup> en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup>, 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 Organismo, siendo que corresponde al Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, todo lo concerniente a la asesoría en materia de administración de personal de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 8 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>3</sup>.

No obstante, a título de colaboración y sin carácter vinculante se estimó procedente realizar algunos señalamientos, a los fines de emitir una orientación al respecto, en los términos que se exponen de seguidas.

En la solicitud de opinión señala entre otros aspectos, que al ingresar a la empresa del Estado, la Presidencia de la misma, envió una

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

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

comunicación signada bajo el número C-179 del 05 de septiembre de 1994 al Ministerio a los fines que se procediera a suspender el pago de la respectiva pensión de jubilación, de conformidad con lo previsto en la Ley que rige la materia.

Asimismo, destaca que en la empresa existe un “Fondo de Jubilación”, el cual está conformado por los aportes de la empresa y de los trabajadores de la misma, que supera los beneficios establecidos en la Ley nacional respectiva.

Sobre el particular se observa que fue suspendida la pensión de jubilación una vez que ingresó a la empresa del Estado, por lo que a partir de dicho ingreso en el cargo de Auditor Interno, se inició una nueva relación laboral con las consecuencias, obligaciones y derechos que ello implica para las partes.

Con respecto al beneficio de jubilación, la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>4</sup>, contempla en su ámbito subjetivo de aplicación a las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas, tal como es el caso planteado, empresa pública, adscrita a un determinado Ministerio, salvo que ésta haya establecido un sistema de jubilación o pensión en ejecución de aquella, caso en el cual queda exceptuada de la aplicación de dicha normativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 *eiusdem*.

En ese orden de ideas, el artículo 12 de la Ley *in commento* establece que el jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de dicha Ley, salvo cuando se trate de cargos de libre nombramiento y remoción o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>5</sup>, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del vigente Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones<sup>6</sup>, el cual además de ratificar lo antes expuesto, señala que el

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

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

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

pago de la jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos antes señalados y, mientras dure en su ejercicio, **no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en la Ley**. Al producirse el egreso, el jubilado **tendrá derecho a que se le restituya el pago de la pensión, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado**.

En tal sentido, y como quiera que desde el año 1994 el jubilado se encuentra prestando servicios en una Empresa Pública, al producirse su egreso de la misma, tendrá derecho a que se le restituya el pago de la jubilación, y a que el monto de ésta sea recalculado en los términos que dispone el Reglamento de la Ley del Estatuto.

Ahora bien con respecto a la jubilación como un derecho de todas las personas a la seguridad social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Magna, cabe indicar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia que anuló la decisión N° 01556 del 15 de octubre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa de dicho Tribunal (caso: ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas), reprodujo un extracto de dicha decisión en los términos siguientes:

*“(...) la posibilidad de que los funcionarios jubilados vuelvan a desempeñar funciones públicas, debe contemplarse como una manifestación del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, (...) **el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, ya que de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio (...) no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado, ambos beneficios sólo serán disfrutados para el momento en que la jubilación sea reactivada (...).”***

(Destacado y subrayado nuestros)

Asimismo, la decisión proferida por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, también precisó que:

*“Como supuestos relacionados **con el órgano o ente que recibe al funcionario que reingresa a la Administración Pública** -en el presente caso el Ministerio Público-, los siguientes:*

- (i) El ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, deberá asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, **si así expresamente lo reconoce su estatuto.***
- (ii) El reingreso de un funcionario jubilado a la Administración Pública como personal activo, no lo excluye del régimen general que tutela sus derechos como trabajador -desde el punto de vista constitucional y legal- y, en consecuencia, al derecho de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, las cuales de conformidad con la normativa aplicable corresponden al órgano u ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público), salvo el supuesto de pagos previos por otros organismos y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.*
- (iii) En caso de asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.*
- (iv) Si el órgano o ente en el cual reingresa un jubilado a la Administración Pública, **permite según sus estatutos** que se le conceda al jubilado un complemento de la jubilación, la misma es procedente y no implica la renuncia de la jubilación ya otorgada. Pero en este supuesto, no procede un recálculo de la pensión de jubilación, a cargo del ente u órgano que otorgó originalmente la jubilación.” (Destacado y subrayado nuestros)*

Por otra parte, en cuanto **al órgano o ente que otorga originalmente la jubilación y asume los pagos de la pensión correspondiente** –en el caso concreto, el extinto Consejo de la Judicatura, actualmente Dirección

Ejecutiva de la Magistratura-; se debe tener en consideración lo siguiente:

- (i) *El derecho del trabajador de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, corresponde satisfacerla al órgano o ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público) y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.*
- (ii) *En términos generales el recálculo sobre la base del último sueldo procede, siempre y cuando la participación como trabajador activo no sea consecuencia de la ocupación de un cargo como contratado en la Administración; es decir, el recálculo se producirá si se verifica efectivamente el reingreso del funcionario a la Administración Pública.*
- (iii) *En caso de que en el estatuto del órgano o ente en el que se produce el reingreso del funcionario jubilado se encuentre una prohibición de asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada; **el órgano u ente que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado del reingreso del funcionario a la Administración Pública.***
- (iv) *Considera esta Sala que en el supuesto en el que ambos órganos u entes -en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación- **se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso**, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico constitucional (derecho a la seguridad social), **por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación** -en el presente caso, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura-. (Destacado y subrayado nuestros)*

Con fundamento en lo anterior, en criterio de este Órgano Contralor el recálculo antes mencionado y el respectivo ajuste del monto de la pensión de jubilación, corresponde en **principio** al órgano que otorgó la

jubilación o bien al que ordinariamente tiene la obligación de cancelar dicha pensión, siempre que existan las previsiones presupuestarias correspondientes que permita la disponibilidad financiera a tal efecto, salvo que exista en la Empresa una normativa interna en materia de jubilaciones, tal como lo prevé el ya mencionado artículo 4 de la Ley del Estatuto, que admita conceder al jubilado un complemento de la jubilación, lo cual no implica la renuncia de la jubilación otorgada con anterioridad por el Ministerio competente, caso en el cual no procedería el recálculo de la pensión de jubilación a cargo de dicho Ministerio.

Así las cosas y en relación con el primer supuesto *ut supra* indicado, vale destacar que de los soportes documentales remitidos vía fax, se desprende la voluntad del Ministerio de conceder el recálculo de la jubilación, a que se refiere el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto, sin embargo hace una salvedad en cuanto al posterior ajuste de la jubilación (una vez efectuado el mencionado recálculo), en función del último cargo que desempeñó en la Administración Pública, antes de ser efectivamente jubilado por el extinto instituto, lo cual se fundamenta en el contenido del artículo 13 de la Ley del Estatuto, según el cual “***El monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado o jubilada. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.***” (Destacado y subrayado nuestros). Dicho ajuste, tal y como se interpreta de la norma antes citada, es potestativo del Ministerio y comprende un concepto diferente al recálculo al cual tienen derecho los jubilados que luego de haber reingresado a la Administración Pública, cesan en dicho cargo, de conformidad con el Reglamento *in commento*.

Finalmente, se menciona en la consulta que en la empresa las jubilaciones se otorgan a través de un Fondo de Jubilación, pero no precisa si desde su ingreso ha realizado aporte alguno a dicho Fondo. Sin embargo, es conveniente indicar que el funcionario jubilado que reingresa a un órgano o ente público, no está obligado a efectuar cotizaciones a dicho Fondo, tal como se desprende del artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto, caso contrario, le correspondería a la empresa reintegrar las sumas aportadas por tal concepto, toda vez que

tales contribuciones carecerían de sentido y sustento jurídico, puesto que goza de una pensión de jubilación otorgada con anterioridad por el extinto Instituto, y el fin de dichos aportes realizados en su oportunidad, fue cumplido.

Oficio N° 04-00-018 del 02 de febrero de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad de que el personal obrero jubilado de la Contraloría General de la República pueda reingresar a la Administración Pública Nacional.*

**El personal obrero jubilado de la Contraloría General de la República puede reingresar a un órgano o ente de la Administración Pública, en cuyo caso el pago de la pensión de jubilación acordada será suspendida mientras dure en el ejercicio del cargo, y al producirse el egreso le será reactivado el pago de la referida pensión, recalculándose con base al sueldo mensual percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.**

Memorando N° 04-00-088 del 13 de febrero de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, en relación a la posibilidad de que el personal obrero jubilado de este Organismo Contralor, pueda reingresar a la Administración Pública Nacional, con fundamento en lo estipulado en la Cláusula 58 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez analizados los regímenes de jubilaciones aplicables, es decir, el del órgano donde egresó como donde ingresaría, esta Dirección esboza lo siguiente:

Los servicios prestados por el personal obrero de la Contraloría General de la República, se rige por la vigente Convención Colectiva de Trabajo (1998-1999), tal como se desprende de su ámbito subjetivo de aplicación establecido en la cláusula N° 2.

Así tenemos que la referida Convención prevé en su cláusula N° 58 el beneficio de jubilación y de pensión para los trabajadores (obreros) de este Organismo y de pensión de sobrevivientes para sus familiares, estableciéndose en sus diferentes numerales normas referentes a los requisitos, cálculo, porcentaje aplicable, entre otras.

En lo que se refiere al reingreso de un obrero jubilado de la Contraloría General a la Administración Pública, el numeral 13 del artículo 58 de la Convención *in commento* dispone lo siguiente:

*“El pago de la jubilación o pensión acordada a un trabajador por la Contraloría, le será suspendido si llegara a desempeñar cargo remunerado en cualquier Organismo Público Nacional, Estadal o Municipal, mientras dure en el ejercicio del*



*cargo. El beneficiario tendrá derecho previa comprobación, a que el pago le sea restablecido al cesar las funciones que determinaron la suspensión.” (Subrayado nuestro)*

De la disposición antes citada se desprende, que el obrero en su condición de jubilado de la Contraloría General de la República puede reingresar a la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, sin embargo, la norma establece una incompatibilidad al contemplar que el pago de la pensión de jubilación debe ser suspendido cuando dicha persona ingrese a desempeñar un cargo remunerado, el cual será restablecido una vez que cese en el ejercicio de dicho cargo.

Como puede observarse, la incompatibilidad prevista en la Convención Colectiva, está referida al disfrute de una remuneración proveniente del ejercicio de un cargo público (de forma general) y el pago de una pensión de jubilación correspondiente a un obrero de este Organismo.

Ahora bien, la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>1</sup>, establece en su artículo 12 que el jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de dicha Ley, salvo cuando se trate de cargos de libre nombramiento y remoción o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>2</sup>, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del vigente Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones<sup>3</sup>, el cual además de ratificar lo antes expuesto, señala que el pago de la jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos antes señalados y, mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en la Ley. Al producirse el egreso, el jubilado tendrá derecho a que se le restituya el pago de la pensión, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.

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

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

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

Al respecto se observa por una parte, que bajo este régimen el reingreso de un jubilado a la Administración Pública, (la norma no distingue entre funcionario u obrero), sólo es posible a un cargo de libre nombramiento y remoción o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual comprende una primera limitación al respecto, en tanto, no es permisible el reingreso de un jubilado a un cargo de carrera o por concurso público, haciendo la salvedad de que dicha prohibición no abarca al personal que reingrese a la Administración Pública, mediante contrato, siempre y cuando, se trate de personal altamente calificado para realizar tareas específicas y a tiempo determinado, ya que el contrato, no es la vía idónea para el ingreso a la Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 de la mencionada Ley del Estatuto de la Función Pública, caso en el cual no sería obligatorio suspender el pago de la pensión de jubilación otorgada, tal como se desprende del contenido de la sentencia N° 1.022 (caso Carmen Susana Urea Melchor) de fecha 31 de julio del año 2002, proferida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en los términos siguientes:

*“(v) Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos -**distintos a la figura de contratado**- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo al que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado. **Este beneficio excluye a los funcionarios públicos jubilados que hayan prestado servicios en calidad de contratados.**” (Destacado nuestro)*

Así las cosas, de producirse el reingreso en los cargos antes enunciados, el pago de la pensión de jubilación debe ser suspendida, para lo cual el organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al organismo o ente que le otorgó la jubilación a los efectos de la referida suspensión.

Al respecto, es necesario precisar que el artículo 46 del vigente Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, establece que cuando se

trate de jubilaciones otorgadas conforme a leyes distintas de la Ley del Estatuto y, por tanto exceptuadas de su ámbito de aplicación, el jubilado puede reingresar al servicio de alguno de los organismos o entes señalados en dicha Ley, sólo en los cargos de libre nombramiento y remoción o en cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales, **en cuyo caso el pago de la pensión de jubilación no será suspendido.**

Sin embargo, no puede obviarse que el régimen (Convención Colectiva) aplicable a los obreros en su condición de jubilados de este Organismo, prevé que la jubilación o pensión acordada, le será suspendida si llegaren a desempeñar cargos remunerados en cualquier Organismo Público Nacional, Estatal o Municipal, mientras dure en el ejercicio del cargo, por lo que pese a la salvedad contenida en el referido artículo 46 del Reglamento de la Ley del Estatuto, bajo este escenario normativo, si es obligatoria la suspensión del pago de la pensión de jubilación.

Ahora bien, al producirse el egreso del cargo desempeñado, debe restituirse al obrero jubilado el pago de la pensión. Al respecto, cabe destacar que la Convención Colectiva, no prevé disposición alguna, en torno al recálculo del monto de la pensión, con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.

En tal sentido, pese a que el numeral 14 de la Convención Colectiva, prevé que *“Las partes convienen que si la Contraloría General de la República dictare normas destinadas a regular las jubilaciones y pensiones de sus funcionarios, éstas se aplicarán también a sus obreros, siempre y cuando las mismas resulten más favorables al régimen integral establecido en esta Cláusula”* (Subrayado nuestro), el artículo 8 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República<sup>4</sup> sólo prevé el recálculo del monto de la pensión de jubilación con base al sueldo mensual percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado, cuando se trate del reingreso de jubilados por la Contraloría a este Organismo, sin mencionar la circunstancia que el mismo ocurra en otro órgano o entidad del Sector Público.

Sin embargo, a juicio de ésta Dirección General mal podría ignorarse la existencia del derecho a recálculo del monto de la pensión de

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

jubilación que detentan los funcionarios y obreros jubilados de esta Contraloría, una vez egresados de un nuevo cargo desempeñado en la Administración Pública (*latu sensu*), lo cual se fundamenta en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece el derecho de todas las personas a la seguridad social y en este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia que anuló la decisión N° 01556 del 15 de octubre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa (caso: ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas), reproduce un extracto de dicha decisión en los términos siguientes:

*“(...) la posibilidad de que los funcionarios jubilados vuelvan a desempeñar funciones públicas, debe contemplarse como una manifestación del mandato constitucional de **no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, (...) el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, ya que de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio (...) no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado, ambos beneficios sólo serán disfrutados para el momento en que la jubilación sea reactivada (...).**”* (Destacado nuestro)

Asimismo, la decisión proferida por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, también precisó que:

*“(...) en el supuesto en el que ambos órganos u entes -en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación- **se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico constitucional (derecho a la seguridad social), por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación (...).**”* (Destacado nuestro)

Con fundamento en lo antes expuesto, consideramos que el personal obrero de este Organismo Contralor, puede reingresar a un órgano o ente de la Administración Pública, en cuyo caso, el pago de la pensión de jubilación acordada será suspendida, mientras dure en el ejercicio del cargo y al producirse el egreso del mismo, le será reactivado el pago de la referida pensión, recalculándose con base al sueldo mensual percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado, conforme a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 58 de la vigente Convención Colectiva de Trabajo y el artículo 8 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República.

Memorando N° 04-00-088 del 13 de febrero de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Los trabajadores de las empresas del Estado están exceptuados de la aplicación 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 siempre que tengan establecido un régimen de jubilación distinto.*

**De conformidad con lo establecido en el artículo 4 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, las empresas del Estado están exceptuadas de su aplicación, siempre y cuando tengan un régimen jurídico distinto, por ello los trabajadores de PDVSA no le es aplicable esta Ley toda vez que están sujetos a las disposiciones contenidas en régimen de jubilación establecido por dicha empresa.**

**No obstante, esta empresa a los fines de otorgar el beneficio de jubilación está obligada a reconocer la antigüedad en cualquier órgano o ente de la Administración Pública siempre que cumplan con el mínimo de cotizaciones exigido.**

Memorando N° 04-00-305 del 24 de marzo de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la aplicación 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 a las empresas del Estado particularmente a los trabajadores de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA). Asimismo se requiere precisar si a los efectos de otorgarse el beneficio de jubilación, existe la obligación de reconocer a los citados trabajadores la antigüedad en cualquier órgano o ente de la Administración Pública.

Analizada la normativa que regula el asunto consultado en concordancia con la jurisprudencia y doctrina aplicable, esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

La materia de jubilaciones y pensiones es de reserva legal y más específicamente de la Ley nacional, tal como lo dispone el tercer aparte del artículo 147 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual la Ley nacional regularía el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, salvo las excepciones establecidas por el legislador, tal como se indicará posteriormente.

Así tenemos, que la normativa (nacional) que regula dicha materia es la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>1</sup> (última modificación) y su vigente Reglamento<sup>2</sup>, la cual fue dictada en ejecución de lo previsto en los artículos 156, numerales 22 y 32 en concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Carta Magna, los cuales establecen que es competencia del Poder Público Nacional el régimen y organización del sistema de seguridad social y que corresponde a la Asamblea Nacional, la legislación en esa materia.

Ahora bien, cabe indicar que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley *in commento* se encuentra previsto en el artículo 2, dentro del cual se señala en su numeral 5, a las empresas en las cuales alguno de los organismos del Sector Público tenga por lo menos el 50% de su capital social, por lo que en principio tales entes descentralizados funcionalmente, estarían sometidos a la referida normativa.

Sin embargo, es importante traer a colación el contenido del artículo 4 *eiusdem*, cuyo texto señala lo siguiente:

*“Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los organismos o categorías de funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las **empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes.** En ambos casos, deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo con las respectivas leyes y, en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esa Ley, se equiparán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral.”* (Destacado y subrayado nuestros)

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.

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

Como puede observarse, la propia Ley del Estatuto prevé excepciones respecto a su aplicación, dentro de las cuales encontramos aquellos organismos o categorías de funcionarios o empleados cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales, las empresas del Estado, así como las demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido su propio sistema de jubilación en ejecución de dichas leyes. Asimismo, cabe destacar que no están sujetos a las disposiciones de esta Ley, algunos entes con autonomía funcional, tales como el Tribunal Supremo de Justicia, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y el Consejo Nacional Electoral.

Así las cosas, en el caso concreto de la empresa Petróleos de Venezuela S.A., tenemos que de conformidad con lo previsto en el Decreto N° 2.184 del 10 de diciembre de 2002, contentivo del Acta Constitutiva-Estatutos de la referida empresa, (última reforma publicada)<sup>3</sup>, la misma es una empresa estatal, bajo la forma de sociedad anónima con un capital social suscrito y totalmente pagado por la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre la naturaleza jurídica de Petróleos de Venezuela S.A., es oportuno indicar lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1185 de fecha 17 de junio de 2004, en la cual sostuvo que:

*“En una primera aproximación, como se señalase anteriormente, Petróleos de Venezuela S.A., es una empresa del Estado constituida como una persona jurídica con forma de derecho privado que se caracteriza por la titularidad de su control accionario, pertenece en su totalidad al Estado venezolano, y además, es creada y conformada bajo una forma de derecho privado (sociedad anónima) por lo que, su régimen interno y de relaciones laborales debe equipararse con respecto a los trabajadores ubicados dentro del mismo sector privado. Ello porque si bien la industria petrolera, por ser una empresa del Estado puede calificar como Administración*

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.081 del 07 de diciembre de 2004.



*Descentralizada Funcionalmente, su personal no puede comprenderse bajo el esquema estatutario del otrora sistema de la carrera administrativa ni tampoco dentro de la regulación vigente de la función pública, pues no ejercen funciones públicas, sino más bien su actividad es privada, dentro del marco de las actividades empresariales realizadas por el Estado Venezolano. A esto debe considerársele, además que la disposición derogada del artículo 8 de la extinta Ley que reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos, hacía remisión expresa a que los trabajadores de la industria petrolera se regían por las previsiones generales de la legislación laboral, artículo que no se reiteró expresamente pero se dejó la salvedad general de aplicabilidad de las normas de derecho privado, tal como lo dispone el artículo 29 del vigente Decreto Legislativo: ‘Las empresas petroleras estatales se regirán por el presente Decreto Ley (sic) y su Reglamento, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas y por las de derecho común que les sean aplicables’. En razón de no mediar una nueva disposición especial en la materia, y remitida al marco del derecho común las materias aplicables, los trabajadores petroleros son objeto de regulación del marco laboral general.’ (...) (Subrayado nuestro)*

Al respecto cabe señalar que Petróleos de Venezuela S.A., constituye un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional, **que en principio** estaría incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley del Estatuto. No obstante, se observa que ésta se encuentra dentro de la excepción prevista en el citado artículo 4 de la Ley *in commento*, toda vez que dicho régimen de pensiones y jubilaciones deriva de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (última reforma publicada)<sup>4</sup>, cuyo artículo 32 establece:

*“Los trabajadores y trabajadoras de las empresas petroleras estatales, con excepción de los integrantes de las Juntas Directivas de las empresas, gozarán de estabili-*

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.943 del 04 de agosto de 2006.

*dad en el trabajo y sólo podrán ser despedidos por las causales expresamente consagradas en la legislación laboral. Igualmente, el **Estado garantizará el régimen actual de contratación colectiva y el goce de las reivindicaciones sociales**, económicas, asistenciales, sindicales, de mejoramiento profesional **y todas aquellas establecidas en la contratación colectiva** y en la legislación laboral, así como aquellos bonos o primas y demás percepciones y emolumentos que, como incentivo a la eficiencia y que por uso y costumbre y por aplicación de normas de administración de personal, **tradicionalmente vienen disfrutando los trabajadores conforme a la política seguida por las empresas en esa materia**. Asimismo, el **Estado garantizará el disfrute de los planes de jubilación y sus respectivas pensiones para los trabajadores jubilados antes de la promulgación (sic)**. **Estos planes de jubilación, así como también todos los otros planes de beneficio al trabajador instituidos por las empresas, incluidos los de fondos de ahorros de los trabajadores se mantendrán en vigencia y sin perjuicio de la contratación colectiva.**” (Destacado y subrayado nuestros)*

(Omissis)

Así las cosas, Petróleos de Venezuela S.A., cuenta con su propio régimen de jubilación, establecido en la vigente Contratación Colectiva de Trabajo 2005-2007 y en el Plan de Jubilación del 28 de Octubre de 2000, en los cuales se prevé que el régimen de jubilación se materializará mediante una cuenta de capitalización individual (Fideicomiso) a nombre de cada trabajador, la cual estará conformada por una cotización mensual obligatoria, equivalente al nueve por ciento (9%) del Salario Normal que devengue el trabajador como aporte de la Empresa y el tres por ciento (3%) de ese mismo concepto, como aporte del trabajador beneficiario, así como los aportes voluntarios del trabajador y de la empresa, depositados mensualmente durante la relación laboral, en ejecución de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley nacional), tal como fue reconocido por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión

proferida por la Sala de Casación Social en Sentencia N° 0515 de fecha 31 de mayo de 2005 (Exp. N° 04-1757), la cual estableció lo siguiente:

(Omissis)

*“En este sentido, sustentado el pedimento libelar por reajuste de pensión de jubilación y otros conceptos 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, la Sala observa, que en virtud de que PDVSA, S.A., es una empresa revestida con la forma de sociedad anónima, en la que el Estado Venezolano tiene el 100% de la propiedad de su capital social, y que por otro lado, **en ejecución de las Leyes Nacionales tiene establecido su propio régimen de jubilación en contrataciones colectivas y/o planes especiales de jubilación, lo cual además es un hecho admitido por las partes en el proceso.**”* (Destacado y subrayado nuestros)

Asimismo, cabe precisar que en nuestro criterio, la empresa Petróleos de Venezuela S.A., tampoco entraría dentro de la previsión establecida en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social<sup>5</sup>, según la cual: *“A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, los trabajadores que ingresen al servicio del Estado no podrán afiliarse a regímenes especiales, preexistentes, de jubilaciones y pensiones del sector público financiados total o parcialmente por el Fisco Nacional distintos al Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas.”* (Subrayado nuestro), por cuanto el régimen de jubilación establecido por la referida Empresa es de tipo contributivo, que se materializa a través de una cuenta de capitalización individual a nombre de cada trabajador, en la que Petróleos de Venezuela S.A., aporta el 9% de su propio patrimonio, en tanto es una persona jurídica distinta a la República y por ende su peculio, no forma parte de la Hacienda Pública Nacional, anteriormente Fisco Nacional, por lo cual entendemos que estamos en presencia de un régimen especial, preexistente de jubilación privado pero que no es financiado por la Hacienda Pública Nacional, y en tal sentido no le resultaría aplicable tal disposición a la referida empresa.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.600 del 13 de diciembre de 2002.

