

141

Revista de Control Fiscal

VENEZUELA
CONTRALORÍA
GENERAL
DE LA REPÚBLICA
A Democracia contra corrupción

Eduardo Roche Lander

Contralor General de la República

Alberto Silva Aristeguleta

Subcontralor General

Zoraima Sapino Larrain

Director General Técnico

Marcos Carpio Figuera

Director General de los Servicios Jurídicos (E)

Mercedes Fernández de Blanco

Directora General de Control
de la Administración Central y Descentralizada

Argella Saúd de Guerra

Directora General de Control de Entidades Autónomas

Luis Mirabal Carrera

Director General de Desarrollo Interno

Filippo Vagnoni Piccioni

Delegado Especial
en la Delegación Especial en Nueva York

María Valery Malaret

Directora de Coordinación de Secretaría
del Despacho del Contralor

Germán Carrera Damas

Presidente de la Fundación
Centro de Estudios de Auditoría de Estado
«Gumersindo Torres»



REVISTA DE CONTROL FISCAL es una publicación
de la **Contraloría General de la República de Venezuela**,
Dirección de Información Técnica y Cooperación Internacional,
piso 18, edificio Contraloría General de la República,
Avenida Andrés Bello, sector Guaicaipuro,
Caracas 1050-Venezuela.
Teléfonos: 508-3402 y 508-3656 Fax: 571-8402

Depósito Legal pp 197502DF394
ISSN 1315-5970

Revista de
CONTROL
FISCAL

**Órgano de la Contraloría
General de la República**

Dirección: COMITÉ DE PUBLICACIONES

La Contraloría General de la República no se hace solidaria con los conceptos emitidos en los artículos de opinión que se insertan en la presente edición.

Mayo-agosto de 1999
AÑO XXXVII
Nº 141
CARACAS
VENEZUELA

INDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	7
<i>José P. Barnola. El tratamiento fiscal del transporte internacional desde el punto de vista del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor</i>	13
<i>César Hernández B. Incidencia del Código Orgánico Tributario sobre los tributos municipales</i>	35
<i>Rafael Rodríguez Elorza. Hacia la implantación de Sistemas de Control de Gestión para mejorar la eficacia del Estado en la prestación de los servicios públicos</i>	49
<i>Magally Cornivel y Jesús David Rojas. Interpretación general del artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y su aplicabilidad a Petróleos de Venezuela, S.A.</i>	89
<i>Germán Acedo Payares. El mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos en Venezuela: su régimen legal</i>	
<i>María Gabriela D'Angelo. La reincidencia en el proceso penal venezolano</i>	117
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 8 de diciembre de 1998, que declara sin lugar la acción de inconstitucionalidad propuesta contra las disposiciones contenidas en los artículos 8 numeral 1, artículos 11, 12; en los numerales 1 y 2 del artículo 13; en los artículos 16, 41, 45, 54, 70, 71, 73, 76, 77, 92, 97, 100 y 102; en el numeral 15 del artículo 113; y en los artículos 115, 122, 124, 126, 129 y 136 de 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 13 de diciembre de 1995	23

NOTAS INSTITUCIONALES

Inauguración de la Biblioteca “Contralor José Ramón Medina” y presentación de cinco libros	25
II Concurso Anual de Investigación de la OLACEFS	27
El Contralor: Miembro de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat	29
Presentación del Informe al Congreso 1998	24
9 de abril: Día Institucional de la OLACEFS	26
Reunión con la Asociación de Alcaldes de Venezuela	28
Nuevos gerentes en Auditoría de Estado	30
Plan Estratégico 1999-2003	32
“En defensa del Estado, la democracia y el ciudadano: Cinco años contra la corrupción”	38
Veredicto del II Concurso Literario Anual “Aristides Rojas”	30

PRESENTACIÓN

La Contraloría General de la República como ente rector del Sistema Nacional de Control, ha considerado pertinente incluir en la Revista de Control Fiscal —órgano de divulgación técnica de nuestra Institución— una sección referida a dicho Sistema, a través de la cual pretendemos difundir normas, instrucciones y aportes doctrinarios que permitirán enriquecer la cultura técnica y mejorar la capacitación de nuestros funcionarios en el área de auditoría y, además, mantener informado a un extenso número de lectores interesados en esa materia, tanto dentro como fuera de Venezuela.

En esta revista igualmente ofrecemos a nuestros lectores un conjunto de trabajos e investigaciones que abordan interesantes