Con fundamento en lo anterior, consideramos que los trabajadores de la empresa Petróleos de Venezuela S.A., están sujetos a la aplicación de las disposiciones contenidas en su propio régimen de jubilación establecido a tal efecto por dicha empresa.

Consideración aparte merece, el planteamiento formulado relativo a que si a los fines de otorgar el beneficio de jubilación, Petróleos de Venezuela S.A., está obligada a reconocer a los citados trabajadores la antigüedad en cualquier órgano o ente de la Administración Pública, cabe indicar que en el campo del Derecho Público, la institución de la antigüedad en el servicio, tiene una importancia trascendental, así, la autora Armida Quintana Matos<sup>6</sup>, la define como “*la permanencia del funcionario al servicio del Estado colaborando en la consecución de los cometidos que son propios a éste.*”

Como antecedente de esta institución, cabe señalar que desde su previsión por primera vez, en la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970<sup>7</sup>, y luego en su Reforma de 1975<sup>8</sup>, la antigüedad, ha sido objeto de diversos debates en la doctrina administrativa y muy especialmente en lo que se refería al derecho que tenían los funcionarios públicos de percibir la entonces indemnización de antigüedad establecida en el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa- hoy día prestación de antigüedad, sobre aspectos relativos a la clase de cargo (carrera, libre nombramiento y remoción o de elección popular) o bien, en torno al motivo del retiro de la Administración Pública (reducción de personal, jubilación, destitución o renuncia).

En este sentido, el artículo 51 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1975, establecía que “*Cuando ingrese a la carrera quien haya estado con anterioridad al servicio de un organismo público, **el tiempo transcurrido en los cargos anteriores, será considerado a los efectos de la antigüedad en el servicio.***” (Destacado nuestro)

En atención a la norma antes citada y respecto a la continuidad en la prestación de la función pública, la autora Quintana Matos, sostuvo que “*(...) dada la especial naturaleza de la relación entre el empleado*

6 Obra: La Carrera Administrativa. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980. p.84.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 1.428 Extraordinario del 04 de septiembre de 1970.

8 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 1.475 Extraordinario del 23 de mayo de 1975.

*y el ente público, desechamos la aplicación en el sector público de la estimación que el legislador laboral hizo acerca de que los lapsos de servicio deben ser ininterrumpidos. Ello en razón de que el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa prevé genéricamente que cualquier lapso de servicio prestado por el funcionario es computable a los efectos del cálculo de su antigüedad. Por otra parte, la prestación de los servicios puede haber sido hecha a cualesquiera organismos públicos, nacionales, estatales o municipales.*” (Subrayado nuestro)

En este mismo orden, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se pronunció en diversas oportunidades (Sentencia del 25 de junio de 1975, 23 de marzo y 24 de mayo de 1979, entre otras), sobre el concepto de antigüedad, estableciendo que es la suma de los lapsos de servicio prestados por el funcionario en organismos públicos, en tanto se entiende, que en definitiva el patrono es el mismo Estado y la función pública es una sola, sea ésta desempeñada a nivel nacional, estatal, municipal o distrital.

El concepto de antigüedad así consagrado, constituyó el factor primordial del reconocimiento de varios de los derechos que la Ley acuerda al funcionario público.

En efecto, la antigüedad es valorada –como la suma de todo el tiempo trabajado en los órganos y entes del Poder Público (*latu sensu*), aunque hubiere mediado interrupción en la prestación del servicio–, a los fines de determinar el alcance y la cuantía de otros derechos que les corresponden a los funcionarios públicos, tales como la jubilación, días de vacación y el correspondiente bono vacacional, ascensos, prestaciones sociales y, en algunos casos en los que se encuentre previsto en el órgano o ente respectivo, el pago de la prima de antigüedad, así como otros beneficios, tales como préstamos institucionales para adquisición de vivienda.

Así las cosas, en relación a la antigüedad que debe ser considerada para otorgar el beneficio de jubilación, el artículo 10 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, prevé lo siguiente:

*“La antigüedad en el servicio a ser tomada en cuenta para el otorgamiento del beneficio de jubilación será la que*

*resulte de computar los años de servicios prestados en forma ininterrumpida o no, en órganos y entes de la Administración Pública. La fracción mayor de ocho (8) meses se computará como un (1) año de servicio.*

*A los efectos de este artículo, se tomará todo el tiempo de servicio prestado en la Administración Pública como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada, siempre que el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del órgano o ente en el cual se prestó el servicio. Cuando por la naturaleza misma del servicio rija un horario especial, el órgano o ente que otorgará el beneficio de jubilación deberá pronunciarse sobre los extremos exigidos en este artículo.*

*En el caso que al funcionario o funcionaria se le compute el tiempo laborado como obrero u obrera para el otorgamiento del beneficio de jubilación, el mismo deberá cumplir con el número mínimo de cotizaciones previstas en el Parágrafo Primero del artículo 3 de esta Ley.” (Destacado y subrayado nuestros)*

Como puede observarse, la institución de la antigüedad en el servicio, resulta fundamental para el otorgamiento del beneficio de jubilación, destacando que la intención expresa del legislador es reconocer los años de servicio ininterrumpidos o no en los órganos y entes (empresas del Estado) de la Administración Pública (latu sensu), sea que la persona se haya desempeñado como funcionario, empleado u obrero e inclusive contratado, siempre y cuando el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del órgano o ente en el cual se prestó el servicio. De tal manera, que la previsión de este concepto resulta a todas luces amplia en cuanto a los elementos que la componen. Cabe destacar que el artículo 17 del vigente Reglamento de la Ley del Estatuto también contiene una disposición expresa sobre el particular.

En ese orden de ideas, la autora Hilda Rodríguez<sup>9</sup> sostiene que: “(...) *la antigüedad a ser tomada en consideración para el otorgamiento*

---

<sup>9</sup> Obra: Jubilaciones y Pensiones en la Administración Pública. Paredes Editores. Caracas-Venezuela, 1994. p. 134.

*de la jubilación será la que resulte de sumar todos los lapsos de servicio prestados en la Administración Pública, sea ésta nacional, estatal o municipal, independientemente de los organismos en los cuales se hayan prestado los servicios. Igualmente resulta irrelevante, de conformidad con la normativa legal, la condición de continuidad o no que haya revestido la prestación de la función pública (...)*”, salvo los docentes que tienen un régimen especial aplicable, lo cual comprende una excepción al principio general enunciado por la autora *in commento*.

Ahora bien, cabe indicar que el vigente Plan de Jubilación de Petróleos de Venezuela S.A., establece en la Sección XII **REGLAS GENERALES**, específicamente en el literal a) el Reconocimiento de Años de Servicio Acreditado, a los fines del otorgamiento de la jubilación, en la cual no se contempla el servicio prestado en cualesquiera de los demás órganos y entes de la Administración Pública (lato sensu), vale decir, el servicio prestado en otro órgano o ente del sector público con anterioridad al ingreso del trabajador en PDVSA no es tomado en cuenta por dicha empresa petrolera, a los fines de conceder el beneficio de jubilación.

Al respecto, consideramos que si bien es cierto que las normas mencionadas en torno al concepto de antigüedad corresponden a la Ley del Estatuto de Jubilaciones, normativa ésta que en principio no se aplica a los trabajadores de Petróleos de Venezuela S.A., toda vez que dicha empresa tiene establecido su propio régimen de jubilación, a través de contratación colectiva (ley entre las partes), tal como se indicó anteriormente, no es menos, que dicho sistema de jubilación se estableció en ejecución de la Ley nacional (Ley Orgánica de Hidrocarburos), por lo que sus disposiciones pueden ser más favorables a las contenidas en la Ley del Estatuto de Jubilaciones pero nunca inferiores a las previstas en ésta última, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley *in commento*, según el cual “(...) 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 esa Ley, se equiparán a los aquí establecidos.” (Subrayado nuestro). Ello es así, en tanto el beneficio de jubilación constituye un derecho de todas las personas a la seguridad social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Magna y corresponde al Estado venezolano, asegurar la efectividad de este derecho.

Tal situación fue reconocida por la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, mediante sentencia N° 04260 de fecha 15 de junio de 2005 (Exp. N° 2005-1592. Caso: EDELCA) estableciendo lo siguiente:

(Omissis)

*“En consecuencia la Ley en referencia, no será aplicable a aquellas empresas del Estado, que posean regímenes especiales de jubilación creados en ejecución de lo establecido en leyes nacionales, a menos que consagren beneficios inferiores a los previstos legalmente, estando obligados a equipararlos a ella; por lo que, el régimen laboral aplicable en el caso de personal jubilado de las empresas del Estado, es un régimen mixto, que se traduce en el reconocimiento de ciertos derechos iguales a los de los funcionarios públicos, en aquellos casos en los que no se encuentre determinado en las convenciones colectivas del trabajo.”* (Subrayado nuestro)

Asimismo, la Sala de Casación Social ratificó el criterio anterior, tal como se desprende del contenido de la decisión N° 1209 proferida en fecha 31 de julio de 2006 ( Exp. N° 06-257. Caso: CADAFE), cuyo texto expresa:

*“Pues bien, en sintonía con lo anterior, nuestro ordenamiento laboral en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo en su última aparte preceptúa, como bien lo señala el juez de la recurrida, la teoría del conglobamiento, empero, esto debe entenderse, como la aplicación de la teoría del conglobamiento parcial o de inescindibilidad, la cual, tomando como fundamento lo expuesto en la transcripción precedentemente expuesta, conllevaría a que la norma a aplicar lo sería en su integridad como un todo inescindible pero sólo respecto a una institución.*

*En el caso que nos ocupa, el punto esencial se encuentra entonces en determinar cuál es la norma o cuales son el cúmulo de normas aplicables al caso en concreto, sí la de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensio-*



nes de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios, o la de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al momento de la terminación de la relación de trabajo.

*En efecto, observa esta Sala, como así también lo observó el juez superior, que las disposiciones respecto al régimen de jubilación contenida en la convención colectiva de trabajo 1994/ 1997 son en su conjunto superiores económicamente a las contempladas en la Ley. En este sentido, la doctrina ha dicho, que en el caso de que el convenio colectivo vaya más allá de la complementación o franca suplementación del ordenamiento legal, las alteraciones que introduzcan serán válidas si la resultante es, según el cotejo efectuado respecto de cada institución, más favorable, aun cuando algún aspecto de ese nuevo producto institucional sea dentro una percepción aislada menos beneficioso, doctrina denominada del equilibrio interno del convenio. (Ojeda Aviles. Derecho Sindical)*

Sin embargo, y aquí volvemos nuevamente a la regla de la norma mínima por efecto de su imperatividad, si dentro de la convención colectiva es desmejorada una norma fundamental dentro del cúmulo normativo de superior rango (la Ley) para la construcción de las normas convencionales, inmediatamente la sanción sería la de tener como ineficaz la correspondiente cláusula contractual. Es decir, si alguna disposición de la Convención Colectiva no realiza con mayor plenitud el objetivo perseguido por la norma imperativa, debe tenerse entonces como ineficaz dicha norma convencional, aplicándose por consiguiente lo establecido en la Ley, aun y cuando la convención colectiva contenga condiciones cuantitativas más superiores.

Por consiguiente, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, atendiendo lo dispuesto en los artículos 59 de la Ley Orgánica del Trabajo y 6° de su reglamento, es decir, con fundamento al principio general de la jerarquía normativa, el principio de favor y de la teoría del conglomamiento orgá-

nico, se concluye, que para el caso que nos ocupa, 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 Municipio, constituye la norma mínima aplicable con preferencia a la Convención Colectiva 1994/1997 y sus anexos, ocurriendo por consiguiente la ineficacia de esta última.

Ahora bien, la determinación en que a una situación concreta debe aplicarse una norma con preferencia a otra, por ser aquélla más ventajosa para el trabajador, no enerva la validez, ni afecta la vigencia de ésta. En suma, no la deroga; tan solo señala que esta norma no se aplica a este caso concreto sino aquella, pero que conserva su vigencia y validez para cualesquiera otros casos en los que no colisiona con otras normas, o en su aplicación específica, puede resultar, a su vez, más favorable.” (Subrayado nuestro)

Aplicando lo dispuesto en la sentencia transcrita al caso que nos ocupa, consideramos que la contratación colectiva de Petróleos de Venezuela S.A., en su conjunto, contiene mayores beneficios económicos que la Ley del Estatuto. Sin embargo, en un aspecto fundamental para el otorgamiento del beneficio de jubilación se aparta de lo dispuesto en la normativa aplicable con preferencia a la convención colectiva, y por lo tanto, a nuestro juicio lo previsto en la referida Ley en torno al reconocimiento de todo el tiempo de servicio prestado en cualquier órgano o ente del sector público, ubicado en cualesquiera de los tres niveles políticos territoriales (municipal, estatal y nacional), en calidad de funcionario, empleado, obrero o contratado, a los fines de determinar la antigüedad respectiva, debería en principio prevalecer en este aspecto sobre la convención colectiva. No obstante, considerando que se trata de un régimen contributivo el aplicado en la empresa, el trabajador que no tenga el mínimo de años de servicio en la referida empresa (como se especifica para los funcionarios del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, antes Ministerio de Energía y Minas, los cuales deben contar con un mínimo de 10 años de labores en PDVSA inmediatos y anteriores a la fecha normal de jubilación), debería hacer los aportes que se requieran conforme a lo previsto en la convención, a los fines de

equipararse a las condiciones obtenidas por el resto de personal que opta por el beneficio de jubilación.

A tal efecto, el “Esquema para Efectuar Aporte al Plan de Jubilación”, que acompaña la convención colectiva, prevé las situaciones que pueden presentarse con los aportes al momento de la jubilación y la solución respectiva, entre la cual se encuentra:

*“Que para dicho momento el saldo de su aporte programado más intereses acreditados sea inferior al monto total del aporte que éste requiera efectuar. En este caso, deberá depositar en la cuenta que se le indique, la diferencia correspondiente para poder hacerse acreedor a la pensión de jubilación.”* (Subrayado nuestro)

Asimismo, es importante mencionar a título ilustrativo que de conformidad a lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 3 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones antes mencionado, para que nazca el derecho a la jubilación será necesario, en todo caso, que el funcionario o empleado haya efectuado no menos de sesenta (60) cotizaciones mensuales. De no reunir este requisito, la persona que desee gozar de la jubilación deberá contribuir con la suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones, la cual será deducible de las prestaciones sociales que reciba al término de su relación de trabajo, o deducible mensualmente de la pensión de jubilación que perciba.

En tal sentido, correspondería a la empresa en cuestión, valorar dicha situación a la luz de la normativa y el criterio jurisprudencial aplicable, teniendo por norte el respeto del Derecho a la Seguridad Social previsto en la Carta Fundamental.

Memorando N° 04-00-305 del 24 de marzo de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad de exigir la Declaración Jurada de Patrimonio al personal obrero.*

**Están obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio en las oportunidades que establece la Ley Contra la Corrupción, los obreros que manejan, custodian, administran, vigilan talleres, depósitos y en general los que tienen posibilidad de decidir sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles del ente u organismo toda vez que ejercen una actividad propia de la función pública.**

Memorando N° 04-00-368 del 11 de mayo de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a si la normativa en materia de declaraciones juradas de patrimonio es aplicable al personal obrero que ingresa a una institución a cumplir tareas relacionadas con bienes y almacenes. Una vez analizada la situación planteada, esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

La Ley Contra la Corrupción<sup>1</sup> contempla la “Regla General” en cuanto a las oportunidades para la presentación de la declaración jurada de patrimonio, así pues, el artículo 23 señala que 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 consideradas funcionarios públicos por el artículo 3 de la referida Ley, deberán presentar su declaración jurada de 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.

De allí que el Contralor General de la República en ejercicio de las potestades previstas en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup> en concordancia con el artículo 41, numeral 2 de la Ley Contra la Corrupción dictó la Resolución N° 01-00-001 de fecha 09 enero de 2006<sup>3</sup>, relativa al “Régimen General de las Declaraciones Juradas de Patrimonio y las personas exceptuadas de presentarla”, en la cual consagró en el artículo 9, en forma taxativa la excepción de esta regla al señalar lo siguiente:

---

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril de 2003.

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.354 del 10 de enero de 2006.

**“Artículo 9.** *Estarán exceptuados de presentar declaración jurada de patrimonio en las oportunidades establecidas en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley Contra la Corrupción:*

(...)

**3. El personal obrero, salvo aquellos integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales (...).”**

(Destacado nuestro)

De allí que, si bien es cierto que en principio los obreros de los órganos y entes del Sector Público, están exceptuados de presentar la declaración jurada de patrimonio, salvo que integren *las directivas de las organizaciones sindicales*, de conformidad con lo previsto en el citado numeral 3 del artículo 9 de la Resolución en comento, no lo es menos, que tales obreros tienen la responsabilidad de manejar o custodiar, es decir, el **encargo de administrar, vigilar talleres, depósitos y, en general, tienen la posibilidad de decidir sobre la recepción, suministro y entrega de bienes muebles del ente u organismo, respectivo**, y como tal ejercen una actividad propia de la función pública, por ello están obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio en las oportunidades que establece la Ley Contra la Corrupción, aún cuando se desempeñen como obreros.

Lo antes señalado, en nuestro criterio, no se aplicaría en aquellos casos en que el obrero sólo cumple tareas asignadas en los referidos talleres o depósitos sin la atribución de decidir sobre el destino de los bienes del ente u organismo.

En tal sentido, es necesario analizar cada caso en concreto según las circunstancias propias presentadas, siendo determinante evaluar la actividad desarrollada, o bien la situación de hecho en que se coloque una persona que asuma por cualquier circunstancia el manejo y custodia de los bienes públicos<sup>4</sup>, lo cual se explica, por la relevancia de las tareas encomendadas, sin que ello implique *per sé*, que debe ser considerado funcionario público.

---

<sup>4</sup> Ver Dictamen N° DGSJ-1-090 del 27 de junio de 1986 de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, publicado en los libros de Dictámenes Tomo IX, 1986-1987, pp. 102-104, sobre la procedencia de formular cargos a obreros que incurran en hechos susceptibles de originar averiguaciones administrativas, hoy día, supuestos generadores de responsabilidad administrativa.

Asimismo, cabe precisar que los conceptos de Directores y Administradores a que se refiere la Ley Contra la Corrupción, sólo aplicaría, si dichas funciones son realizadas en las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones creadas bajo la forma de derecho privado, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 de la aludida Ley.

A todo evento, es oportuno indicar que es potestad del Contralor General de la República, disponer la presentación periódica de declaraciones juradas de patrimonio a cargo de los funcionarios, empleados u obreros de las entidades señaladas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el Parágrafo Único del artículo 78 *eiusdem*, por lo que no podría descartarse totalmente, la posibilidad de que los obreros presenten la declaración jurada de patrimonio, particularmente, si éstos tienen la responsabilidad de manejar y custodiar bienes públicos.

Memorando N° 04-00-368 del 11 de mayo de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Imposibilidad de otorgar dualidad de contratos a un mismo profesional como persona natural y como jurídica.*

**Un profesional contratado a tiempo determinado por una entidad pública no puede suscribir simuladamente otro contrato con dicha entidad en representación de una persona jurídica en la cual es socio, pues se configuraría la figura de la persona interpuesta, a través de la cual el sujeto afectado por la prohibición va a recibir un provecho apreciable como resultado directo de la actividad contractual.**

Memorando N° 04-00-488 del 02 de julio de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, en relación a la posibilidad de que un profesional contratado a tiempo determinado por el Consejo Legislativo de un Estado firme otro contrato con el mismo Consejo en representación de una Compañía Anónima en la cual es socio.

Sobre el asunto consultado, estimamos conveniente indicar que ha sido criterio reiterado de esta Dirección General que la redacción actual del artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela acusa variantes respecto de sus antecedentes Constitucionales (artículos 47 de la Constitución de 1953 y 24 de la de 1961).

Sin embargo, resulta claro que esta disposición ha sido concebida como una limitación al principio de libertad de contratación, que abarca a todos cuantos estén al servicio de las personas jurídicas allí indicadas, a cuyo elenco se agregan las personas jurídicas de derecho privado estatales, que no se mencionaban expresamente en los antecedentes Constitucionales a los que hemos aludido. Entendemos igualmente, como se ha interpretado, según los precedentes señalados, que la prohibición de contratar se establece en relación con todas las personas indicadas en la norma y no sólo respecto a aquella a la que se preste servicio.

No obstante, dicha prohibición de contratar no es absoluta, pues como lo indica la misma norma admite excepciones establecidas legalmente, y en defecto de excepciones legales expresas, como por ejemplo, la que estuvo contenida en el artículo 16 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Administración Central<sup>1</sup>, estimamos que al aplicar dicha prohibición Constitucional (artículo 145), debe tenerse en cuenta que su finalidad es evitar que quienes estén al servicio del Estado valiéndose de

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.850 del 14 de diciembre de 1999.

esta condición, obtengan ventajas indebidas al contratar con el mismo, igualmente consideramos, que no procede aplicar la prohibición de contratar en desmedro de la operatividad de otras normas Constitucionales, como por ejemplo, las que consagran el derecho a la vivienda, a la salud o a los servicios básicos, (artículos 82 y 83) o la posibilidad de realizar expropiaciones por causa de utilidad pública sin que en estos casos u otros similares, la prohibición para contratar establecida en el artículo 145 Constitucional, encuentre fundamento en circunstancias o elementos de convicción o de prueba que permita afirmar que el servidor del Estado pretenda valerse de esa condición y obtener ventajas indebidas al contratar con el mismo. Tampoco sería posible, a nuestro juicio, aplicar dicha prohibición en aquellos casos en que resulte prácticamente imposible que operen tales circunstancias o conductas del servidor público, como eventualmente puede suceder con los contratos de adhesión.

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

Por ello concluimos que la prohibición establecida en el artículo 145 Constitucional, no es absoluta y está limitada tanto por las excepciones legales que puedan establecerse como por la finalidad del mismo dispositivo Constitucional, como es evitar que aquellos que presten servicios al Estado venezolano hagan uso de su posición para obtener beneficios indebidos o ilícitos, pues la amplitud con la cual fue redactada la norma constitucional permite extraer los postulados siguientes:

- La prohibición está dirigida a quienes “estén al servicio” del Estado, independientemente del carácter con que lo hagan y abarca no sólo a quienes sean funcionarios o empleados públicos.

Incluye además, a las personas interpuestas del servidor público y



se extiende a la contratación en representación de otro.

- Impide a los servidores públicos contratar válidamente con las personas jurídicas territoriales o extraterritoriales.
- Sólo por Ley pueden establecerse excepciones a esta prohibición de contratar.

Esta interpretación lógica sobre el carácter amplio y no restrictivo de la norma constitucional, revela que el propósito del Constituyente fue incluir dentro de esta prohibición a todos los servidores del Estado, lo que equivale a decir que ésta se extiende a quienes presten servicios en todas aquellas personas jurídicas estatales para cuya creación o constitución se hayan utilizado formas tanto de derecho público como privado.

El caso específico planteado alude a un profesional contratado para la realización de una tarea específica por un tiempo determinado, en ese sentido el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción, es claro al preceptuar que a los fines previstos en esa Ley se entiende como funcionario o empleado público a 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, por ello consideramos que el hecho de ser contratado no excluye al referido profesional del ámbito de aplicación de la norma, pues obviamente está al servicio de un ente público al cual se aplica la prohibición en comentario a los fines de evitar un conflicto de intereses en perjuicio del ente contratante.

Así pues, de conformidad con lo señalado precedentemente, no es posible que el profesional contratado suscriba simuladamente otro contrato con dicha entidad en representación de una persona jurídica en la cual es socio, pues obviamente se configuraría la figura de la persona interpuesta, a través de la cual el sujeto afectado por la prohibición va a recibir un provecho apreciable como resultado directo de la actividad contractual.

Memorando N° 04-00-488 del 02 de julio de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad de trasladar la pensión de jubilación al órgano o ente donde se produce el reingreso.*

**Es posible trasladar la pensión de jubilación, siempre que exista la voluntad del órgano o ente donde se produjo el reingreso de asumirla y la manifestación de voluntad del beneficiario de acogerse sólo a la jubilación que éste otorgaría, lo que implica la suspensión definitiva de la jubilación de origen a los fines de evitar la incompatibilidad de haberes pasivos establecida en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Oficio N° 01-00-000545 del 12 de septiembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la solicitud efectuada por un Ministerio, en relación a la disposición de asumir el traslado de la jubilación de una ciudadana jubilada por este Organismo Contralor, tomando como fundamento el criterio emanado de la Consultoría Jurídica del entonces Ministerio de Planificación y Desarrollo de fecha 30 de abril de 2002, así como el Oficio N° 0449 fechado 31 de julio de 2003, suscrito por la Procuradora General de la República para la época, a través de las cuales se consideró procedente el traslado de la jubilación en una situación similar.

Una vez examinado el planteamiento, es necesario señalar, que en materia de jubilaciones y pensiones este Organismo se rige por lo dispuesto en el Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, donde sólo se encuentra regulado de forma expresa el reingreso a este Organismo de sus propios jubilados, así como el reingreso de personas jubiladas por otros organismos o entes del sector público conforme a lo dispuesto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios- en adelante Ley del Estatuto de Jubilaciones-, así como por otras leyes o estatutos (artículos 8 y 9).

En el presente caso se trata de una persona jubilada por la Contraloría, cuyo reingreso se produjo en un cargo de libre nombramiento y remoción en un órgano de la Administración Pública Central, y, si atendemos a lo dispuesto en el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de esta Contraloría, observamos que la situación planteada no tiene

regulación expresa en dicha normativa, pues el referido Reglamento, sólo regula lo concerniente al reingreso en este Organismo de personas jubiladas por la propia Contraloría General de la República o por otros órganos o entidades del sector público, sin embargo, nada dispone en relación con el reingreso de sus jubilados en otros órganos o entidades, de manera que existe, un vacío normativo en esta materia.

En ese sentido, el Reglamento de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios aplicable al organismo donde se produjo el reingreso, establece en el último aparte del artículo 13, que al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo recibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado.

De manera que, aún cuando no esté expresamente establecido en el régimen que le acordó la jubilación, la existencia del derecho al recálculo de la pensión de jubilación, no cabe duda de que se trata de un derecho consagrado en el régimen general que vendría a ser la norma mínima aplicable con preferencia al Reglamento de Jubilaciones de este Organismo Contralor, por haber reingresado la prenombrada ciudadana en un organismo que en materia de jubilaciones se rige por lo dispuesto en Ley del Estatuto de Jubilaciones tomando en consideración, además que la jubilación es objeto de una esmerada regulación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que la reconoce en el artículo 86 como un beneficio de orden social que garantiza al trabajador un ingreso que le permita vivir dignamente pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado.

Así las cosas, vale destacar la voluntad del Ministerio, de asumir el “traslado de la jubilación” a ese organismo, apoyándose para ello en dictamen emanado de la Consultoría Jurídica del entonces Ministerio de Planificación y Desarrollo de fecha 30 de abril de 2002, así como en el contenido del Oficio N° 0449 fechado 31 de julio de 2003, suscrito por la Procuradora General de la República, los cuales se vinculan con

“transferencias o trasposos” de jubilaciones ocurridas entre organismos de la Administración Pública Nacional, término que comprende -strictu sensu- sólo a los órganos que conforman el Poder Ejecutivo conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y en el caso bajo examen el traslado o transferencia solicitada, se produciría entre dos órganos integrantes de Poderes Públicos distintos que se rigen en materia de jubilaciones por regímenes diferentes como ya lo señalamos.

Sin perjuicio de lo expuesto, queda a salvo la posibilidad de que la funcionaria, en ejercicio de su derecho a la escogencia del beneficio más favorable opte y manifieste su voluntad de acogerse sólo a la jubilación que le otorgaría el Ministerio, por serle más beneficiosa, y si ese Órgano considera la petición que ella le formulara en fecha 27 de abril del año en curso, como una **solicitud de jubilación** por cumplir los requisitos previstos en la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones, podría acordarla siempre y cuando en acatamiento a la prohibición contenida en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se solicite la suspensión definitiva de la pensión de jubilación previamente acordada por este Organismo Contralor, evitando así la incompatibilidad de haberes pasivos establecida en la norma citada, ya que la acumulación de pensiones por jubilación es incompatible y por consiguiente su cobro acumulativo está sujeto a reintegro.

De manera que, deberá solicitar a este Organismo Contralor la suspensión definitiva de la jubilación que le fuera otorgada y manifestar su voluntad de acogerse a la jubilación que le otorga el Ministerio por considerarla más beneficiosa para la satisfacción de sus necesidades básicas, y al efecto acompañar a su solicitud de suspensión definitiva, copia de la decisión que dicte ese Despacho Ministerial.

Oficio N° 01-00-000545 del 12 de septiembre de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Reingreso de una persona jubilada en calidad de obrero a la Administración Pública. Compatibilidad de la pensión de jubilación con la de invalidez.*

**Los obreros están sometidos al régimen laboral ordinario, por lo tanto su “ingreso” a la Administración Pública no está sujeto a las limitaciones establecidas para los funcionarios jubilados por la Ley del Estatuto de Jubilaciones 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, aunado a que el ingreso no se realiza por vía de nombramiento. Por otra parte, es posible el goce simultáneo de la pensión de jubilación otorgada de la Administración Pública y la pensión de invalidez otorgada por el Seguro Social.**

Memorando N° 04-00-790 del 5 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección relacionada con la posibilidad de tramitar una pensión de invalidez ante el Instituto Venezolano del Seguro Social a un obrero que labora en un Ministerio, a quien se ha mantenido suspendida su relación de trabajo por problemas de salud, tomando en consideración que dicha persona es jubilado de otro órgano público.

Vista y analizada la solicitud de opinión esta Dirección General emite su parecer en los términos siguientes:

El asunto objeto de consulta no constituye un aspecto directamente vinculado con las competencias de este Máximo Órgano de Control, sin embargo atendiendo al principio de colaboración previsto en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se emite pronunciamiento, a título de colaboración y sin carácter vinculante.

Sobre el particular es importante hacer referencia a la compatibilidad o no del disfrute de la pensión por jubilación otorgada por un Ministerio y la remuneración que actualmente percibe por pertenecer a la nómina de obreros de otro órgano público.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 148, consagra de manera categórica la prohibición general de ejercer simultáneamente más de un destino público remunerado, cuando establece como principio general que:

*“Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales 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. Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la Ley.”*

Así pues, luego de la referencia a la previsión Constitucional en la materia, al tratarse de un jubilado de un Ministerio, es preciso referirse a lo previsto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>1</sup> -en lo sucesivo Ley del Estatuto de Jubilaciones-, la cual, expresa lo concerniente al reingreso a la Administración Pública de los jubilados estableciendo que *“El jubilado o jubilada no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior.”* Por su parte, el artículo 11 al cual remite la disposición antes citada, enuncia los cargos susceptibles de reingreso por parte de un jubilado, los cuales son:

- Cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.
- Cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley.
- Cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

En este contexto, tenemos que los jubilados no pueden reingresar al servicio activo de los organismos contemplados en el artículo 2 de la citada Ley, a menos de que se trate de cargos de libre nombramiento y remoción, de similar jerarquía en otros organismos o los académicos, asistenciales, docentes o accidentales. Dicha prohibición esta expresada en términos similares, en el Reglamento de la Ley del Estatuto

---

<sup>1</sup> Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.426 del 28 de Abril de 2006, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.501 del 16 de agosto de 2006.

de Jubilaciones<sup>2</sup>, el cual de manera clara y categórica establece en su artículo 13 que “El jubilado no podrá reingresar, a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto.” (...)

En vista de que el caso bajo análisis se relaciona con el ingreso a un Ministerio de una persona jubilada de la Administración Pública Nacional como obrero, es preciso indicar que de acuerdo con la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>3</sup> los obreros están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación pues su relación se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo.

Así, en cuanto al régimen aplicable al personal obrero, la Ley Orgánica del Trabajo en el último aparte de su artículo 8°, señala que “los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley.”

Determinado lo anterior, cabe precisar que tradicionalmente se ha excluido al personal obrero al servicio de la Administración Pública del régimen aplicable a los funcionarios públicos, lo cual ha sido acogido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 146, que expresa:

*“Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratada, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.”*

Así pues, al interrelacionar las normas que rigen las jubilaciones de los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional y el régimen aplicable a los obreros al servicio de la misma, observamos que al estar los obreros sometidos al estatuto laboral ordinario, su “ingreso” a la Administración Pública no está sujeto a las limitaciones establecidas para los funcionarios jubilados por la Ley del Estatuto de Jubilaciones, aunado a que dicho ingreso no se realiza por vía de nombramiento, como sí lo son los cargos de carrera y de libre nombramiento y remoción.

2 Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.618 del 11 de enero de 1999.

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

Con respecto a la posibilidad de que un jubilado de la Administración Pública Nacional, que se desempeña como obrero de un Ministerio, pueda solicitar ante el Instituto Venezolano del Seguro Social la pensión de invalidez, es preciso indicar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra como principio la Seguridad Social en el artículo 80, donde garantiza las pensiones y jubilaciones mediante el sistema de seguridad social, asimismo en su artículo 148 único aparte prevé que “Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.”

En tal sentido, es importante hacer referencia a la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social<sup>4</sup> de la cual se desprenden varios subsistemas entre los cuales está el que regula el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, cuya Ley aún no ha sido dictada. Vale mencionar que dicha Ley contiene una derogatoria respecto a toda la normativa en materia de seguridad social que sea contraria o resulte incompatible con lo dispuesto en ella. De ahí que lo no regulado se regirá por las disposiciones ya existentes -es decir la Ley del Seguro Social-, siempre y cuando no sean contradictorias ni incompatibles con el nuevo instrumento normativo. En efecto la citada Ley establece un artículo acerca de la vigencia de la Ley del Seguro Social durante el período de transición, el cual dispone:

*“**Artículo 130.** Mientras dure la transición hacia la nueva institucionalidad del Sistema de Seguridad Social, se mantiene vigente la Ley del Seguro Social, en cuanto sus disposiciones no contraríen las normas establecidas en la presente Ley y en las leyes de los regímenes prestacionales.”*

En este orden tenemos que, la Ley del Seguro Social<sup>5</sup> en su ámbito de aplicación (artículo 2) señala que “Están protegidos por el Seguro Social Obligatorio, los trabajadores permanentes bajo la dependencia de un patrono, sea que presten sus servicios en el medio urbano o en el rural y sea cual fuere el monto de su salario”, de igual manera señala que quedan cubiertas por este régimen las personas que prestan servicios a la Nación, Estados, Territorios Federales, Distrito Federal,

---

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002.

5 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 4.322 del 03 de noviembre de 1991.



Municipios, Institutos Autónomos y en general a las personas morales de carácter público (artículo 3).

Por su parte, el Texto Fundamental en su artículo 148 único aparte, antes referido, establece la incompatibilidad en el disfrute de más de una jubilación o pensión, dejando a salvo aquellos casos que expresamente se determine en la Ley. Por tanto debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley del Estatuto de Jubilaciones, instrumento por el cual fue jubilado el obrero, el cual nos permitimos transcribir:

*“Artículo 29. La presente Ley no afecta el régimen de contingencias y prestaciones contempladas en el artículo 4° de la Ley del Seguro Social.”*

El artículo 4° de la Ley del Seguro Social al que remite el citado estatuto se corresponde con el artículo 3 de la Ley del Seguro Social de 1991, el cual dispone:

*“Artículo 3. Las personas que prestan servicios a la Nación, Estados, Territorios Federales, Distrito Federal, Municipios, Institutos Autónomos y en general a las personas morales de carácter público, **quedan cubiertas por el régimen del Seguro Social Obligatorio en los casos de prestaciones en dinero por invalidez o incapacidad parcial, vejez, sobrevivientes y nupcias (...).**”* (Destacado nuestro)

Se aprecia de la disposición transcrita, que las contingencias allí previstas son las de invalidez o incapacidad parcial, vejez, sobrevivientes y nupcias, en consecuencia se concluye en el caso bajo análisis que existe una disposición expresa en la Ley que permite el goce simultáneo de dos pensiones, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en consecuencia **resultaría viable el solicitar la pensión de invalidez ante el Instituto Venezolano del Seguro Social, siendo ya acreedor de una pensión de jubilación por la Administración Pública Nacional conforme a la Ley del Estatuto de Jubilaciones**. Aunado a ello es preciso considerar que son dos regímenes distintos, así pues independientemente de otros beneficios, toda persona que haya contribuido con el seguro social obligatorio, es acreedora del beneficio de una pensión de vejez en principio, previo

cumplimiento de las exigencias legales, como edad y número de cotizaciones; de modo que puede darse el caso que antes de cumplir con la edad requerida el ciudadano cotizante del Seguro Social Obligatorio, se situó en los supuestos generadores de una pensión de invalidez o incapacidad.

Ahora bien, si efectivamente se llegara a otorgar la pensión de invalidez por el Instituto Venezolano del Seguro Social, en virtud del cumplimiento de los requisitos legales para ello, esta persona agotaría a nuestro criterio el amparo por parte de dicho fondo ante las contingencias de vejez, invalidez o incapacidad, para las cuales contribuyó durante su vida laboral, a los efectos de estar cubierto. Y de esta manera es expresado en el Reglamento General de la Ley del Seguro Social<sup>6</sup> el cual dispone en su artículo 168 que “No serán compatibles entre sí las pensiones de invalidez y vejez; pero el beneficiario tendrá derecho a acogerse a la más favorable.” Vale mencionar que en la actualidad ambas pensiones tienen el mismo monto -salario mínimo-, por lo cual resulta intrascendente la elección.

De manera que otorgada la pensión de invalidez por el Instituto Venezolano del Seguro Social, mal podría el pensionado optar ante dicho Instituto por la pensión de vejez, pues resulta incompatible el disfrute de ambas pensiones de manera simultánea.

Memorando N° 04-00-790 del 5 de noviembre de 2007.

---

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 35.302 del 22 de septiembre de 1993.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Exclusión de la prima por hijos de la base de cálculo para la pensión de jubilación.*

**La característica principal que determina la exclusión de la prima por hijos para el cálculo de pensión de jubilación es la naturaleza temporal, pues una vez que cesan los supuestos para su otorgamiento de igual manera cesa el pago por dicho concepto y el derecho a reclamarlo por parte del funcionario, de allí el carácter no permanente de dicha prima.**

Memorando N° 04-00-822 del 13 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la posibilidad de excluir de la pensión de jubilación del personal docente de las Universidades Experimentales, el monto correspondiente a la prima por hijos, una vez extinguidos los supuestos que le dieron origen.

Analizada la situación planteada esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

La Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios<sup>1</sup> es clara al precisar la fórmula que debe emplearse en lo atinente a la base de cálculo a considerar para fijar el monto de la jubilación, y al efecto prevé:

**“Artículo 9.** *El monto de la jubilación que corresponda al funcionario o funcionaria, empleado o empleada será el resultado de aplicar al sueldo base, el porcentaje que resulte de multiplicar los años de servicio por un coeficiente de 2.5. La jubilación no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del sueldo base.”*

Por su parte, el artículo 7 precisa lo que debe entenderse por sueldo mensual a los efectos de esa Ley, en los términos siguientes:

**“Artículo 7.** *A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario o funcionaria, empleado o empleada, el integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente. En el Reglamento*

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.426 del 28 de Abril de 2006.

*de esta Ley se podrán establecer otros elementos de sueldo, según las características del organismo o del empleo.”*

A pesar de la referencia que hace el artículo transcrito al Reglamento de la Ley, dicho instrumento normativo no contempla disposición alguna que incluya dentro del sueldo base otros elementos distintos a los dispuestos en la Ley, por el contrario el artículo 15 del Reglamento<sup>2</sup> en términos similares al transcrito artículo 7 de la Ley, reitera lo preceptuado en dicha norma, en los términos siguientes:

**“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 servicio eficiente y por las primas que respondan a estos conceptos.*

*Quedan exceptuados los viáticos, las primas por transporte, las horas extras, las primas por hijos, así como cualquier otra cuyo reconocimiento no se base en los factores de antigüedad y servicio eficiente, aunque tengan carácter permanente.”* (Subrayado nuestro)

Como puede apreciarse, las normas *ut supra* transcritas expresan sin lugar a equívocos cuáles de las percepciones, que recibe el funcionario o empleado público, deben integrar la base de cálculo de su pensión de jubilación, a saber: el sueldo básico mensual, las compensaciones o primas por antigüedad y por servicio eficiente, exceptuando expresamente “las primas por hijos” entre otros conceptos.

Ello es así, porque las sumas a considerar a los efectos del cálculo de la pensión de jubilación son aquéllas que han sido recibidas bajo la justificación de una antigüedad o un servicio eficiente, por tanto para asimilar una cantidad recibida por el empleado a esos fines, no basta que haya sido recibida en forma permanente, es necesaria la evidencia de que le fue otorgada en función a su eficiencia o antigüedad como lo requieren los artículos citados, en el caso bajo análisis por tratarse de la inclusión de la prima por hijos, tal característica es intrascendente toda vez que ese concepto está expresamente excluido del artículo 15 del Reglamento citado *ut supra*, independientemente de su naturaleza temporal y no salarial.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.618 del 11 enero de 1999.

En este orden de ideas, es preciso traer a colación la definición de salario en sentido amplio que contiene la Ley Orgánica del Trabajo, concepto que doctrinariamente se ha denominado como “salario integral”, de la manera siguiente:

**“Artículo 133.-**

*Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda. (...) (omissis)*

**PARÁGRAFO TERCERO.-** *Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:*

- 1) *Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles.*
- 2) *Los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.*
- 3) *Las provisiones de ropa de trabajo.*
- 4) *Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.*
- 5) *El otorgamiento de becas o pago de cursos de capacitación o de especialización.*
- 6) *El pago de gastos funerarios.*

*Los beneficios sociales no serán considerados como salario, salvo que en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario.”*

Asimismo, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo complementa tal disposición estableciendo lo siguiente:

**“Artículo 50.- Beneficios sociales no remunerativos:**

*Los beneficios sociales no remunerativos previstos en el Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:*

- a) *Revisten carácter excepcional.*
- b) *Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretende satisfacer.*
- c) *Deberán aprovechar al trabajador o trabajadora, su cónyuge, concubino, concubina, persona con la que se encuentre en una unión estable de hecho, o a sus familiares; y*
- d) *No revisten carácter salarial cualquiera fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo.”*

Con respecto al alcance del transcrito artículo 133 de la citada Ley el entonces Ministerio del Trabajo, mediante el Dictamen N° 10 de fecha 30 de Agosto de 2004, realizó un análisis en el cual cita aspectos puntuales de nuestra jurisprudencia, en el cual sostuvo:

*“(…) respecto a la definición de salario contenida en la norma in comento, la Sala de Casación Social en Sentencia N° 106, de fecha 10 de mayo de 2000 señaló:*

*‘(…) cuando la reforma considera salario a toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, y establece además que los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, también constituyen salario, concibe a éste en términos amplísimos (con las únicas exclusiones previstas en la norma en su parágrafo tercero) independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso evaluable en dinero’.*

*Posteriormente, en virtud de la incorrecta aplicación de la definición de salario, la Sala de Casación Social en Sentencia N° 263, de fecha 24 de octubre de 2001; realizó la siguiente precisión:*

*‘(...) debe considerarse al salario como un medio remunerativo del trabajo; como una contraprestación al trabajo subordinado y, en consecuencia, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empleado durante la relación de trabajo, tendrá naturaleza salarial.’*

*Cabe destacar, que la Sala de Casación Social en la referida sentencia dejó establecido que la incidencia de los conceptos enunciados en el artículo 133 eiusdem para el cálculo de los beneficios laborales que le correspondan al trabajador, viene dada por la naturaleza salarial que éstos ostenten, es decir, **que hayan sido otorgados al trabajador en contraprestación de sus servicios**, formen parte de su patrimonio y sean de libre disposición; **quedando excluidas aquellas prestaciones cuya finalidad inmediata carezca de naturaleza salarial**, tales como las que dieron lugar al referido fallo -vehículo y vivienda- ya que se trataba de ventajas necesarias proporcionadas para la ejecución del servicio y para el normal y buen desempeño de las labores.”* (Destacado y subrayado nuestros)

Así pues, se observa que en ambos regímenes al hacer referencia al salario integral o amplio, se incluyen sólo aquellos conceptos que sean originados por la efectiva contraprestación del servicio, de allí la denominación de “carácter remunerativo”, específicamente en lo concerniente a las primas, aun cuando se exprese que ellas forman parte del salario, es necesario determinar si conllevan las características de regularidad y permanencia, siendo éstas las que forman parte de una remuneración fija del funcionario o empleado establecida por el organismo o entidad, en razón de sus actividades o la índole del servicio que presta.

Por tanto si examinamos la prima por hijos, tenemos que la misma está contemplada en diferentes estatutos o regímenes funcionariales o de trabajadores, con unos supuestos de procedencia y de extinción, que le dan una nota de temporalidad, por lo cual se aprecia como una gracia de la entidad en razón de la cantidad de hijos que aquél tenga, más no depende de manera directa del desempeño de sus labores.

La finalidad de la prima por hijos, es ayudar al progenitor con la carga de los hijos que se encuentren estudiando, su naturaleza es temporal al no permanecer en el tiempo, ya que se infiere por Ley natural que los hijos a una edad razonable deben haber alcanzado la finalización de sus estudios y por ende su independencia económica.

Así, la característica principal que determina la exclusión de la prima por hijos para el cálculo de pensión de jubilación, es la naturaleza temporal, pues una vez que cesan los supuestos para su otorgamiento, de igual manera debe cesar el pago de dicho concepto y el derecho a reclamarlo por parte del funcionario, de allí el carácter no permanente de dicha prima.

Las premisas fundamentales a que nos hemos referido, han sido acogidas por los organismos excluidos de la Ley del Estatuto de Jubilaciones al momento de dictar sus propios regímenes estatutarios, claro ejemplo es el instrumento que regula la jubilaciones del personal de esta Máxima Institución Contralora, como es el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República<sup>3</sup> el cual a los efectos del cálculo de la pensión dispone lo siguiente:

**“Artículo 7.**

(...)

*A los efectos previstos en el presente Reglamento se entiende por sueldo mensual del funcionario el sueldo incluido en el Tabulador más la prima para Profesionales y Técnicos, la prima de antigüedad y por servicio, y **cualesquiera otras asignaciones de similar naturaleza que en forma permanente reciba mensualmente el funcionario.***

***Quedan exceptuados los viáticos, las primas por transporte, las horas extras, las primas por residencia y las primas por hijos, así como cualquier otra asignación no permanente que reciba el funcionario.***” (Destacado nuestro)

En ese sentido, el criterio sostenido por este Organismo en diferentes ocasiones se basa en su propio régimen, que excluye aquellos conceptos que no se deriven directamente de la prestación del servicio, o que carezcan de permanencia, tales como la prima por hijos, de trans-

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.218 del 13 de Junio de 2001.



porte, residencia, etc., las cuales no se considerarán como sueldo, en consecuencia no se tomarán en cuenta para el cálculo de las respectivas pensiones, no obstante, aquel jubilado que encuadre bajo los supuestos de procedencia que originan la prima por hijos tendrá derecho a ella, hasta que los mismos se extingan, pero no como un monto incluido en la base de cálculo de su pensión base, sino como un elemento adicional a la misma, susceptible, reiteramos, de suspenderse una vez que el hijo esté fuera de los supuestos de hecho que justifican su procedencia.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen aplicable a la Universidad consultante observamos que el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal Docente y de Investigación al servicio de esa institución<sup>4</sup> incluye dentro de la base de cálculo de la pensión de jubilación las primas adicionales básicas, en efecto el artículo 8 dispone:

*“Artículo 8. La remuneración, sueldo o salario que servirá de base para el cálculo de la pensión de jubilación y las otras pensiones a que se contrae este reglamento, será el sueldo que devenga el docente para el momento en que se decida el otorgamiento de la pensión, si no ha cambiado de dedicación en los últimos cinco (5) años. Caso contrario será el promedio de sueldos devengados en los últimos cinco (5) años.*

**Parágrafo Único:** *Se entiende por sueldo para estos efectos, el salario integral que perciba el docente en ese momento, (incluidas las primas adicionales básicas y los beneficios adicionales complementarios).”*

De la norma transcrita se desprende que el concepto de salario integral incluye las primas adicionales básicas y los beneficios sociales complementarios, y a su vez las Normas sobre homologación de Sueldos y Beneficios Adicionales de los Miembros del Personal Docente y de Investigación de las Universidades Nacionales<sup>5</sup> -dictadas por el Consejo Nacional de Universidades a los fines de precisar el alcance económico social, legal y conceptual de determinados términos estableciendo con carácter nacional un marco de referencia-, prevén en su artículo 4° lo que ha de entenderse por “beneficios adicionales básicos”, señalando

<sup>4</sup> Reglamento aprobado según Resolución N° 92-06-29 de 13-06-92, última reforma modificación parcial aprobada a partir del 05-05-2005, mediante la Resolución N° 2005-03-53.

<sup>5</sup> Aprobadas mediante la Resolución N° 14, Gaceta Oficial N° 34.463 del 09-05-1990.

como tales: “lo percibido por concepto de prestaciones sociales, bono vacacional, bonificación de fin de año, aporte institucional a la caja de ahorro y primas por hogar e hijos.”

Como puede apreciarse, las normas en comentario incluyen dentro del sueldo a considerar a los fines del cálculo de la pensión de jubilación las primas por hijos, sin embargo, corresponde a esa casa de estudios realizar la interpretación acerca del alcance y aplicabilidad de la misma. Pues, si bien son extensibles al personal jubilado determinados beneficios otorgados al personal activo, los mismos no pueden cambiar su naturaleza de temporales a indefinidos en virtud de que le sean otorgados a un jubilado; en ese sentido resulta pertinente señalar que conforme a lo dispuesto en la Cláusula 65 del Acta Convenio del Personal Docente y de Investigación de esa Universidad celebrada en fecha 18 de diciembre de 2001 citada en la solicitud, el beneficio de la prima por hijos posee un carácter temporal al establecer condiciones para su procedencia y extinción, así pues dicho artículo se expresa de la forma siguiente:

*“La Universidad conviene en pagar a cada miembro del PDI a dedicación exclusiva y tiempo completo, una prima mensual según las tablas de los acuerdos federativos CNU-FAPUV, por cada hijo soltero no mayor de 24 años, hasta un máximo de seis (6) hijos que dependen económicamente de él.*

*(Omissis)*

*Se perderá el derecho a la prima:*

- 1. Por fallecimiento o ausencia legalmente declarada del hijo.*
- 2. Cuando el hijo cumpla 24 años, salvo que el docente compruebe:*
  - 2.1 La dependencia económica por estudios de educación superior a tiempo completo hasta la edad de 26 años inclusive.*
  - 2.2 Que se encuentre totalmente incapacitado.”*

Finalmente, es importante destacar que las jubilaciones ya acordadas constituyen un derecho vitalicio adquirido por el funcionario o empleado que ha cumplido los requisitos legales exigidos para su pro-

cedencia, como lo son el tiempo de servicio en la entidad y la edad, y que bajo los principios Constitucionales vigentes, especialmente el de progresividad de los derechos laborales y el de irretroactividad de la Ley -en el caso del derecho laboral la retroactividad será únicamente cuando favorezca al trabajador-, las pensiones de jubilación otorgadas poseen el carácter de intangibilidad, en consecuencia no deben ser ajustadas por debajo del monto por el cual fueron decretadas, ya que dicho monto constituye un derecho adquirido y patrimonializado de naturaleza económica por aquella persona que laboró durante cierto tiempo en la Administración Pública, por tanto ningún derecho que se califique como adquirido puede ser revocado por el conferente o por terceros, siempre y cuando se hayan cumplido las condiciones legales para su otorgamiento, sin menoscabo de la variación de los elementos adicionales que la pudiesen integrar, los cuales no forman parte del monto base de jubilación.

Así pues, al haber surgido la necesidad de proteger y garantizar constitucionalmente los derechos laborales, nuestro Texto Fundamental reconoció diversos mecanismos ante las diferentes situaciones jurídicas cuyo fin es proteger la materia social del trabajo y de esta manera resultan intangibles frente a las nuevas legislaciones o ante cualquier cambio ulterior. Específicamente, el espíritu de la jubilación es que el acreedor de este beneficio de orden social, mantenga la misma o una mayor calidad de vida a la que tenía antes, que le permita vivir dignamente, producto del ingreso que ahora proviene de la pensión por este concepto.

Memorando N° 04-00-822 del 13 de noviembre de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Las máximas autoridades de los órganos o entes, previa consulta con su titular, son los competentes para nombrar el personal que integra las Unidades de Auditoría Interna.*

**Corresponde a las máximas autoridades de los órganos o entes la competencia para administrar y reclutar el personal que ingresa a su Unidad de Auditoría Interna, previa consulta con el titular de dicho órgano a los fines de verificar los requisitos mínimos establecidos para el cargo, tales como idoneidad, capacidad y ética profesional, así como actualización técnica del personal.**

Memorando 04-00-866 del 29 de noviembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto al alcance de la autonomía de la Unidad de Auditoría Interna de la Superintendencia para seleccionar a su personal, toda vez que en el Manual de Control Interno sobre un Modelo Genérico de la Administración Central y Descentralizada Funcionalmente, se establece que el recurso humano lo seleccionará de manera autónoma el Auditor Interno.

Sobre el particular esta Dirección General estima procedente indicar lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras<sup>1</sup>, la Superintendencia es un **Instituto Autónomo**, que actúa bajo la dirección y responsabilidad del Superintendente, a quien le corresponde entre otras atribuciones **nombrar y remover a los funcionarios**, sin más limitaciones que las establecidas en la mencionada Ley y en el Estatuto Funcionarial, a tenor de lo dispuesto en los artículos 213, 215 y 223, numeral 5 *eiusdem*.

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>2</sup>, cuyas disposiciones regulan las relaciones de empleo público entre los funcionarios públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, prevé en su artículo 4, que la **dirección de la función pública** corresponde en los institutos autónomos, sean éstos nacionales, estatales o municipales, a sus **máximos órganos de dirección**.

En ese orden de ideas, el numeral 5 del artículo 5 de la Ley *in comento*, dispone que la **gestión de la función pública corresponde** a las

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

2 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 del septiembre de 2002.

**máximas autoridades directivas y administrativas de los institutos autónomos nacionales**, estatales y municipales.

De lo antes expuesto se infiere que, en el caso que nos ocupa, la potestad para ejercer la **administración del personal** de la Superintendencia corresponde a su máxima autoridad jerárquica (Superintendente).

En ese orden de ideas, la solicitud de opinión se concreta al alcance de la autonomía de la Unidad de Auditoría Interna de esa Superintendencia para seleccionar a su personal, para lo cual es necesario analizar el marco normativo que regula el funcionamiento y potestades del órgano de control fiscal interno.

Al respecto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>3</sup> y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>4</sup>, establecen que las Unidades de Auditoría Interna de los organismos y entidades del Sector Público son las encargadas de prestar el **servicio de auditoría interna** (*examen a posteriori*) 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 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, pudiendo realizar auditorías, inspecciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en dicho ente, las cuales tienen atribuidas potestades investigativas y sancionatorias dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con los artículos 77 y 93 de la Ley antes citada.

Como puede apreciarse, la unidad de Auditoría Interna es una dependencia más dentro de la estructura organizativa del ente sujeto a su control, que se encuentra **adscrita al máximo nivel jerárquico de éste y sujeta a una relación de subordinación jerárquica, por lo que no goza de autonomía orgánica, funcional y administrativa**, no obstante, goza de independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones y de carácter técnico en el ejercicio del control fiscal, como principios rectores que forman el Sistema Nacional de Control Fiscal,

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

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En ese orden de ideas, el artículo 11 de las Normas Generales de Control Interno<sup>5</sup>, dictadas por la Contraloría General de la República, expresan que el órgano de control fiscal interno de los organismos o entidades del Sector Público, debe estar adscrito al máximo nivel jerárquico de su estructura administrativa y asegurársele el mayor grado de independencia dentro de la organización, sin participación alguna en los actos típicamente administrativos u otros de índole similar. Igualmente, establece que **la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad debe dotarlo de personal idóneo y necesario**, así como de razonables recursos presupuestarios, materiales y administrativos que le faciliten la efectiva coordinación del sistema de control interno de la organización y el ejercicio de las funciones de vigilancia y fiscalización.

El contenido de la previsión antes indicada, se reproduce además en los artículos 23, 26 y 27 del Decreto N° 2.621 del 23 de septiembre de 2003, mediante el cual se dicta el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional<sup>6</sup>, según los cuales **las Unidades de Auditoría Interna dependerán del máximo nivel jerárquico** de la estructura organizativa del ente u órgano, el cual es el encargado de dotarlas del recurso humano idóneo, vale decir, de acuerdo a su calificación técnica, por cuanto es a aquél, a quien le corresponde **ejercer la administración del personal y la potestad jerárquica** respecto del personal de cada institución, sin embargo dicha designación debe hacerse **previa consulta con el titular del órgano de control fiscal interno**.

En opinión de esta Dirección General, la **consulta previa** a que alude la normativa antes indicada, debe entenderse como aquélla tendiente a satisfacer las necesidades del órgano de Auditoría Interna, en tanto el propósito de dicha norma, es precisamente **garantizar que el personal de la Unidad de Auditoría Interna, sea el idóneo para cumplir su misión**, cuyo requerimiento, en primera instancia debe conocer el titular de la dependencia en razón de las funciones que le compete

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

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

realizar y **no a los fines de decidir acerca de la escogencia específica de algún funcionario en particular**, por lo que la opinión en referencia **no tendría carácter vinculante** para la decisión que asuma la máxima autoridad del ente u organismo.

Sentado lo anterior, cabe precisar que ciertamente el Manual de Normas de Control Interno sobre un Modelo Genérico de la Administración Pública Central y Descentralizada Funcionalmente, prescrito por la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en los puntos 4.2.17 y 4.2.18, establece que la Unidad de Auditoría Interna será dotada del recurso humano que seleccione **autónomamente el titular de dicho órgano**, sin embargo tal previsión debe ser analizada y aplicada no de forma aislada del resto del ordenamiento jurídico que regula a las Unidades de Auditoría Interna, pues tal y como ha sido expuesto **los órganos de control fiscal interno carecen de autonomía funcional**, por cuanto pertenecen a la estructura organizativa del propio ente sujeto a su control, como señalamos *ut supra*.

De manera, que no es posible concebir en la práctica la materialización de dicha previsión, sin que ello vulnere las atribuciones asignadas a la máxima autoridad de cada institución en materia de personal, tomando en consideración además, que el Manual en referencia, comprende un acto administrativo de efectos generales -por cuanto está dirigido a un número indeterminado de personas (órganos y entes de la Administración Pública Central y Descentralizada Funcionalmente)- **que no podría estar por encima de los actos administrativos con rango superior**, tal como es el caso de las normativas citadas, lo cual se fundamenta de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>7</sup>, según el cual:

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

El artículo antes transcrito, establece el principio de jerarquía y del sometimiento de los actos de jerarquía inferior a los actos de jerarquía

<sup>7</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.818 Extraordinario del 01 de julio de 1981.

superior, conforme a la clasificación prevista en el artículo 14 *eiusdem* que atribuye a los actos administrativos la jerarquía siguiente: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas.

Dicho principio de jerarquía de los actos administrativos, le otorga fuerza de derecho positivo a otro, que también consolida el Principio de la Legalidad, y es el que se conoce como **principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos**. Conforme este principio general, los actos administrativos de efectos generales no pueden ser derogados o vulnerados por actos administrativos de efectos particulares.

En el presente caso existen dos actos normativos de efectos generales, como lo son el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, y el Manual de Normas de Control Interno sobre un Modelo Genérico de la Administración Pública Central y Descentralizada Funcionalmente, sin embargo, el primer acto se trata de un Reglamento dictado mediante Decreto por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el cual como puede observarse comprende una normativa de derecho positivo vigente de rango superior que el referido Manual aplicable al ente consultante y, por ende, prevalece sobre éste último.

Con fundamento en lo antes expuesto, se concluye que corresponde a la máxima autoridad de la Superintendencia, la competencia para administrar el personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 y 15 del Estatuto Funcionario de dicha entidad, y en lo que corresponde específicamente al reclutamiento de personal que ingresa a su Unidad de Auditoría Interna, éste se debe llevar a cabo de conformidad con lo previsto en el Manual de Reclutamiento y Selección **en conjunto con el titular del órgano de control fiscal**, a los fines de verificar los requisitos mínimos establecidos para el cargo, tales como idoneidad, capacidad y ética profesional, así como actualización técnica del personal que ingresará, cuyos resultados se darían a conocer a la máxima autoridad del ente en la oportunidad correspondiente, con el propósito de que el Auditor Interno haga conocer su opinión previa respecto al mismo.

Memorando N° 04-00-866 del 29 de noviembre de 2007.



*FUNCIÓN PÚBLICA: Posibilidad de otorgar la jubilación de oficio al titular de una Unidad de Auditoría Interna designado por concurso.*

**La jubilación es un derecho social subjetivo de efectos eminentemente personales y directos, que se adquiere de pleno derecho desde el momento en que el funcionario cumple los requisitos de edad y antigüedad establecidos en la ley, por ello es posible la jubilación del titular de una Unidad de Auditoría Interna designado por concurso siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los extremos legales exigidos.**

Memorando N° 04-00-877 del 05 de diciembre de 2007.

Se solicita opinión con respecto a la jubilación de oficio del titular de la Unidad de Auditoría Interna de un ente descentralizado, quien fuera designado el 1° de agosto de 2005 a través de concurso público conforme a lo previsto en el Reglamento sobre los Concursos para la Designación de los Titulares de las Unidades de Auditoría de los Órganos del Poder Público Nacional y sus Entes Descentralizados.

Sobre la referida jubilación el Presidente del ente argumentó lo siguiente:

(Omissis)

*“... que la jubilación concedida ..., quien se desempeñó como Auditora Interna de este Instituto, se inscribe dentro de un grupo de alrededor de setenta (70) trabajadores del Fondo que recibirán igual beneficio legal cuya procedencia de jubilación se encuentra en grado de expectativa como derecho.*

*... la Oficina de Recursos Humanos, verificó la procedencia de la jubilación en cuestión, examinando los recaudos de la entonces..., hallándolos conformes, remitiendo el expediente a la máxima autoridad administrativa, instancia esta que mi persona decidió otorgar el beneficio como una obligación legal, por lo que en consecuencia remití de nuevo a la Oficina Humanos para el cálculo respectivo de la pensión y su asignación a la partida presupuestaria correspondiente.*

*Debe señalarse que el dispositivo establecido en el **artículo 31** de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal es totalmente*

*inocuo para enervar los efectos que surgen de la adquisición del derecho a la jubilación, y pretender sobre la base de una eventual y errónea interpretación del mismo, que la administración estaría impedida de dar cumplimiento a la obligación que le imponen la Constitución y la Ley durante el lapso establecido en dicho artículo 3, colocaría a la Administración durante el lapso de cinco (5) años en presencia por su carácter de inconstitucionalidad como por su ilegalidad, de una violación a un derecho fundamental.”*

Analizada como ha sido la comunicación antes identificada y los recaudos acompañados, ésta Dirección General emite su parecer, sin carácter vinculante, en los términos que se indican de seguidas:

El titular de la Unidad de Auditoría Interna, el 01 de agosto de 2005, luego de haber ganado el concurso público convocado al efecto, cargo en el cual debía permanecer por el lapso de cinco (5) años atendiendo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, salvo que incurriese en alguna de las causales que dan lugar a su remoción o destitución, en cuyo caso debía sustanciarse el expediente administrativo correspondiente que sería remitido a éste Órgano Contralor, a los fines que el Contralor General de la República **autorizara** dicha destitución o remoción.

En el caso en concreto el **retiro** de la ciudadana de la Administración Pública se produjo antes de que expirara el plazo para el cual había sido designada al serle otorgada la jubilación de oficio, por cumplir con los requisitos de edad y años de servicio en la Administración Pública (*latu sensu*) para obtener el beneficio de jubilación, vale decir, 55 años de edad y 32 años de servicio aproximadamente.

En ese sentido, cabe significar que el acto que le acordó el derecho vitalicio a la jubilación, constituye el reconocimiento a su favor de un derecho laboral que en nuestro ordenamiento jurídico goza de una protección reforzada, por ser un derecho estrechamente vinculado a la esfera vital del individuo. En efecto, la jubilación constituye un beneficio social destinado a compensar al funcionario o empleado público por el retiro definitivo del servicio cuando se han cumplido los extremos

previstos en la Ley; es un derecho vitalicio que se otorga al funcionario por concurrir una causa legal de expiración de funciones y para cuyo otorgamiento solamente se toman en consideración los elementos objetivos previstos en el ordenamiento jurídico relativos al límite de edad y tiempo de servicio, 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.

El beneficio acordado se enmarca dentro del derecho a la seguridad social que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela adquiere categoría de principio, por ello la Carta Magna ha instaurado una especial protección a los derechos sociales de los ciudadanos al incluir en sus dispositivos, mandatos a los poderes públicos con el propósito de proteger estos derechos y al mismo tiempo prevé la creación de un sistema de seguridad social que garantice la salud de las personas y la protección de las mismas en contingencias sociales y laborales.

En ese orden de ideas, la Constitución en su artículo 86 establece lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público no lucrativo, que garantice la salud y asegure la 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 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...”*

Por su parte, en materia de jubilaciones y pensiones del sector público el último aparte del artículo 147 Constitucional, establece que mediante Ley Nacional, se establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales.

Precisamente, en materia de seguridad social rige lo previsto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, normativa que a tenor de lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social permanecerá vigente hasta tanto se promulgue la Ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas.

En ese sentido, el artículo 3 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, dispone lo siguiente:

**“Artículo 3.** *El derecho a la jubilación se adquiere mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

*a) Cuando el funcionario o funcionaria o el empleado o empleada haya alcanzado la edad de sesenta (60) años si es hombre, o de cincuenta y cinco (55) años si es mujer, siempre que hubiere cumplido, por lo menos, veinticinco (25) años de servicios; o,*

*b) Cuando el funcionario o funcionaria o el empleado o empleada haya cumplido treinta y cinco (35) años de servicio, independientemente de la edad.*

**Parágrafo Primero:** *Para que nazca el derecho a la jubilación será necesario en todo caso que el funcionario o funcionaria o empleado o empleada haya efectuado no menos de sesenta (60) cotizaciones mensuales. De no reunir este requisito, la persona que desee gozar de la jubilación deberá contribuir con la suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones, la cual será deducible de las prestaciones sociales que reciba al término de su relación de trabajo, o deducible mensualmente de la pensión o jubilación que reciba en las condiciones que establezca el Reglamento de esta Ley.*

**Parágrafo Segundo:** *Los años de servicio en exceso de veinticinco (25) serán tomados en cuenta como si fueran de años de edad, a los fines del cumplimiento del requisito*

*establecido en el literal a) de este artículo, pero no para determinar el monto de la jubilación.”*

Dicho instrumento normativo contempla los distintos supuestos para la procedencia del referido beneficio, cuyo otorgamiento tiene lugar de **oficio** o a solicitud de parte. Siendo ello así, la vía de oficio, utilizada en el presente caso, faculta a la máxima autoridad jerárquica del Organismo, a otorgar la jubilación previa verificación del cumplimiento de los extremos exigidos en la Ley. Es decir, es la voluntad del órgano la que impulsa la actuación administrativa que concluye con el otorgamiento o no del beneficio social que hoy nos ocupa.

Ciertamente no cabe duda entonces que la jubilación es un derecho social subjetivo de efectos eminentemente personales y directos, que se adquiere de pleno derecho desde el mismo momento en el cual el funcionario cumple los requisitos de edad y antigüedad establecidos en la ley, para lograr su reconocimiento de parte de la Administración, pues antes de que esto suceda comprende sólo una mera expectativa de derecho.

En ese orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia N° 1518 de fecha 20 de julio de 2007, sostuvo lo siguiente:

*(Omissis)*

*“(...) el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.*

*Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor*

*de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública.*

*(...)*

*Asimismo, observa esta Sala que el Estado venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (ex artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste –Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de enero de 2002, caso: “ASODEVIPRILARA”).*

*En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, **se advierte y se exhorta** a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, **que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación–.**” (Destacado y subrayado nuestros)*

En el caso en comentario independientemente de que en su condición de Auditor Interno la ciudadana **gozaba de estabilidad en el cargo por el tiempo de la designación y por ende no debía ser removida o**

**destituida del cargo, sin la previa autorización del Contralor General de la República**, a tenor de lo previsto en los artículos 27 aparte único y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no cabe duda que en aplicación del criterio de la Sala Constitucional *ut supra* transcrito aún en el supuesto de que procediera su destitución o remoción, existía una obligación a cargo de la máxima autoridad del ente de verificar si era acreedora del derecho a la jubilación y de ser así tramitar ese derecho que detenta la condición jurídica de un derecho adquirido de naturaleza económica y que como derecho ya consolidado no puede ser revocado por el conferente o terceros, erigiéndose así en un derecho incorporado irrevocablemente al patrimonio del adquirente protegido, incluso contra una ley nueva, de allí que consideramos inoficioso analizar si era obligatorio en este caso solicitar la autorización a que alude la normativa citada.

Memorando N° 04-00-877 del 05 de diciembre de 2007.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Forma de calcular el incremento del veinte por ciento (20%) para el pago del bono vacacional durante el ejercicio fiscal 2006, establecido en una Convención Colectiva de Trabajo.*

**Las Convenciones Colectivas de trabajo suscritas entre trabajadores organizados y patronos son Ley entre las partes, y en consecuencia, sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento y cumplidas de buena fe por las partes en los términos y condiciones en que fueron pactadas.**

**El incremento del veinte por ciento (20%) a que alude la cláusula de la Convención colectiva para el ejercicio fiscal 2006 debe calcularse sobre el monto que resulte de multiplicar el sueldo diario que corresponde a cada funcionario o empleado público por los días de bono vacacional correlativos a cada quinquenio.**

Memorando N° 04-00-904 del 14 de diciembre de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección en relación a los aspectos que se transcriben a continuación:

“(…) la Cláusula N° 25 de la I Convención Colectiva de Trabajo (...), establece que para el ejercicio fiscal 2006, el pago por concepto de Bono Vacacional se incrementará en un veinte por ciento (20%), puesto que ella claramente expresa que: ‘... Queda entendido entre ambas que el pago convenido en esta cláusula por bono vacacional se incrementará en un veinte por ciento (20%) del bono vacacional para el ejercicio fiscal 2006.’ Es decir, que si un (sic) a un funcionario le corresponde, por ejemplo para el ejercicio fiscal 2006, 45 días de sueldo por concepto de bono vacacional (...), se procederá a multiplicar su sueldo diario, por los 45 días de bono que le corresponden y al monto que arroje se le agregará el veinte por ciento (20%) que establece la norma, puesto que a nuestro entender, el veinte por ciento (20%) de incremento debe realizarse sobre el monto en dinero que corresponda al funcionario por concepto de bono vacacional, una vez reflejada la multiplicación antes reflejada.

No obstante, nuestra inquietud surge debido a que tenemos conocimiento que el criterio manejado por los órganos y entes del Municipio (...), cuyos funcionarios son beneficiarios de la mencionada Convención Colectiva, es el de aplicar el señalado veinte por ciento (20%) de incremento sobre los días de sueldo que corresponden por cada quinquenio, o sea, que para el caso del ejemplo expresado anteriormente, le aplican



el referido porcentaje a los 45 días de sueldo, es decir, que  $45 \times 20\%$  arroja como resultado 54 días de sueldo, o lo que es lo mismo 54 días de bono vacacional, y así sucesivamente lo van aplicando sobre la tabla reflejada en la Cláusula 25; criterio que no compartimos (...).

Aunado a ello, el porcentaje establecido en la citada Convención, sólo aplica para el año 2006, por consiguiente al no haberse suscrito hasta los momentos, una nueva Convención Colectiva, puesto que para aquélla ya venció su lapso de vigencia, no podría aplicarse el mencionado veinte por ciento (20%) al bono vacacional para el año 2007, debido a que la cláusula es clara al expresar que “(...)el pago en esta cláusula por bono vacacional se incrementará en un veinte por ciento (20%) del bono vacacional para el ejercicio fiscal 2006(...)”

Analizados como han sido los argumentos expuestos y los recaudos remitidos, ésta Dirección General emite su parecer a título de colaboración y sin carácter vinculante, en los términos que se indican de seguidas:

La I Convención Colectiva de Trabajo (...), suscrita en julio de 2004 entre el Municipio y el Sindicato Único de Trabajadores de la Alcaldía del referido Municipio, rige a los funcionarios o empleados públicos de la Alcaldía, Contraloría y Concejo Municipal, cuya Cláusula N° 25, sobre el Bono Vacacional establece lo siguiente:

*“El Municipio(...), conviene en otorgar a los funcionarios públicos o empleados el pago de una Bonificación Vacacional en base a los años de servicios y de acuerdo al orden siguiente:*

*DE 01 A 05 AÑOS 45 DÍAS DE SUELDO*

*DE 06 A 10 AÑOS 50 DÍAS DE SUELDO*

*DE 11 A 15 AÑOS 55 DÍAS DE SUELDO*

*DE 16 A 21 AÑOS 60 DÍAS DE SUELDO*

*DE 22 AÑOS EN ADELANTE 75 DÍAS DE SUELDO*

*Asimismo, el Municipio (...) se compromete al Pago Directo y Automático del Bono Vacacional para cada funcionario o empleado activo, en un lapso de Quince (15) días, luego de que nazca el derecho a las vacaciones. Esta cláusula entrará*

*en vigencia para el ejercicio fiscal 2005. Queda entendido entre ambas partes que **el pago convenido en esta cláusula por bono vacacional se incrementará en un veinte por ciento (20%) del bono vacacional para el ejercicio fiscal 2006.*** (Destacado y subrayado nuestros)

De la cláusula anterior se desprende, que ciertamente las partes a quienes rige la Convención Colectiva, convinieron en otorgar el pago de un bono vacacional, de conformidad con los años de servicio (antigüedad) prestados por los funcionarios o empleados del Municipio, sobre la base de una tabla elaborada en quinquenios (cada 5 años), que se inicia desde 45 días de sueldo hasta un máximo de 75 días de sueldo. Asimismo, se estableció entre las partes que dicho pago se **incrementaría en un veinte por ciento (20%) para el ejercicio fiscal 2006.**

Ahora bien, la solicitud de opinión versa por una parte, sobre la forma de cálculo del incremento en cuestión, respecto de lo cual ésta Dirección General considera al igual que la Contraloría del Municipio, que dicho aumento operaría **una vez que se aplique el factor de cálculo originalmente acordado entre las partes en la Convención,** vale decir, sobre el monto que resulte de multiplicar el sueldo diario que corresponde a cada funcionario o empleado público por los días de bono vacacional correlativos a cada quinquenio, caso contrario, se estaría vulnerando la tabla definida con anterioridad, la cual debe ser aplicada de manera obligatoria por las partes en la forma inicialmente pactada.

En efecto, en la Cláusula N° 25 al igual que otras cláusulas establecidas en la mencionada Convención, que prevén el otorgamiento de beneficios socioeconómicos, se pactó el incremento del **monto** en un veinte por ciento (20%) para el ejercicio 2006, tales como las referidas a los útiles escolares, prima por hijos, bonificación por nacimiento de hijos, bonificación de prima de antigüedad (25%) y prima de profesionalización, entre otras, tomando en consideración que expresamente en la Cláusula N° 29 también se previó **un aumento de sueldo básico del veinte por ciento (20%), para el ejercicio fiscal 2006,** con lo cual ya se habría incrementando el sueldo diario utilizado para calcular el pago del bono vacacional, según la tabla señalada en dicha Cláusula N° 25.

Como puede observarse, el incremento del veinte por ciento (20%) establecido para los beneficios socioeconómicos, se aplica sobre el monto total establecido en la Convención Colectiva para cada concepto, vale decir, sobre la suma en dinero respectiva.

En ese sentido, es oportuno destacar que las Convenciones Colectivas de trabajo suscritas entre trabajadores organizados y patronos son efectivamente fuente del derecho, son ley entre las partes, y en consecuencia, **sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento que deben ser cumplidas de buena fe por las partes, en los términos y condiciones en que fueron pactadas**, tal como se desprende del contenido de los artículos 398 y 508 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>1</sup> y del artículo 150 de su Reglamento<sup>2</sup>.

Por otra parte, respecto a la vigencia de la Cláusula N° 25 de la Convención Colectiva, específicamente sobre la procedencia del incremento del veinte por ciento (20%) del pago del bono vacacional a los funcionarios o empleados para el ejercicio fiscal 2007, dado que su previsión original fue para el año 2006, cabe indicar que en principio, todas las estipulaciones previstas en la Convención Colectiva **se mantienen plenamente vigentes hasta tanto se celebre otra que la sustituya con iguales o mayores beneficios**, tomando en consideración que tales Convenciones tienen una vigencia máxima de tres (3) años, a tenor de lo previsto en el artículo 523 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así las cosas, se observa que el Contrato Colectivo de 2004, originalmente, tenía una duración de dos (2) años, tal como se desprende del texto de la Cláusula N° 9, en el cual se previó el término hasta el **30 de junio de 2006**.

Sin embargo, es necesario precisar que al no existir una nueva Convención Colectiva que la haya sustituido, las estipulaciones económicas, sociales y sindicales que benefician a los funcionarios o empleados públicos continúan vigentes, con fundamento en lo previsto en el artículo 524 de la Ley Orgánica del Trabajo, lo cual se conoce como el Principio de Ultra-actividad en el Derecho Colectivo del Trabajo.

---

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

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

Al respecto, cabe traer a colación lo sostenido por el autor Humberto Villasmil Prieto<sup>3</sup> al señalar que:

**“El Principio de Inderogabilidad de la convención colectiva**, quiere significar que ella no puede ser derogada sino por otra, y como corolario de ello, **el Principio de Ultra-actividad de la convención colectiva** explica que las estipulaciones económicas, sociales y sindicales que benefician a los trabajadores continuarán vigentes, hasta tanto se celebre otra que la sustituya (Art. 524 LOT).

(Omissis)

El convenio colectivo regirá y será inderogable a no ser que otro, **de más favor, lo sustituya**. Las mejoras de las condiciones deben evaluarse en conjunto, en desmedro de una comparación cláusula por cláusula.

Por fin, **la convención puede regir aun vencida** –Principio de Ultra-actividad- por lo que, en una acepción material, se asemeja a la Ley mucho más que al contrato, si ello sirviese para insistir en su naturaleza normativa. Así pues, y aún vencido, el convenio seguirá rigiendo en sus contenidos normativos y también obligaciones hasta tanto venga otro a sustituirlo.” (Destacado y subrayado nuestros)

En tal sentido, no cabe duda que las estipulaciones pactadas en junio de 2004 en la Convención Colectiva se mantienen hoy plenamente vigentes.

Por otra parte, es importante destacar que existen otros principios de vital importancia en el Derecho Laboral, como lo son el de Intangibilidad y Progresividad, reconocidos en el numeral 1 del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El Principio de Progresividad debe verse, con relación a los derechos laborales, de manera ascendente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Si a su vez se adminicula el Principio de Progresividad con el Principio de Intangibilidad, surge un campo protectorio a favor

---

3 Obra: Apuntamientos de Derecho Colectivo del Trabajo: Negociaciones y Conflictos. Paredes-Editores. Caracas, 1995. p.p. 120-121.

de los trabajadores, mucho más amplio y profundo, que implica que los derechos laborales sean realmente irrenunciables, pues todo esto acusa, nada más y nada menos, que una conquista que se obtenga cuantitativa y/o cualitativamente, no puede en el ordenamiento jurídico venezolano, verse soslayada hacia abajo, menos aún al prever el constituyente, a favor de los trabajadores, el Principio In Dubio Pro Operario.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia N° 1185 proferida el 17 de junio de 2004, al establecer:

*(Omissis)*

*“(...) 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 In Dubio 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. (...)*

*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.*

*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.” (Destacado y subrayado nuestros)*

Asimismo, debemos resaltar lo que se entiende por derechos adquiridos, según la Enciclopedia Omeba<sup>4</sup>, la cual los ha definido como:

*“En general, se entiende adquirido un derecho cuando se han realizado los presupuestos de hecho necesarios y suficientes para su nacimiento o adquisición, de conformidad con la ley vigente para la época en que se cumplieron, de modo que, en su virtud, se haya incorporado inmediatamente al patrimonio de su titular.”*

---

<sup>4</sup> Tomo VIII. P. 284.

En efecto, los **derechos laborales adquiridos** son aquellos estados individuales y subjetivos que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y por ende han creado a favor de sus titulares un derecho que debe ser respetado. En tal sentido, constituye una garantía frente al ejercicio de la autoridad administrativa.

La naturaleza de derecho adquirido impide que sobre determinada circunstancia pueda aplicarse una nueva disposición legal a las situaciones jurídicas consolidadas, de allí que inclusive por vía de costumbre pueda incorporarse irrevocablemente al patrimonio del adquirente, por consiguiente ningún derecho que califique como adquirido puede ser revocado por el conferente o por terceros, siempre y cuando se hayan cumplido los extremos de Ley.

Los derechos adquiridos frente a la función administrativa deben necesariamente ser tratados bajo un matiz especial, pues detrás de ella se encuentra el interés colectivo. Estos derechos cuentan con garantía constitucional, pero como en todo derecho, **se imponen límites sustentados en la presunción de legalidad de los actos administrativos** y en las disposiciones legales que regulan los intereses generales de la colectividad. Es por ello que en caso de conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, se sacrificarán los segundos para satisfacer los primeros, en especial cuando las condiciones legales para el reconocimiento de determinada prestación no se han cumplido, la pretensión de derecho adquirido sólo se erige en una mera expectativa.

Con fundamento en lo anterior, esta Dirección General considera, salvo mejor criterio, que las estipulaciones sociales y económicas de la Convención Colectiva se encuentran vigentes hasta tanto no sean sustituidas por otra Convención que prevea iguales o mejores beneficios.

No obstante, es imperioso aclarar que en el caso específico de la Cláusula N° 25 referida al Pago del Bono Vacacional de dicha Convención, ésta expresa claramente “**Queda entendido entre ambas partes que el pago convenido en esta cláusula por bono vacacional se incrementará en un veinte por ciento (20%) del bono vacacional para el ejercicio fiscal 2006**” (destacado y subrayado nuestros), es decir, que el mencionado incremento fue convenido por las partes sólo para el ejercicio fiscal 2006, a diferencia de otros beneficios socio económicos

establecidos como prima por hijos, bonificación por nacimiento de hijos, prima por hogar, prima de antigüedad y prima de profesionalización, en los cuales se previó de **manera expresa** un incremento **progresivo** del veinte por ciento (20%) **hasta el vencimiento de la referida Convención Colectiva**. En tal sentido, si bien es cierto que el monto por concepto de bono vacacional pagado a los funcionarios o empleados del Municipio Juan Germán Roscio en el ejercicio fiscal 2006, no podría ser desmejorado para el ejercicio fiscal 2007, en atención a los principios laborales antes analizados, no lo es menos, que dicho pago a nuestro juicio no tendría sustento legal alguno para su incremento **adicional** en un veinte por ciento (20%) para el año 2007, de allí que el monto pagado en el 2006, se mantiene hasta tanto se estipule nuevamente el referido incremento.

Señalado lo anterior, es necesario hacer la salvedad, que aún cuando el pago del bono vacacional no pudiera incrementarse de forma adicional en un veinte por ciento (20%) para el ejercicio fiscal 2007 **conforme a la Cláusula N° 25 de la Convención Colectiva**, éste sufriría un aumento en esa misma proporción (20%) de manera correlativa cada vez que el Municipio dé cumplimiento a la Cláusula N° 29, **incrementando el sueldo básico**, definido en la Convención como “*la remuneración asignada al empleado por el ejercicio de sus funciones que percibe de manera **regular y permanente***” (destacado nuestro), en tanto, el concepto de sueldo básico previsto en la Convención Colectiva coincide con el de “sueldo normal”, previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, aplicado para el pago del bono vacacional, hasta tanto se suscriba una nueva Convención que establezca de manera expresa la progresividad del referido incremento, adicionalmente al que corresponde de manera “regular” con cada aumento de sueldo básico, tal como fue señalado anteriormente.

Memorando N° 04-00-904 del 14 de diciembre de 2007.



*FUNCIÓN PÚBLICA: Imposibilidad de hacer extensivo el beneficio social de alimentación previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, a los funcionarios que están de reposo o disfrutando vacaciones.*

**El otorgamiento del beneficio de alimentación debe ajustarse a los principios y disposiciones establecidos en la Ley que rige la materia, la cual debe prevalecer sobre las disposiciones Reglamentarias contrarias a su espíritu, propósito y razón.**

Memorando N° 04-00-711 del 13 de noviembre de 2008.

Solicitada la opinión en relación al contenido del Dictamen N° 09-2008, emanado de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, que se pronuncia favorablemente en hacer extensivo el beneficio social, previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, que se encuentren en situación de reposo médico, expedido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y aquellos en disfrute del período vacacional.

Como punto previo, cabe citar parte del criterio expuesto por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, mediante Dictamen N° 09-2008 de fecha 25 de junio de 2008, en el que se analizó el artículo 19 del vigente Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, el cual es del tenor siguiente:

*(Omissis)*

*“Ahora bien, se comparte la interpretación antes transcrita, sin embargo, es incongruente que de la misma se pretenda otorgar un carácter de imputabilidad al ejercicio de derechos consagrados legalmente, como son: el descanso vacacional, los permisos, los descansos pre y post natal y los períodos de incapacidad (reposos), ya que los mismos son derechos sociolaborales, no se originan de la voluntad del trabajador o trabajadora y su disfrute o ejercicio no podrá invocarse en ningún caso como argumento que enerven la obligación de la empleadora o empleador de otorgar el beneficio de alimentación, menos aún, cuando da cumplimiento a este beneficio mediante la provisión o entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.*

*Esta Consultoría Jurídica con base en los razonamientos*

*y la normativa anteriormente invocada, concluye que la no prestación de servicios de la trabajadora o del 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, más aún, cuando la empleadora o empleador de cumplimiento al mismo, mediante la provisión o entrega de tickets de alimentación a sus trabajadoras y/o trabajadores, tal como lo establece el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores.*

*En consecuencia la trabajadora y/o el trabajador, que se encuentre en las circunstancias, o en ejercicio de los derechos anteriormente descritos, **deberá recibir el beneficio de alimentación, durante el lapso en el cual persistan estas condiciones y por ende le impidan la prestación del servicio**, por lo tanto la empleadora o el empleador dará cumplimiento a la obligación, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y en los términos previstos en el artículo 19 de su Reglamento.”*  
(Destacado y subrayado nuestros)

El criterio antes citado, modificó la opinión contenida en el Dictamen N° 14 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social de fecha 16 de octubre de 2006.

Al respecto, es importante indicar que en sentido estricto de derecho, los dictámenes u opiniones jurídicas, no tienen carácter vinculante, salvo en aquellos casos, en los cuales la propia Ley así lo establezca. Consideramos, que la opinión proferida por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, si bien es de alta relevancia por cuanto es el órgano llamado a establecer la doctrina aplicable en materia del trabajo y seguridad social, y en el caso en concreto, dicho criterio, sin duda tuvo por norte propender a la justicia social de los trabajadores venezolanos, al hacer extensivo el beneficio de alimentación, mediante la provisión o entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación a los trabajadores que se encuentren en situación de descanso vacacional, permisos, descansos pre y post natal y períodos de incapacidad (reposos), no lo es menos, que la misma debe ser revisada y

aplicada en completa armonía con los principios y disposiciones establecidos en la norma de carácter general, marco de las actuaciones específicas, vale decir, la Ley de Alimentación para los Trabajadores<sup>1</sup>.

El objeto de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, es 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*.

Para el cumplimiento del objeto de la normativa, la Ley prevé que los empleadores del sector público y del sector privado, que tengan a su cargo 20 ó más trabajadores, deben otorgar **una comida balanceada durante la jornada de trabajo**. A los efectos de la Ley, 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 puede observarse, el carácter de esta normativa es eminentemente sociolaboral, toda vez que su propósito es amparar **exclusivamente al trabajador durante la jornada diaria**, en el sentido de garantizarle al menos, **una comida** balanceada con lo cual se protege **su estado nutricional**, se fortalece su salud, previene enfermedades ocupacionales, entre otros aspectos.

En ese sentido, el especialista en Derecho Laboral Carlos Sainz Muñoz<sup>2</sup> señala, que “(...) *la comida para el trabajador significa una condición de trabajo inherente y simultánea a la prestación del servicio (...)* **la alimentación de los trabajadores constituye un hecho que se causa durante, con ocasión o como consecuencia del trabajo**” (...) (Destacado y subrayado nuestros)

Es importante destacar, que lo que privilegia el legislador, es el **acto presencial del trabajador** (entendido éste en su acepción más amplia tanto en la esfera pública como privada) a su jornada laboral, toda vez que se

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.094 del 27 de diciembre de 2004.

2 Obra: Lineamientos Prácticos: Ley de Alimentación de los Trabajadores y su Nuevo Reglamento. Impreso en Global Print, C.A. La Victoria. Estado Aragua. Venezuela, 2006. p. 24.

pretende cuidar su estado nutricional cada día que asista a sus labores.

Al respecto, cabe señalar que la Ley Orgánica del Trabajo<sup>3</sup>, en su artículo 189 define por **jornada de trabajo**<sup>4</sup> “(...) el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer libremente de su actividad y de sus movimientos. Se considera que el trabajador está a disposición del patrono desde el momento en que llega al lugar donde deba efectuar su trabajo, o donde deba recibir órdenes o instrucciones respecto al trabajo que se ha de efectuar cada día, hasta que pueda disponer libremente de su tiempo y de su actividad.”

Sobre el particular, consideramos muy acertado lo señalado por el citado autor Sainz Muñoz<sup>5</sup>, cuando sostiene “*Es claro que el concepto de jornada implica una situación de subordinación del trabajador a disposición del patrono y este concepto **se inicia cuando el trabajador debe llegar al sitio donde deba realizar la labor para la cual ha sido contratado o hasta donde tenga que recibir las instrucciones; y finalizará la jornada cuando el trabajador puede libremente disponer de su actividad, movimientos y tiempo.***” (Destacado y subrayado nuestros)

Por otra parte, la Ley de Alimentación para los Trabajadores establece de forma taxativa las modalidades, mediante las cuales el empleador (patrono) **a su elección o escogencia**, podrá implementar el beneficio de alimentación a favor de sus trabajadores. Así, el artículo 4 *eiusdem*, establece las formas siguientes:

1. *“Mediante la instalación de comedores propios de la empresa, operados por ella o contratados con terceros, en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones.*
2. *Mediante la contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales.*
3. *Mediante la provisión o entrega al trabajador de*

---

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

4 También definida en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

5 Íbid. p. 42.

**cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación**, emitidas por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, con los que el trabajador podrá obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas.

4. Mediante la provisión o entrega al **trabajador de una tarjeta electrónica de alimentación**, emitida por una empresa especializada en la administración de beneficios sociales, la cual se destinará a la compra de comidas y alimentos, y podrá ser utilizado únicamente en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos, con los cuales la empresa haya celebrado convenio a tales fines, directamente o a través de empresas de servicio especializadas.
5. Mediante la instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo, para que atiendan a los beneficiarios de la ley.
6. Mediante la utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición.

*En ningún caso el beneficio de alimentación será pagado en dinero en efectivo o su equivalente, ni por otro medio que desvirtúe el propósito de la ley.*

*Cuando el beneficio previsto en esta Ley se encuentre consagrado en convenciones colectivas de trabajo, la elección de las modalidades de cumplimiento deberá ser hecha de común acuerdo entre el empleador y los sindicatos que sean parte de dicha convención.” (Destacado y subrayado nuestros)*

No cabe duda, que la modalidad que prevalece como forma para suministrar una comida balanceada al trabajador, durante su jornada de trabajo, es el **servicio de comedores**, ya sean éstos propios de la empresa, administrados por ella o por terceros, comunes por parte de varias empresas o bien administrados por el órgano competente en materia de nutrición. Nótese que la primera intención del legislador, es

otorgarle de manera directa y personal al trabajador que asista a sus labores diarias una comida balanceada.

No obstante, también se establecieron otras modalidades para el cumplimiento de la mencionada obligación por parte de los empleadores, a través de la provisión o entrega al trabajador de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación. A nuestro juicio, estas formas de suministrar el beneficio de alimentación, son mecanismos que permiten no sólo facilitar el cumplimiento de la obligación por parte del patrono sino que al propio tiempo, otorgan al trabajador libertad para obtener las comidas o alimentos que va a ingerir, en el sentido de escoger el lugar y la forma para ello, sea en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas, sin desvirtuarse de ninguna manera, la preeminencia de la jornada laboral, **la cual desde luego, se cuenta por días hábiles efectivamente laborados.**

Lo antes señalado se desprende claramente, al revisar el contenido del Parágrafo Primero del artículo 5 de la Ley *in commento*, según el cual el empleador que otorgue el beneficio previsto en dicha Ley, a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, suministrará un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, **por cada jornada de trabajo**, cuyo valor no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero como cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.). Cabe destacar, que conforme al encabezado del mencionado artículo 5, el beneficio de alimentación no es considerado como salario, de conformidad a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, **salvo que en las condiciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo se estipule lo contrario.**

En relación con la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, hacemos nuevamente referencia a lo expresado por el autor Sainz Muñoz<sup>6</sup>, quien señala que “*Esta es otra de las modalidades que permiten al patrono el cumplimiento de la obligación nutricional a sus trabajadores. En este supuesto a nuestro modo de ver, **es un cumplimiento por equivalencia ya que el patrono sustituye la obligación de entregar una comida diaria a los trabajadores por algunas de estas modalidades** (...).*” (Destacado y subrayado nuestros)

---

<sup>6</sup> Íbid. p. 48.

En ese mismo sentido, este Órgano Contralor emitió su opinión<sup>7</sup> sostener que “*la entrega del denominado ticket o cupón de alimentación o cesta ticket es una manera de hacer efectivo un beneficio social de carácter no remunerativo, pues constituye una **modalidad de cumplimiento indirecto de la obligación del patrono de suministrar una comida balanceada por jornada de trabajo**, y se materializa cuando dichos ticket o cupones pueden ser canjeados solamente por comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas, en cuyo caso, independientemente del mecanismo adoptado por el empleador para el otorgamiento del beneficio (cupones, ticket, tarjeta electrónicas, comedores, etc.) **no tienen carácter salarial**, salvo que así se pacte expresamente en el contrato de trabajo o en la convención colectiva (...).*” (Destacado y subrayado nuestros)

Asimismo, cabe ratificar en todas sus partes el criterio de esta Dirección General, emitido en el año 2005<sup>8</sup> sobre la aplicación del beneficio de alimentación previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, del cual pasamos a citar los extractos siguientes:

(Omissis)

“(...) queda claro que la entrega del denominado ticket o cupón de alimentación o ‘cesta ticket’ o tarjeta electrónica de alimentación es un mecanismo para hacer efectivo un beneficio social de carácter no remunerativo, es decir, **constituyen una modalidad de cumplimiento de la obligación del patrono de suministrar una comida balanceada por jornada de trabajo**, que se materializa cuando dichos ticket o cupones pueden ser utilizados ‘exclusivamente para el pago de comidas o alimentos’ (numeral 2 del párrafo primero del artículo 6°).” (...)

(Omissis) (Destacado y subrayado nuestros)

De allí que el beneficio a que se refiere la Ley de Alimentación para los Trabajadores, **debe aplicarse únicamente**

7 Oficio N° 01-00-000964 de fecha 25 de octubre de 2005, contenido de las observaciones realizadas a la IV CONVENCIÓN COLECTIVA MARCO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, dirigido a la Procuradora General de la República.

8 Memorando dirigido a los Directores Generales N° 04-00-367 de fecha 15 de noviembre de 2005. pp. 10 y 13.

**a aquéllos trabajadores que encuadren dentro de los supuestos legales para su procedencia citados precedentemente y que hayan cumplido efectivamente con la jornada de trabajo para la cual fue designado, quedando excluido por lo tanto aquellos trabajadores en disfrute de vacaciones o de reposo médico o permiso pues durante dicho lapso no cumplen con la jornada laboral.**” (Destacado y subrayado nuestros)

Así las cosas, la prestación del beneficio de alimentación a los trabajadores, comporta dos elementos claves que se encuentran entrelazados y que configuran en sí mismo dicho beneficio, los cuales son: **la presencia del trabajador a sus labores diarias o jornada laboral y el suministro de una comida diaria balanceada.** Este beneficio es de obligatorio cumplimiento para aquellos empleadores o patronos del sector público y del sector privado, que tengan a su cargo 20 ó más trabajadores y el mismo no tiene incidencia salarial, salvo pacto en contrario, tal como se indicó anteriormente.

Estos son a grandes rasgos, las disposiciones que sobre la materia prevalecen al momento de dar cumplimiento al beneficio de alimentación a los trabajadores.

Ahora bien, el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores<sup>9</sup>, en su artículo 3 reproduce algunos elementos de la definición de jornada de trabajo, prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, bajo la forma siguiente:

*“Se entiende por jornada de trabajo a los efectos de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y este Reglamento, el tiempo pactado entre las partes durante el cual el trabajador o trabajadora está a disposición del empleador o empleadora y no puede disponer libremente 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 del Trabajo.”*

El Reglamento mantiene al igual que la Ley, como elemento indis-

---

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



pensable para otorgar el beneficio de alimentación, el cumplimiento efectivo de la jornada laboral por parte de los trabajadores, y establece solución, en el caso de aquellos trabajadores que **laboren jornadas inferiores al límite diario, previsto en el artículo 90 de la Carta Fundamental**, de la forma siguiente:

1. *“Cuando el beneficio sea otorgado a estos trabajadores y trabajadoras a través de tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación, conforme a los numerales 3 y 4 del artículo 4° de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación), podrá ser **prorrateado por el número efectivo de horas laboradas** y se considerará satisfecha la obligación por el empleador o empleadora, cuando dé cumplimiento a la alícuota respectiva. En este caso, si el trabajador labora para varios empleadores o empleadoras, éstos podrán convenir entre sí que el otorgamiento del beneficio sea realizado en forma íntegra por uno de ellos, quedando de esta forma satisfecha la obligación respecto a los otros empleadores.*
2. *Cuando el beneficio sea otorgado por el empleador o empleadora, conforme a los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 4° de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (suministro de comida elaborada o servicio de comedores), **el mismo será percibido en forma íntegra por el trabajador o trabajadora, atendiendo a su naturaleza única e indivisible**, sin perjuicio de que, cuando labore para varios patronos, éstos puedan llegar a acuerdos a los fines de que el trabajador o trabajadora reciba el beneficio costeadado entre ellos de manera equitativa o proporcional”.*

Asimismo, refiriéndonos al caso en concreto del contenido del artículo 19 del Reglamento *in comento*, cabe indicar que prevé lo siguiente:

*“Cuando el beneficio sea otorgado mediante la provisión o entrega al trabajador o trabajadora de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la no prestación del servicio **por causas no imputable al trabajador o***

**trabajadora, no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada.**” (Destacado y subrayado nuestros)

De la disposición antes citada, puede observarse que el Reglamento estableció una excepción cuando la ausencia del trabajador a sus labores se produzca por causas no imputables a éste, caso en el cual el beneficio de alimentación que percibe, a través de la modalidad de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, no será motivo para la suspensión del referido beneficio, **correspondiente a esa jornada.**

Nótese, que si bien es cierto, la intención de la norma es amparar al trabajador cuando la falta a sus labores es producida por un evento que no pueda controlar (causas no imputables), como el caso de aquellas circunstancias que surgen como consecuencia del trabajo que realiza, es decir por accidente laboral, no lo es menos también, que la no suspensión del beneficio de alimentación en este caso, **no fue planteada para ausencias largas o prolongadas**, en tanto la norma señala la frase **correspondiente a esa jornada**, es decir, concreta a una falta determinada y no para casos de ausencias por períodos largos como vacaciones, reposos médicos, pre y post natal, entre otros.

Sin embargo, encontramos que esta disposición reglamentaria –no obstante ser una norma de derecho positivo- está en **franca e inequívoca contradicción con las disposiciones de la Ley de Alimentación para los Trabajadores (artículos 1, 2, 4, 5 y 11), por el exceso en que incurre su contenido.**

En efecto, es importante recordar que uno de los elementos que configuran el beneficio de alimentación, otorgado mediante cualesquiera de las modalidades previstas en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, es precisamente la asistencia a la jornada laboral, toda vez que se protege **es el estado nutricional del trabajador durante cada día que asista a sus labores ordinarias, a través del suministro de una comida balaceada**, lo cual comprende sin duda, el fundamento de la obligación a cargo de los empleadores o patronos.

En este sentido, cabe precisar que la Ley de Alimentación para los Trabajadores, es la normativa marco en la materia, por lo que el Reglamento debe estar sujeto a los principios y disposiciones contenidos en

ella, sin que pueda aceptarse desde el punto de vista jurídico, que sus normas prevalezcan por encima de la propia Ley que desarrolla.

Ello se fundamenta en el **principio de jerarquía de las leyes actos normativos**<sup>10</sup>, según el cual un acto normativo inferior no puede ir en contra de uno superior. Así pues, el reglamento no puede ir por encima de la Ley.

Ciertamente, el reglamento regula y desarrolla la Ley pero no puede ir en su contra al detallar la conducta humana y las acciones específicas de los sujetos a la norma. De manera que la Ley como acto normativo de carácter general y abstracto que regula la actividad de los integrantes de la colectividad por vía objetiva y permanente, se desarrolla en sentido vertical, mientras que el reglamento como acto normativo de rango inferior que desarrolla la vida de la relación con los caracteres de la generalidad y abstracción, se despliega en el ámbito horizontal.

Así, observamos que este principio está recogido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>11</sup>, en los términos siguientes:

(Omissis)

*“Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, **ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio, de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley,** no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.”* (Destacado y subrayado nuestros)

De manera que, debe atenderse al propósito del Legislador cuando

10 La doctrina venezolana, señala que “Este principio se fundamenta en la idea de atribuirle rango a las normas, razón por la cual habrán algunas que serán superiores a otras, tendrán mayor fuerza de obligar. En otras existe una escala, como es lógico, unas normas superiores y otras inferiores, donde las primeras priman sobre las segundas, y éstas respetan el contenido de aquéllas. Es esta posición relativa de superioridad intrínseca de una normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía.” (SANTA MARÍA, 1998) (...).

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

estableció con claridad los principios, bases y normas previstas en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, a los fines que el empleador o patrono de cumplimiento al referido beneficio.

En ese orden de ideas, examinado el Dictamen emanado de la Consultoría Jurídica del MINTRA, apreciamos que se trata de una opinión en cuyo caso debe respetar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>12</sup>, que dispone lo siguiente:

**“Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.”** (Destacado y subrayado nuestros)

El artículo transcrito establece, el principio de jerarquía y de sometimiento de los actos de jerarquía inferior a los actos de jerarquía superior, por ende los actos de efectos generales no pueden ser derogados o vulnerados por actos administrativos de efectos particulares.

En el presente, existe una Ley de rango muy superior a un Dictamen y en consecuencia de carácter obligatorio, hasta tanto se modifique, derogue o el Tribunal Supremo de Justicia, declare su nulidad, mientras ello no ocurra, el beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, se hará en los términos allí previstos.

Asimismo, resulta oportuno citar lo expresado por la jurista venezolana Beatriz Quiroz de Bravo, en su ponencia sobre la “Problemática ética o carencia ética como origen de la problemática humana”<sup>13</sup>, cuando señala:

*“(...) existe una enorme variedad de criterios de orden legal que pueden llegar a originar una verdadera confusión en la mentalidad de una persona. Por el hecho de que existan*

---

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

13 Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica “Sociedad, Diversidad y Derecho”, realizado en Argentina, titulada “Problemática ética o carencia ética como origen de la problemática humana”, fundamentado en base al Quinto Sistema de Dirección y Manejo de la Libre Iniciativa del empresario y asesor de empresas venezolano H. Dubric, contenido en sus obras: Ética y Moral Ejecutiva y Nacimiento de un Nuevo Ejecutivo. Fuente: [http://www.sasju.org.ar/encuentros/vii/sasju2006/comision07/comision\\_7\\_8.pdf](http://www.sasju.org.ar/encuentros/vii/sasju2006/comision07/comision_7_8.pdf).

*códigos escritos, no ofrecen la posibilidad de que la amplia difusión de la ley, no den un mínimo de distorsión, y un amplio margen de error, puede inclusive, plantearse de manera universal y por tanto enseñarse y difundirse de generación en generación las diferentes normas o leyes, pero NO ES LO QUE TRANSFORMA A LAS INDIVIDUALIDADES. Quien se apege a este criterio LEGAL, **se apega es a la letra y no al espíritu de la ley**, es aquí donde surge el legalismo, que podría ser considerado como la falla principal de toda ley, por su errónea interpretación.”*  
(Destacado y subrayado nuestros)

Por otra parte, observamos que la disposición contenida en el artículo 19 del Reglamento, crea desigualdad entre los demás trabajadores, toda vez que la modalidad predominante para dar cumplimiento al beneficio de alimentación -una comida balaceada por jornada laboral,- es el **servicio de comedores**, mediante la cual como es natural, el trabajador percibe el beneficio de forma *intuitio personae*. De tal manera, que es importante reflexionar, sobre el caso de aquellos trabajadores **que tienen iguales derechos ante la Ley Orgánica del Trabajo**, que se ausentan por motivos no imputables a éste, pero que perciben directamente los alimentos, a través del servicio de comedores, toda vez que se encuentran a todas luces, en desventaja ante aquellos trabajadores que perciben el beneficio, a través de la modalidad de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, tomando en consideración que la **igualdad** es uno de los valores superiores que rige la actuación del Estado venezolano, tal como lo dispone el artículo 2 del Texto Fundamental en concordancia con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Finalmente, es importante analizar el impacto económico para el patrono o empleador del sector público y privado, al otorgar el beneficio de alimentación bajo las condiciones que establece el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, toda vez que si bien es cierto el mencionado beneficio no tiene en la esfera del trabajador carácter o incidencia salarial, no es menos cierto, que para el sujeto obligado a otorgarlo, genera **gastos financieros mayores**, que necesariamente deben ser revisados, más aún en el caso de aquellos

trabajadores que están gozando de manera efectiva de sus derechos a percibir remuneración y bono vacacional durante el descanso anual, remuneración otorgada en muchos casos durante los permisos pre y postnatal, así como durante los reposos médicos, en los cuales el empleador está cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones laborales y al mismo tiempo, el trabajador está siendo amparado o percibiendo de forma efectiva sus derechos.

Con fundamento en lo antes expuesto podemos concluir, que el otorgamiento del beneficio de alimentación debe ajustarse a los principios y disposiciones establecidos en la Ley que rige la materia, la cual prevalece sobre el mencionado Reglamento y con más razón en el caso del Dictamen 09-2008 previamente analizado, en el que se evidencia que contraría el espíritu y razón de la propia Ley.

Memorando N° 04-00-711 del 13 de noviembre de 2008.

*FUNCIÓN PÚBLICA: Procedencia del pago de los beneficios sociales generados con ocasión a la prestación de servicio, a los trabajadores y funcionarios que se encuentran en situación de reposo.*

**Los funcionarios que se encuentre en cualesquiera de las situaciones administrativas tales como: comisión de servicio, traslado, permiso o licencia, o en período de disponibilidad, se consideraran en servicio activo y conservan el goce pleno de sus derechos adquiridos en su carácter de funcionarios.**

Memorando N° 04-00-775 del 15 de diciembre de 2008.

Se solicita opinión respecto a la procedencia del pago de beneficios laborales tales como: prestación de antigüedad, vacaciones y bonificación de fin de año, en el caso de trabajadores o funcionarios que se encuentren en reposo por incapacidad temporal de conformidad con el artículo 9 de la Ley del Seguro Social.

Como punto previo, es preciso indicar que los funcionarios o empleados públicos, así como los trabajadores y obreros al servicio de la Administración Pública (*latu sensu*), están amparados por las disposiciones de la Ley del Seguro Social<sup>1</sup>, en su carácter de asegurados, ante cualquier contingencia que ocurra, prevista en esta Ley, entre las que se encuentra la incapacidad temporal por causa de enfermedad o accidente, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 *eiusdem*.

En ese orden de ideas, en lo que respecta al régimen aplicable a los asegurados por incapacidad temporal, tenemos que el artículo 9 de la Ley *in commento* prescribe lo siguiente:

*“Las aseguradas y los asegurados tienen derecho en caso de incapacidad temporal para el trabajo debido a enfermedad o accidente, a una indemnización diaria desde el cuarto (4°) día de incapacidad. La duración y atribución de las indemnizaciones diarias no podrán exceder de cincuenta y dos (52) semanas para un mismo caso.”* (Subrayado nuestro)

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008, cuyas disposiciones rigen las situaciones y relaciones jurídicas con ocasión de la protección de la Seguridad Social a sus beneficiarias y beneficiarios en las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de dicha Ley.

En ese sentido, se desprende que dicha indemnización diaria por incapacidad temporal para el trabajo tiene un límite en el tiempo, es decir de cincuenta y dos (52) semanas consecutivas y su monto en la práctica equivale a dos tercios (2/3) del promedio diario del salario del asegurado, el cual debe ser satisfecho por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales por períodos vencidos, a tenor de lo previsto en el artículo 141 del Reglamento de la Ley del Seguro Social<sup>2</sup> el cual establece:

*“En caso de enfermedad o accidente que le incapacite para el trabajo, el asegurado tendrá derecho desde el cuarto (4°) día de incapacidad y hasta por cincuenta y dos (52) semanas consecutivas, a una indemnización diaria equivalente a los dos tercios (2/3) del promedio diario de salario, la cual se pagará por períodos vencidos. Dicho promedio se determinará de la siguiente forma:*

*a) Se sumarán los salarios semanales sobre los cuales se hubiere cotizado o recibido prestaciones de dinero, durante el período señalado en el último documento de comprobación de derechos emitido por el Instituto. El total así obtenido se dividirá entre el número de semanas de que conste dicho período; y*

*b) El cociente resultante de la operación indicada en la letra anterior se dividirá entre siete (7) para obtener así el promedio diario del salario.”*

**Parágrafo Único:**

*A los fines de lo establecido en este artículo, el facultativo que declare la incapacidad temporal para el trabajo deberá indicar, en todo caso, en el mismo acto, los períodos en los cuales se deberá evaluar las condiciones físicas del asegurado y determinar sobre el estado de su incapacidad. Con el objeto de decidir si continúa la incapacidad temporal, si ha cesado la misma o si por el contrario ella es permanente, en cuyo caso deberá ser cubierta por el Fondo de Pensiones como, incapacidad parcial o invalidez.”*  
(Subrayado nuestro)

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 4.570 Extraordinario del 30 de abril de 1993.



Asimismo, para que proceda el pago de la indemnización diaria a que se contraen las disposiciones que anteceden, la incapacidad temporal debe ser declarada por un médico o facultativo que esté al servicio del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147 del mencionado Reglamento, según el cual:

*“El derecho a la indemnización diaria nacerá el día en que la incapacidad sea certificada por el médico tratante del asegurado y que esté al servicio del Instituto.*

*Sin embargo, si el asegurado presenta pruebas suficientes a juicio del Instituto, de que su incapacidad es anterior a dicha fecha y que ha estado en incapacidad de declararla en tiempo oportuno, la indemnización diaria le será debida por un período que no excederá de seis (6) días antes de la certificación extendida por el médico del Seguro.” (Destacado y subrayado nuestros)*

No obstante, cabe significar que la procedencia del pago en referencia por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, dependerá además de la solvencia del patrono (Administración Pública en cualesquiera de sus niveles territoriales), con sus obligaciones respecto a la seguridad social de sus trabajadores, en caso contrario le corresponderá pagar el 100% de la erogación del salario, efectuándose una compensación posterior de las cantidades pagadas en exceso por la Administración, sobre las obligaciones de éste último respecto al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, las cuales reducirán en aquella última medida.

Señalado lo anterior, es oportuno indicar que los funcionarios públicos sometidos al régimen estatutario de carácter general, se encuentran regulados igualmente en caso de enfermedad grave o de larga duración por lo dispuesto en el artículo 62 del vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa<sup>3</sup>, según el cual:

*“En los casos de enfermedad grave o de larga duración, los permisos será extendidos mensualmente y prorrogables por igual período, siempre que no excedan del previsto en la Ley del Seguro Social.”*

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.905 Extraordinario del 18 de enero de 1982.

*A partir del tercer mes, el organismo solicitará del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, o del Servicio Médico de los organismos o de una Junta Médica que designará al efecto, el examen del funcionario para determinar sobre la evolución de su enfermedad y la prórroga del permiso.*

*Cuando sea procedente se deducirá de la remuneración correspondiente al tiempo de permiso, la indemnización que corresponda al funcionario conforme a la Ley del Seguro Social.*” (Destacado y subrayado nuestros)

De las disposiciones que anteceden, se infiere que en el caso de funcionarios públicos que se encuentren de reposo médico a causa de enfermedad grave o de larga duración, el órgano o ente público al cual prestan servicios, deberá, a partir del tercer mes solicitar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales la evaluación o examen de dicho funcionario, a los fines que determine sobre la evolución de la enfermedad y la prórroga del permiso. Asimismo, cuando sea procedente, el organismo o ente público deducirá de la remuneración correspondiente al tiempo de permiso, la indemnización que corresponda al funcionario, de conformidad a la Ley del Seguro Social.

En tal sentido, la reducción del sueldo del funcionario, por concepto de deducción de la indemnización diaria que corresponda por la incapacidad temporal certificada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, procederá una vez que se hayan cumplidos los extremos previstos en las normas respectivas, es decir, que se haya realizado el examen médico por parte del mencionado Instituto al funcionario que se encuentre de reposo médico, a partir del tercer mes de haberse expedido éste y que a su vez el Instituto haya certificado la incapacidad temporal para el trabajo del funcionario.

De manera que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, al iniciar el pago de la indemnización diaria al funcionario respectivo por concepto de incapacidad temporal para el trabajo, es cuando el órgano o ente público podrá efectuar la deducción o rebaja de la remuneración del funcionario, la cantidad que representa la indemnización que corresponda pagar al IVSS, la cual no excederá de 52 semanas consecutivas.

Sin embargo, es importante advertir, que en casos de enfermedades evidentemente graves o terminales que aquejen al funcionario en estado de reposo médico, a nuestro juicio, el organismo público pudiera solicitar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales antes de transcurrir los tres meses en referencia, según el caso, que certifique la incapacidad absoluta o invalidez permanente del mismo.

A mayor abundamiento y en referencia a la incapacidad temporal, resulta oportuno citar parte del contenido de la sentencia<sup>4</sup> emitida por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 20 de abril de 2005, en la cual estableció lo siguiente:

*“De las normas citadas con anterioridad se colige, que para que proceda la consecuencia jurídica de reducir el sueldo del funcionario en caso de enfermedad, es menester cumplir con el supuesto de hecho previsto en el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, el cual es, que el organismo haya solicitado con antelación después del tercer (3°) mes consecutivo de reposo una evaluación médica del funcionario realizada por un facultativo, con el fin de determinar la incapacidad del funcionario y declarada como haya sido ésta, a partir del cuarto (4°) día de dicha declaratoria hasta por cincuenta y dos (52) semanas, es cuando nace para el organismo o ente para el cual el funcionario preste servicio, la potestad de realizar una deducción en el sueldo del funcionario equivalente a un tercio (1/3) y no antes.*

*Aplicando lo anterior al caso de autos, es pertinente señalar que en el presente caso no hay constancia de que el Ejecutivo del estado Vargas haya cumplido con el procedimiento previo que se debe realizar antes de proceder a efectuar cualquier deducción en el sueldo del funcionario, por el contrario se vislumbra del recurrido Acto Administrativo contenido en el Oficio GEV-DRH-CRLA-0133-112002, que a la querellante se le dedujo dos tercios del sueldo sin haberse declarado su incapacidad, adicionalmente, aún*

---

4 Decisión N° 2005-00689. Expediente N° AP42-N-2004-000534. Caso: Ada Colina Vs Gobernación del Estado Vargas.

*cuando hubiere sido procedente la declaratoria de incapacidad la reducción autorizada conforme a lo previsto en el párrafo único del artículo 141 del Reglamento General de la Ley del Seguro Social, es de un tercio del sueldo, no de dos tercios como lo hizo la Administración.*

*Se observa claramente, que el caso de marras se configuró un falso supuesto de hecho, pues la Administración dictó el Acto Administrativo fundado en un hecho inexistente, ya que, a pesar de que las normas utilizadas para sustentar el acto recurrido son las correctas, se aplicaron incorrectamente, debido a que no se puede aplicar una consecuencia jurídica (como lo es la reducción del sueldo) sin que se haya verificado el supuesto de hecho (declaratoria de incapacidad); por lo tanto se produjo el vicio en la causa del acto administrativo, motivo por el cual se declara su nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.”*

La anterior sentencia, ratifica lo expuesto *ut supra*, respecto a que la reducción del sueldo o remuneración del funcionario público respectivo, **debe estar previamente declarada o certificada la incapacidad temporal para trabajar por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales**, en los términos a que se contraen los artículos 9 de la Ley del Seguro Social, 141 y 147 del Reglamento General de la Ley del Seguro Social en concordancia con el artículo 62 del vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

Asimismo, es importante indicar que conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Seguro Social, el asegurado **(toda aquella persona beneficiaria del sistema de seguridad social, incluyendo los funcionarios públicos)**, sometido a tratamiento médico por una larga enfermedad, que haya agotado el lapso de prestaciones médicas y de prestaciones en dinero por incapacidad temporal, tendrá derecho de continuar recibiendo esas prestaciones **siempre que haya dictamen médico favorable a su recuperación**, toda vez, que en caso contrario, su situación podría convertirse en una incapacidad parcial o invalidez, según el caso, en los que procederá el pago por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, de la pensión correspondiente.

Igualmente, cabe señalar que los asegurados tendrán derecho a la indemnización por incapacidad temporal, siempre que no ejecuten labor remunerada, a tenor de lo previsto en el artículo 12 de la Ley *in commento*.

Ahora bien, en relación a los derechos de los funcionarios públicos en situación de permiso por reposo médico o incapacitados temporalmente para trabajar, cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra, en el artículo 91, el derecho que tiene todo trabajador o trabajadora a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales, asimismo se consagra en dicha disposición la inembargabilidad del salario, así como su pago periódico y oportuno.

Este derecho al salario, constituye un derecho laboral intangible, progresivo e irrenunciable que se concreta en un crédito de exigibilidad inmediata, desprendiéndose que tal exigibilidad se origina por la prestación previa de un servicio personal, es decir, tal derecho es originado como consecuencia de una contraprestación a las actividades realizadas por el trabajador, entendida ésta, como funciones originadas por una relación laboral preexistente, que en el caso de funcionarios públicos se trata de una **relación funcionarial**, en la cual la Administración como “patrono”, debe cancelarle al funcionario una cantidad determinada de dinero (sueldo) por haber prestado sus servicios, desempeñando la labor que le fue encomendada.

En lo que respecta al marco legal aplicable a las relaciones entre los funcionarios públicos y la Administración Pública, conviene destacar que la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>5</sup> señala en el artículo 1, el ámbito subjetivo de la misma, previendo: “La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales (...).” (Subrayado nuestro)

Del texto de la norma parcialmente transcrito se colige, que dicha disposición es aplicable a las relaciones de trabajo entre los funcionarios públicos con la Administración, en cualquiera de sus niveles territoriales.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.522 del 06 de septiembre del 2002.

Así las cosas y respecto a la situación de permiso, el artículo 70 *eiusdem* señala lo siguiente:

**“Artículo 70.** *Se considera en servicio activo al funcionario que ejerza el cargo o se encuentre en comisión de servicio, traslado, suspensión con goce de sueldo, permiso o licencia.”*  
(Subrayado nuestro)

En ese orden de ideas, los artículos 47 y 48 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, disponen lo siguiente:

**“Artículo 47.** *Se considera en servicio activo al funcionario que ejerza el cargo del cual es titular, o que se encuentre en comisión de servicio, traslado, permiso o licencia, o en período de disponibilidad.* (Subrayado nuestro)

**Artículo 48.** *El funcionario que se encuentre en una determinada situación administrativa, conserva el goce de sus derechos y está sometido al cumplimiento de los deberes propios de la misma”.* (Subrayado nuestro)

De acuerdo a las normas transcritas, se considera en servicio activo el funcionario que ejerza el cargo del cual es titular, o que se encuentre en comisión de servicio, traslado, permiso o licencia, o en período de disponibilidad, por lo que puede afirmarse, que **en los casos en los cuales el funcionario se encuentre en cualesquiera de las situaciones administrativas referidas, se considerará en servicio activo y conservará el goce de sus derechos.**

Asimismo, los artículos 59, 60 y 61 *eiusdem* prescriben lo siguiente:

**“Artículo 59.** *En caso de enfermedad o accidente que no causen invalidez absoluta y permanente para el ejercicio de su cargo, el funcionario tiene derecho a permiso por el tiempo que duren tales circunstancias. En ningún caso podrá excederse el lapso máximo previsto en la Ley del Seguro Social.* (Subrayado nuestro)

**Artículo 60.** *Para el otorgamiento del permiso previsto en el artículo anterior el funcionario deberá presentar certificado médico expedido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, si el funcionario está asegurado, o*

*expedido por el Servicio Médico de los organismos, si no lo está. Excepcionalmente, cuando no se den las circunstancias anteriores, el funcionario presentará los comprobantes del médico privado que lo atiende.*

**Artículo 61.** *Los permisos por enfermedad serán concedidos por un máximo de quince días continuos, prorrogables si fuere el caso, y sometidos a los controles que establezca el organismo”.*

De conformidad con las disposiciones citadas, cabe significar, que entre las licencias previstas por el legislador se encuentra la autorización que otorga la Administración Pública a sus funcionarios para no concurrir a sus labores en caso de enfermedad o accidente, motivo por el cual, deberá considerarse en servicio activo, a los funcionarios que se encuentren en situación de permiso por enfermedad, **conservando íntegramente el disfrute de todos sus derechos** y en aquellos casos en los cuales la enfermedad sea grave o de larga duración, dichos permisos, serán extendidos mensualmente y prorrogables por igual período.

Con fundamento en las razones esgrimidas puede afirmarse que el “servicio activo” no es otra cosa que el desempeño por parte del funcionario en el ejercicio de la función pública en un determinado cargo, no debiéndose entender, que dicho desempeño en el ejercicio del cargo sea necesariamente intrínseco a la presencia del funcionario para desarrollar las funciones del cargo, por expresa disposición legal, en consecuencia, conservará el goce de todos sus derechos.

Así tenemos que, en relación al derecho que tienen los funcionarios públicos de disfrutar las vacaciones anuales, el artículo 24 de la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé lo siguiente:

**“Artículo 24.** *Los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública tendrán derecho de una vacación anual de quince días hábiles durante el primer quinquenio de servicios; de dieciocho días hábiles durante el segundo quinquenio; de veintiún días hábiles durante el tercer quinquenio y de veinticinco días hábiles a partir de decimosexto año de servicio. Asimismo, de una bonificación anual de cuarenta días de sueldo.”*

(Omissis)

En ese mismo orden de ideas, es importante examinar el contenido de los artículos 231 y 232 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>6</sup> -normativa laboral de carácter general aplicable a los funcionarios públicos de forma supletoria, en todo aquello no previsto en el régimen estatutario aplicable-, cuyo texto dispone:

***“Artículo 231. En las vacaciones no podrá comprenderse el término del preaviso ni los días en que el trabajador esté incapacitado para el trabajo. (Subrayado nuestro)***

***Artículo 232. No se considerará como interrupción de la continuidad del servicio del trabajador para el goce del derecho a las vacaciones legales remuneradas, su inasistencia al trabajo por causa justificada; pero la concesión anual podrá ser pospuesta por un período equivalente a la suma de los días que no hubiere concurrido justificadamente a sus labores.***

***Se considerará como causa justificada de inasistencia al trabajo, para los efectos de este artículo, la ausencia autorizada por el patrono, la ausencia debida a enfermedad o accidente o a otras causas debidamente comprobadas.”***  
(Subrayado nuestro)

Como puede observarse, el régimen estatutario de carácter general prevé como derecho inherente al ejercicio de la función pública, el gozar de un descanso vacacional, así como percibir al correspondiente bono vacacional.

Por su parte la Ley Orgánica de Trabajo prevé con mayor detalle, que en el período vacacional no podrán comprenderse los días en que el trabajador esté incapacitado para el trabajo, es decir, que tales días deben disfrutarse íntegramente sin descontarse los que estuvo el trabajador o funcionario ausente por incapacidad a causa de enfermedad. Asimismo, se prevé que durante la referida incapacidad, no se configura la interrupción de la continuidad del servicio del trabajo, a los fines del goce del derecho a las vacaciones legales remuneradas, por tratarse de una inasistencia justificada.

---

<sup>6</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.



Por tales razones, consideramos que el funcionario que se encuentre de permiso por incapacidad temporal tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones anuales, cuando corresponda, así como percibir el bono vacacional correspondiente.

En relación con el derecho a percibir el bono de fin de año por aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados temporalmente, el artículo 25 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece lo siguiente:

***“Artículo 25. Los funcionarios o funcionarias públicos al servicio de la Administración Pública, tendrán derecho a disfrutar, por cada año calendario, de una bonificación de fin de año equivalente a un mínimo de noventa días de sueldo integral, sin perjuicio de que pueda aumentarse por negociación colectiva.”*** (Subrayado nuestro)

Al respecto, cabe ratificar que mientras el funcionario público permanezca en servicio activo del órgano o ente público correspondiente, situación en la cual se encuentran los incapacitados temporalmente (hasta 52 semanas), por que existe una causa justificada, tiene derecho a percibir igualmente el bono de fin de año por disposición del artículo 70 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en concordancia con lo previsto en los artículos 47 y 48 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

Razonamiento valedero para el cómputo de la prestación de antigüedad, toda vez que se toma como referencia el tiempo de servicio activo prestado en la institución pública de que se trate, aún en los casos de inasistencia justificada al trabajo a causa de una incapacidad temporal, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 32, 33 y 34 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, en concordancia con los artículos 8 y 108 de la Ley Orgánica de Trabajo.

Por las razones antes expuestas, esta Dirección concluye que hasta tanto el funcionario (asegurado por el IVSS), mantenga el estatus de activo en la institución pública a la cual presta servicios, inclusive que se encuentre de reposo médico por incapacidad temporal, tendrá derecho a percibir no sólo lo correspondiente a la remuneración ajustada, pro-

ducto de la deducción o reducción a que hubiere lugar, como se indicó anteriormente, sino además todos los demás derechos adquiridos en su carácter de funcionario, tales como antigüedad, bono vacacional y bonificación de fin de año, así como el disfrute de todos los beneficios que hayan sido acordados a los trabajadores activos en el organismo de que se trate, tales como seguro por HCM, Caja de Ahorro, entre otros. Distinto es el caso de aquellos funcionarios, que pasan al estatus de pensionados por incapacidad parcial o invalidez certificada por el IVSS, motivo por el cual no son considerados funcionarios activos en la nómina del órgano o ente público donde esté adscrito.

Memorando N° 04-00-775 del 15 de diciembre de 2008.

# LICITACIONES



*LICITACIONES: Órgano competente para exigir el compromiso de responsabilidad social y la obligación de publicar la Buena Pro.*

**Corresponde al ente u órgano contratante establecer el compromiso de responsabilidad social, que con posterioridad el participante se comprometerá a asumir cuando presente la oferta respectiva, e igualmente, se estima que la modalidad a utilizar para cumplir con el requisito de publicación prevista en el Decreto 4.998, podría ser a través de la página Web oficial del ente u organismo contratante; o por la oficina de atención al ciudadano respectiva.**

Memorando N° 04-00-325 del 30 de abril 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a la aplicación del Decreto 4.998, específicamente con relación a determinar cuál de las partes intervinientes en los procesos de selección de contratistas (órgano o ente licitante u oferentes) les corresponde determinar el tipo de Compromiso de Responsabilidad Social, que asumirá el beneficiario de la Buena Pro; así como la modalidad que debe adoptarse para practicar la notificación del otorgamiento de la Buena Pro, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del referido Decreto y en los artículos 95 y 96 de la Ley de Licitaciones.

Analizada la solicitud de opinión esta Dirección estima oportuno realizar los señalamientos siguientes:

El Decreto 4.998 sobre las “Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y otras formas asociativas productoras de bienes, prestadoras de servicios y ejecutoras de obras, ubicadas en el país”<sup>1</sup> -en lo sucesivo Decreto 4.998-, aplicable a los procedimientos de selección de contratistas y las contrataciones de los órganos y entes indicados en el artículo 2 del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones<sup>2</sup> -en adelante Ley de Licitaciones-, tiene como objeto el estímulo del desarrollo y la contribución con la sostenibilidad de las formas asociativas enunciadas en su mismo nombre, otorgándole beneficios, bajo el cumplimiento de determinadas condiciones.

Dicho Decreto en el numeral 10 de su artículo 3 define como compromiso de responsabilidad social a todos aquellos acuerdos donde se

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

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

establezca al menos un compromiso relacionado con:

1. la creación de nuevos empleos permanentes,
2. formación socio-productiva de integrantes de la comunidad,
3. venta de bienes a precios solidarios,
4. ofertas sociales para la ejecución de proyectos de desarrollo socio-comunitarios,
5. aportes en dinero o especies a programas sociales desarrollados por el Estado o a Instituciones sin fines de lucro.

El compromiso de Responsabilidad Social, constituye una condición de estricto cumplimiento para la participación dentro de las contrataciones del Estado, que debe estar debidamente especificado en los pliegos de licitación o condiciones de contratación y en las cláusulas de los contratos, con los propósitos siguientes:

- Incentivar a los empresarios a fin de generar nuevos empleos que beneficien a los habitantes de la comunidad donde se encuentra ubicada la empresa, industria, cooperativa u otra forma asociativa, o donde se ejecute la obra, se preste el servicio o se adquiera el bien, a fin de ocupar la mano de obra y disminuir el desempleo.
- Diseñar planes donde se permita, a través de talleres a dictarse dentro de la misma comunidad o empresa, para formar a los futuros trabajadores en el área que les compete a la empresa, industria, cooperativa u otra forma asociativa, generando mano de obra calificada.
- Promover la venta solidaria de los productos que generan las empresas, industrias, cooperativas u otras formas asociativas, dentro de la comunidad donde se encuentran, a objeto de abaratar los costos y socializar el bien.
- Apoyar los programas estratégicos del Estado para la ejecución de proyectos comunitarios bien sea a través de aportes en el área de bienes y servicios como en la producción intelectual y recursos económicos con planes claramente sustentados.
- Realizar aporte debidamente motivado, por parte de las empresas Pymis, cooperativas y otras formas asociativas, a las

comunidades organizadas, a través de un convenio firmado por la comunidad, el ente contratante y el contratista.

Ahora bien, para determinar si corresponde al órgano o ente contratante o al participante en el procedimiento de selección, fijar el compromiso de responsabilidad social que ha de cumplir el contratista, resulta necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del Decreto 4.998, los cuales disponen lo siguiente:

**“Artículo 9°.** *Para beneficiarse de las preferencias previstas en el artículo 10 del presente Decreto, las pequeñas y medianas industrias (PyMis), cooperativas y otras formas asociativas, que participen en algún procedimiento de selección de contratistas, deberán acompañar a sus ofertas con una declaración jurada mediante la cual el participante:*  
(Omissis)

*c) Especifique los compromisos de Responsabilidad Social a los que se compromete.*

**Artículo 20°.** *Los órganos y entes señalados en el artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, establecerán en los pliegos de licitación general o selectiva o en las condiciones de contratación, el cumplimiento del o los compromisos de responsabilidad social por parte del contratista.*

*Así mismo, los órganos y entes contratantes velarán por el cumplimiento de los compromisos de Responsabilidad Social por parte del contratista.”*

Conforme a lo previsto en el artículo 9, quienes participen en los procedimientos de selección de contratistas (PyMis, cooperativas y otras formas asociativas) que deseen beneficiarse con las preferencias porcentuales previstas en el artículo 10 del citado Decreto, deben acompañar a su oferta una declaración jurada especificando, entre otros aspectos, el compromiso de responsabilidad social que se comprometen a realizar en el caso de resultar seleccionados como contratistas.

Por su parte el artículo 20 del Decreto en comentario, dispone que los entes u órganos, señalados en el artículo 2 de la Ley de Licitaciones, deberán

establecer el cumplimiento o los compromisos de responsabilidad social, en los respectivos pliegos de licitación o en las condiciones de contratación, y con esta exigencia el Decreto 4.998, garantiza el respeto a los principios que rigen la materia de contratación administrativa y su aplicación práctica en la elaboración de los pliegos licitatorios, lo que resulta indispensable para garantizar la eficacia del procedimiento llevado a cabo.

Así, conforme con el dispositivo citado, el órgano o entidad licitante está obligado a realizar una referencia específica del compromiso de responsabilidad social, en los pliegos de licitación o en las condiciones de contratación y de esta manera se respeta la igualdad de oportunidades de los diferentes interesados en participar en los procedimientos de selección, quienes estarán en idénticas condiciones, y gozarán de las mismas oportunidades y facilidades haciendo su oferta sobre bases idénticas. En efecto, mientras los principios de contratación sean aplicados de manera correcta, los oferentes verán garantizadas sus expectativas bajo condiciones de participación igualitaria, sobre todo considerando que el pliego de licitaciones se constituirá, en adelante, en ley tanto para la Administración como para los oferentes participantes.

En ese sentido, en todo procedimiento de selección de contratistas sujeto a la Ley de Licitaciones deben respetarse los principios consagrados en su artículo 42, a saber: economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, establecidos por el legislador como un contrapeso en el actuar de la Administración que garantice la transparencia y sirva de base para la obtención de mejores condiciones, precios y como una garantía para impedir la imposición de un trato desigual entre los participantes.

Los principios enunciados determinan la posibilidad, de antemano, de que la Administración pueda adjudicar de manera objetiva la oferta que mejor satisfaga lo solicitado, es decir el objeto de la licitación (adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras) y no beneficiar a la mejor oferta de compromiso de responsabilidad social, el cual deberá especificarse en el pliego de licitaciones por ser el documento contentivo de las cláusulas que comprenden el pilar fundamental del proceso licitatorio, donde se establecen no sólo aspectos relativos a la forma particular de ejecución del contrato, sino que se prevén de



forma expresa derechos y obligaciones tanto para la Administración como para el contratista.

Por ello consideramos, que el pliego de licitaciones viene a ser el instrumento idóneo en el cual el ente u órgano licitante deberá especificar el tipo de Compromiso de Responsabilidad Social, toda vez que dejar la indicación del tipo de compromiso a la libre voluntad del oferente desviaría la atención del objeto principal de las licitaciones como es seleccionar entre varios participantes, aquél que ofrezca un servicio, bien u obra dentro de los parámetros aceptables de calidad y a un precio razonable, y entonces la competencia versaría no sólo en el mejor servicio, bien u obra a contratar, sino en la oferta respecto al compromiso social, en franca contradicción a los principios citados.

Así pues considera esta Dirección que las obligaciones expresadas en los artículos 9 y 20 del Decreto 4.998, se complementan y armonizan entre sí, porque una vez delimitado en el pliego de licitaciones o en las condiciones de contratación el compromiso de responsabilidad social que tendrán que asumir aquéllos que deseen beneficiarse con lo previsto en el referido Decreto, el oferente, deberá acompañar a su oferta una declaración jurada en la cual exprese el compromiso de responsabilidad social que asume, que lógicamente deberá circunscribirse a alguno de los indicados previamente por el ente u órgano contratante en el pliego de licitación o en las condiciones de contratación.

En otro orden de ideas, se consulta respecto a la aparente colisión entre el contenido del artículo 14 del Decreto 4.998, que ordena **publicar** el otorgamiento de la Buena Pro y adjudicación directa identificando los compromisos de responsabilidad social asumidos por los beneficiarios; y los artículos 95 y 96 de la Ley de Licitaciones, que ordenan **notificar** a todos los oferentes, el acto por medio del cual se ponga fin al procedimiento lo cual se hará conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>3</sup>.

Sobre este particular observamos, que por remisión expresa de la Ley de Licitaciones, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es la normativa aplicable para comunicar a todos los oferentes del acto que ponga fin al procedimiento licitatorio, cuyas disposiciones establecen la notificación personal como modalidad para realizar las notificacio-

3 Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.818 Extraordinaria del 01 de julio de 1981.

nes de los actos administrativos de carácter particular. No obstante el artículo 14 del referido Decreto regula una situación especial, como es la publicación del otorgamiento de la Buena Pro y adjudicación directa (artículo 14), en la cual se identifique el compromiso de responsabilidad social que asume el beneficiario seleccionado como contratista.

En ese sentido, estimamos que no existe contradicción entre ambos instrumentos jurídicos, la notificación personal, se realiza a efectos de darle eficacia al acto y a su vez garantizar la seguridad jurídica del administrado, mientras que el requisito añadido por el Decreto 4.998, fue previsto con un evidente interés social, pues es necesario dar a conocer a la colectividad el compromiso que el oferente seleccionado ha de cumplir ante ellos, para que de esta manera las comunidades beneficiadas puedan supervisar la realización efectiva de las políticas de responsabilidad social.

Sin embargo, el Decreto 4.998 no especifica la manera de realizar tal publicación, por eso y conscientes del alto costo que generaría para el licitante publicar todos aquellos otorgamientos de la Buena Pro y de las adjudicaciones directas que realice, en los diarios de mayor circulación en el país, podría implementarse un mecanismo que permita la publicidad de dichos actos, es decir, se divulguen o hagan del conocimiento del público, sin generar altos costos, como por ejemplo efectuando la publicación en la página Web oficial del ente u organismo contratante; o en la oficina de atención al ciudadano, o hacer una publicación mensual o trimestral en dos diarios nacionales, etc., basados en los principios de economía, celeridad, equidad y publicidad, y considerando que la eficacia del acto vendrá dada por la notificación personal.

La propuesta anterior, brindaría una solución al problema que afecta la actividad de contratación administrativa y tendría su fundamento en lo dispuesto en los artículos 16 y 17 de la Ley Contra la Corrupción<sup>4</sup> los cuales disponen que los funcionarios y empleados públicos instruirán los procedimientos y demás trámites administrativos procurando su simplificación y respetando los principios de economía, celeridad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza, establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>5</sup> y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y deberán

---

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.637 Extraordinario de 07 de abril de 2003.

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

administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos.

En apoyo de lo expuesto, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 12 precisa que la actividad de la Administración Pública se desarrollará sobre la base de los citados principios dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica, precisando que la simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente. **Dicha disposición precisa que los órganos y entes de la Administración Pública deben utilizar las nuevas tecnologías tales como medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas. Cada órgano y ente de la Administración Pública deben establecer y mantener una página en Internet, que contenga, entre otra información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponibles para todas las personas vía Internet.** También establece que los órganos y entes de la Administración Pública podrán incorporar tecnologías y emplear cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático para el cumplimiento de sus fines. Los documentos reproducidos por los citados medios gozarán de la misma validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ley y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información. (Artículo 148  *eiusdem*). A esto se suman los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales, previstos en los artículos 20 y 21 de la citada Ley.

Memorando N° 04-00-325 del 30 de abril de 2007.

*LICITACIONES: Improcedencia para otorgar la Buena Pro en un procedimiento licitatorio cuando solo se presenta una oferta, así como prorrogarse la vigencia anual de un contrato.*

**Cuando en un procedimiento licitatorio se presente sólo una empresa y entrega sobre de la oferta, el órgano o ente contratante se abstendrá de abrir el sobre y de continuar con el procedimiento licitatorio, pues está llamado a declarar desierta la licitación de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 91 de la Ley de Licitaciones.**

**De igual manera, los contratos derivados de un proceso licitatorio deben ajustarse al Principio de Anualidad del Presupuesto de Gastos, según el cual el ejercicio económico financiero comienza el primero de enero y termina el treinta y uno de diciembre de cada año, a tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en consecuencia no es procedente que se establezca una cláusula de prórroga en dichos contratos.**

Memorando 04-00-422 del 07 de junio de 2007.

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

Si es procedente otorgar la Buena Pro en un proceso licitatorio cuando sólo se presente una oferta, toda vez que el término “podrá” utilizado en el artículo 91 de la Ley de Licitaciones puede considerarse como potestativo de la máxima autoridad para declarar o no desierta la licitación; y, si es posible prorrogar por un año más la vigencia de un contrato de servicios, con la particularidad de incrementarse la oferta por el índice de inflación del año anterior.

Una vez analizados los planeamientos formulados y la normativa aplicable, esta Dirección tiene a bien indicar lo siguiente:

El numeral 1 del artículo 91 de la Ley de Licitaciones<sup>1</sup>, establece:

**“Artículo 91.** *El ente contratante podrá declarar desierta la licitación cuando:*

**1. No se reciban al menos dos (2) ofertas válidas.”**

(Destacado y subrayado nuestros)

De la norma parcialmente transcrita, se evidencia por argumento

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

en contrario que se requiere un mínimo de dos ofertas válidas para que pueda continuarse con un procedimiento de licitación.

Ello es así, toda vez que en el procedimiento licitatorio se informa en el principio de **conurrencia**, que postula la necesidad de asegurar una participación suficiente de interesados en contratar con la Administración, que permita al ente licitante contar con una variedad de ofertas de modo que pueda tener mayor y mejor capacidad de selección en las condiciones más favorables, y de **igualdad**, que tiene por objeto garantizar una justa competencia, la cual a su vez supone una participación plural, es decir, que el ente licitante pueda en su momento comparar las condiciones técnicas, la capacidad económico-financiera, los precios y demás características de los participantes en el procedimiento licitatorio, entre otros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Licitaciones.

Consideramos que en el caso que se presente **una sola empresa al acto público y haga entrega de su oferta, el sobre debe ser recibido** por la Comisión de Licitaciones, a los fines de dar cumplimiento al acto de recepción, **pero no debe abrirse**, en aplicación de los principios de igualdad, transparencia, competencia y honestidad, previstos en el citado artículo 42 de la Ley de Licitaciones, y en el supuesto que se presente la oferta, la Comisión de Licitaciones debe proceder de inmediato a levantar Acta en la que se deje constancia de este hecho, y acto seguido debe elaborar un informe razonado en el que se deje constancia que se presentó una sola empresa y se recomiende a la máxima autoridad del ente contratante que declare desierta dicha licitación, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 91 de la Ley de Licitaciones para que de esa manera se pueda proceder según lo establecido en el artículo 92 eiusdem.

Siendo ello así, la máxima autoridad del ente contratante atendiendo a la recomendación de la Comisión de Licitaciones, podrá declarar desierta la licitación. Como puede apreciarse se trata de una potestad discrecional **que debe ejercer dentro de los límites que la Ley le impone**, pues si bien es cierto que la discrecionalidad implica la facultad para decidir el “cuándo” de la actuación administrativa, es decir, apreciar el supuesto de hecho del ejercicio de la competencia, no cabe duda que esa apreciación está limitada, precisamente por el fin de la norma atributiva de dicha materia.

Así tenemos, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>2</sup>, dispone textualmente: “Aún cuando una *disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir con los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.*” (Subrayado nuestro)

Asimismo cabe destacar, que en esencia el artículo 19 de la Ley Contra la Corrupción<sup>3</sup> contiene los mismos elementos normativos del dispositivo antes citado.

Con fundamento en lo anterior se infiere, que en su actuación los órganos y entes del Poder Público, están obligados a adecuar la medida adoptada a la finalidad de la norma, es decir, a la razón en virtud de la cual la norma le confiere el poder jurídico de actuación.

En tal sentido, consideramos que un análisis aislado al contenido del artículo 91 de la Ley *in commento*, sin tomar en cuenta el resto del articulado de la normativa, resultaría a todas luces errado, en tanto el artículo 92 de la Ley de Licitaciones, establece de forma clara el supuesto procedimental en caso de declararse desierta la Licitación General o Selectiva, en los términos siguientes:

**“Artículo 92. Declarada desierta la licitación debe procederse a una nueva del mismo tipo, salvo que por causa justificada, a juicio de la máxima autoridad del ente contratante y oída la Comisión de Licitaciones, se determine que no es conveniente iniciar otra licitación, en cuyo caso, se puede proceder por Licitación Selectiva, si la licitación fallida fuere una Licitación General o por Adjudicación Directa si la fallida fuere una Licitación Selectiva. La Licitación Selectiva debe iniciarse bajo las mismas condiciones establecidas en la licitación fallida, invitándose a participar, al menos, a la totalidad de oferentes calificados en ésta.”** (Subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 93 de la Ley *in commento* establece de forma inequívoca, la obligación que tiene la máxima autoridad del ente contratante, ante la apertura de un procedimiento licitatorio, al señalar:

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

3 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril de 2003.

**“Artículo 93.** *Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción del informe que presente la Comisión, la máxima autoridad del ente licitante debe otorgar la Buena Pro o declarará desierta la licitación.*” (Subrayado nuestro)

Como puede apreciarse, no es potestativo como lo refiere el ente consultante, cuando hace mención a la palabra “podrá” contenida en el artículo 91 de la Ley de Licitaciones, el declarar o no desierta la licitación, toda vez que este término debe entenderse dentro del contexto normativo, como una palabra que habilita para hacer algo. En el caso planteado, la declaración desierta de la licitación procederá o podrá alegarse en los supuestos establecidos en los numerales 1 al 5 del mencionado artículo 91. De manera que declarar desierto un procedimiento licitatorio, sólo es posible cuando ocurra de manera real alguno de los supuestos previstos en la norma, ya que no es un poder discrecional atribuido al ente licitante, sino una decisión que debe tomar la máxima autoridad del ente, con motivo de la recomendación efectuada por la Comisión de Licitaciones contenida en el informe como resultado de la evaluación y el examen de las ofertas presentadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 81 al 85 de la referida Ley, en concordancia con el artículo 93 *eiusdem*.

En tal sentido, si se trata de una Licitación General y el ente licitante no recibe al menos dos ofertas válidas, debe declarar desierta la licitación y proceder a realizar **una nueva del mismo tipo**, salvo que por causa justificada, a juicio de la máxima autoridad del ente contratante y oída la opinión de la Comisión de Licitaciones, se determine que no es posible iniciar otra licitación del mismo tipo, pudiendo en consecuencia, proceder por Licitación Selectiva o por Adjudicación Directa, si la fallida fuere una Licitación Selectiva. En todo caso, de iniciarse la Licitación Selectiva, ésta debe efectuarse bajo las mismas condiciones establecidas en la licitación fallida, invitándose a participar, al menos a la totalidad de los oferentes calificados en ésta.

Con fundamento en lo expuesto, y en el caso que el ente contratante reciba una sola oferta, **se abstendrá de abrir el sobre y de continuar con el procedimiento licitatorio**, pues está llamado a declarar desierta la licitación, tal como fue precisado anteriormente.

No obstante, de continuarse con el procedimiento licitatorio con base a una sola oferta y otorgarse la Buena Pro, el propio ente contratante podría declarar la nulidad de la Buena Pro por violación de las normas legales correspondientes, caso contrario la máxima autoridad administrativa del ente contratante estaría sujeta a la imposición de una multa, a tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 114 de la Ley de Licitaciones, sin menoscabo de la declaratoria de responsabilidad administrativa a que hubiere lugar, a tenor de lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control fiscal.<sup>4</sup>

Por otra parte, respecto a la posibilidad de prorrogar para el año siguiente la vigencia de un contrato de servicio derivado de un proceso licitatorio, en razón de que son pocas las empresas que se dedican al ramo del servicio hidrológico en la Entidad Federal; se advierte que la referencia de que existan “pocas” empresas prestadoras de este servicio, indica que podría existir competencia entre las mismas, por cuanto sólo se requiere que se presenten al menos 2 ofertas, para que no sea declarado desierto el procedimiento licitatorio, tal como ya se indicó.

Sin embargo, es importante destacar que a tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 88 de la Ley de Licitaciones, se puede proceder por Adjudicación Directa independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en el supuesto que, según la información suministrada por el Registro Nacional de Contratistas, los bienes o servicios a contratar los produzca, venda o preste **un solo** fabricante o **proveedor** o cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra excluyan toda posibilidad de competencia, lo cual deberá ser evaluado por el ente contratante.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de prorrogar un contrato objeto de un procedimiento licitatorio, es necesario precisar que las empresas del Estado venezolano, además de estar sometidas a las disposiciones de la Ley de Licitaciones, en razón de estar reguladas por un régimen

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.



mixto de derecho público y privado, su actividad financiera está normada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>5</sup> y su Reglamento N° 1 Sobre el Sistema Presupuestario<sup>6</sup>.

De conformidad con lo previsto en el artículo 66 de la Ley Orgánica en referencia, las sociedades mercantiles (entes descentralizados con fines empresariales), tal como es el caso consultado, deben contar cada año con un **presupuesto anual de gestión**, el cual contendrá las políticas generales establecidas en la Ley del Marco Plurianual del Presupuesto, los planes de acción y las autorizaciones de gastos y su financiamiento, entre otros aspectos previstos en la Ley.

En consecuencia, tales sociedades mercantiles están sujetas en la ejecución de su presupuesto, al cumplimiento del *Principio de la Especialización Cuantitativa del Presupuesto de Gastos*, contenido en el artículo 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual: **No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto.** (Destacado y subrayado nuestros)

Bajo este principio, a ningún órgano o entidad sujeto a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, le está permitido adquirir compromisos o formalizar gastos (contratos) sin contar con la debida disponibilidad presupuestaria, vale decir, el ente debe obtener las autorizaciones disponibles para gastar, establecidas en el respectivo presupuesto de gastos de la empresa o bien, que dichas autorizaciones hayan sido modificadas de acuerdo a los mecanismos previstos por la Ley (modificaciones presupuestarias).

En sintonía con lo antes expuesto, el numeral 3 del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, establece que el Sistema de Control Interno que se implante en los entes y organismos a que se refiere el artículo 9 *eiusdem*, deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables deben asegurarse, entre otros aspectos, que exista disponibilidad presupuestaria.

5 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 38.661 del 11 de abril de 2007. -última reforma-

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

Aplicado lo anterior al caso planteado, tenemos que de establecerse en el contrato de servicios con ocasión del otorgamiento de la Buena Pro, una cláusula de prórroga de vigencia para el año siguiente, la empresa estaría adquiriendo un compromiso sin contar con la debida disponibilidad presupuestaria, lo cual no le está permitido, tal como se dejó asentado con anterioridad, por lo que el contrato debe ajustarse al *Principio de Anualidad del Presupuesto de Gastos*, según el cual el ejercicio económico financiero comienza el primero de enero y termina el treinta y uno de diciembre de cada año, a tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. En consecuencia, desde el punto de vista legal no es procedente que se establezca una cláusula de prórroga en el mencionado contrato.

Sin embargo, es imperioso acotar, que distinto es el caso en el que la suscripción del contrato se efectúe a mediados de año, situación en la cual la ejecución del servicio pudiera abarcar parte del ejercicio económico financiero del año siguiente. A tal efecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, prevé lo siguiente:

**“Artículo 19. Cuando en los presupuestos se incluyan créditos para obras, bienes o servicios, cuya ejecución exceda del ejercicio presupuestario, se incluirá también la información correspondiente a su monto total, el cronograma de ejecución, los recursos erogados en ejercicios precedentes, los que se erogarán en el futuro y la respectiva autorización para gastar en el ejercicio presupuestario correspondiente. Si el financiamiento tuviere diferentes orígenes se señalará, además, si se trata de ingresos corrientes, de capital o de fuentes financieras. Las informaciones a que se refiere este artículo se desagregarán en el proyecto de ley de presupuesto y se evaluará su impacto en el marco plurianual del presupuesto.”** (Destacado y subrayado nuestros)

Como puede observarse, el legislador previó en esta Ley los casos en que la ejecución de los contratos de servicios excedan el ejercicio presupuestario vigente, a los fines que se tomen las previsiones presupuestarias a que hubiere lugar y garantizar así, los créditos presupuestarios disponibles en el ejercicio siguiente, aún cuando se haya iniciado

con anterioridad un procedimiento licitatorio, otorgado la Buena Pro y suscrito un solo contrato, puesto que éste ampararía la ejecución física de la totalidad del servicio contratado, sin necesidad de suscribir otro contrato en el ejercicio siguiente. No cabe duda, que se trataría de una única contratación, cuya ejecución abarcaría dos periodos, pero bajo ninguna circunstancia se estaría en presencia de una renovación automática del contrato, puesto que se trata de un mismo objeto y un monto único.

Memorando N° 04-00-422 del 07 de junio de 2007.

*LICITACIONES: Improcedencia en la designación de un funcionario o empleado de una Unidad Auditoría Interna para que integre la Comisión de Licitaciones del órgano o ente sujeto a su control.*

**La Unidad de Auditoría Interna de un órgano o ente no debe aceptar la designación de funcionarios o empleados bajo su dependencia para que integren la Comisión de Licitaciones del órgano o ente sujeto a su control, toda vez que las actuaciones que efectúan en la Comisión implican decisiones relacionadas con actividades propia de la administración activa que con posterioridad deben ser revisadas por el órgano de control fiscal interno, sin embargo sería posible su participación en calidad de observador en los actos públicos de recepción y apertura de sobres en los procedimientos licitatorios, a los fines de advertir o alertar a la Comisión de Licitaciones, acerca de deficiencias, limitaciones o incongruencias relacionadas con la presentación de las ofertas por parte de los oferentes, sin inmiscuirse en el análisis, evaluaciones y recomendaciones que le competen a la Comisión.**

Memorando N° 04-00-487 del 02 de julio de 2007.

Se solicita opinión de esta Dirección, respecto a si es procedente aceptar la designación de un funcionario adscrito a la Unidad de Auditoría de una empresa del Estado como miembro integrante de la Comisión de Licitaciones de la referida empresa.

Las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones<sup>1</sup>, no son contundentes a la hora de precisar el rol de los representantes de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal, en calidad de “observadores” en los procesos licitatorios, máxime cuando el artículo 17 del mismo texto legal, abre la posibilidad de participación de los observadores en las deliberaciones de las Comisiones de Licitaciones, si a ellas fuesen llamados.

No obstante, es posible inferir el alcance de las actuaciones de dicho órgano, al concatenar la referida normativa con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>2</sup> y en la Ley Orgánica de la Administración

---

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

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

Financiera del Sector Público<sup>3</sup>, respecto a las funciones que deben ejercer tanto la Contraloría General de la República como los Órganos de Control Fiscal Interno.

En efecto los procedimientos licitatorios, constituyen una operación típica de la **administración activa**, es decir, de aquéllas sobre las cuales deben ejercer sus funciones de control tanto la Contraloría General de la República como los órganos especializados de control fiscal correspondientes (unidades de auditoría interna). De manera que, **en aras de no comprometer su independencia y objetividad, los mencionados órganos de control fiscal deben evitar ejercer funciones que puedan implicar co-administración**, toda vez que a ellos corresponderá evaluar posteriormente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la adecuación de los procedimientos de licitación a las normas que los rigen.

En tal sentido, la propia Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en su artículo 35, al definir la Auditoría Interna como un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, expresa que ese servicio se prestará por una unidad especializada, cuyo personal, funciones y actividades deben estar **desvinculadas** de las operaciones sujetas a su control.

Asimismo el artículo 12 de la Ley de Licitaciones dispone, que la Contraloría General de la República y el órgano de control interno del ente contratante, pueden designar representantes para que actúen como observadores, pero **sin derecho a voto** en los procesos licitatorios, lo cual resulta razonable pues de lo contrario materializarían un acto de co-administración, lo cual no resulta viable jurídicamente, en atención al **Principio de Legalidad Administrativa**, contenido en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual la Constitución y la Ley **definen las atribuciones del Poder Público**, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Por otra parte, cabe precisar, que los actos de **recepción y apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad y de ofertas**, son actos de carácter público, preparatorios por cuanto no van al fondo, por lo que la actuación de los observadores designados

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de la Venezuela. N° 38.661 del 11 de abril de 2007.

por esta Contraloría General o por la unidad de auditoría interna del ente contratante, como unidad especializada perfectamente diferenciada de los administradores propiamente dichos, fundamentalmente, **debe estar circunscrita a su participación con derecho a voz en los actos públicos de recepción y apertura de sobres como actos preparatorios que son del procedimiento licitatorio**, en los que no habría posibilidad de coadministración o prejuzgamiento, actos en los que podrían advertirse entre otras cosas, de ser el caso, la entrega inoportuna de ofertas o que alguna empresa no haya presentado toda la documentación requerida.

Con fundamento en lo antes expuesto, se considera que no es procedente que la Unidad de Auditoría Interna de una empresa del Estado, acepte que se designe a un empleado bajo su dependencia para ser **miembro principal de la Comisión de Licitaciones de dicha empresa**, toda vez que la actuación de dicho empleado bajo esta designación implica, que tome decisiones acerca de una actividad propia de la administración activa, que con posterioridad deberá ser revisada por el órgano de control fiscal interno, infringiéndose consecuentemente, ese principio de desvinculación que debe existir entre la administración y el servicio de auditoría interna de cada ente u organismo, así como el principio de objetividad en el ejercicio de las funciones de control fiscal, cuyo propósito es garantizar la veracidad y efectividad de las actividades realizadas.

Sin embargo, el referido empleado puede ser designado como representante de la Unidad de Auditoría Interna de la empresa **en calidad de observador** con derecho a participar mediante voz en los actos públicos **de recepción y apertura de sobres del procedimiento licitatorio**, a los fines de advertir o alertar a la Comisión de Licitaciones, acerca de alguna deficiencia, limitación o incongruencia relacionada con la presentación de las ofertas por parte de los oferentes, sin inmiscuirse en el análisis, evaluación y recomendación de la referida Comisión, cuya actuación se reflejará en los Informes correspondientes dados a conocer a la máxima autoridad del ente contratante, a los fines que tome la decisión de declarar desierta la licitación, otorgue la Buena Pro, entre otros actos, que definen el procedimiento.

Memorando N° 04-00-487 del 02 de julio de 2007.

# RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA





*RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: No toda violación de norma legal o sublegal genera responsabilidad administrativa.*

**La responsabilidad a que alude el artículo 91 numeral 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, 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 por interpretación restrictiva del citado numeral no sería posible la declaratoria de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de cualquier normativa de rango legal o sublegal.**

Memorando N° 04-00-438 del 9 de julio de 2008.

Se solicita opinión con respecto a determinar si el incumplimiento de la normativa legal y sublegal que rige a las Comisiones de Servicios, constituye un supuesto de hecho generador de responsabilidad administrativa de conformidad con 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, y si es posible remitir las actuaciones al Ministerio Público, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 11 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La comisión de servicios se configura como la situación administrativa en que se encuentra el funcionario a quien se le 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 del Estatuto de la Función Pública cuando establecen:

**“Artículo 71.** *La comisión de servicio será la situación administrativa de carácter temporal por la cual se encomienda a un funcionario o funcionaria público el ejercicio de un cargo diferente, de igual o superior nivel del cual es titular. Para ejercer dicha comisión de servicio, el funcionario o funcionaria público deberá reunir los requisitos exigidos para el cargo.*

*La comisión de servicio podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde presta servicio o en otro de la Administración Pública dentro de la misma localidad. Si el cargo que se ejerce en comisión de servicio tuviere mayor remuneración, el funcionario o funcionaria público tendrá derecho al cobro de la diferencia, así como a los viáticos y*

*remuneraciones que fueren procedentes.*

**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 el artículo 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 con respecto a la duración de las comisiones de servicio **que éstas no podrán 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 trata 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 ese 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 el pronunciamiento 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*

*irrestringida 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 nuestro)*

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 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 y evaluar dicho sistema de control interno el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización.

En este orden de ideas, como señala el consultante, en el Manual de Procedimientos de “Traslado y Comisión de Servicio” vigente de 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 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 esta diseñado para enfrentarse a los riesgos y para dar seguridad razonable de que en la consecución de la misión de la entidad se alcanzaran 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 ultimo, 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 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 Desarrollo, 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 al caso y en los supuestos allí previstos.

Memorando N° 04-00-438 del 9 de julio de 2008.



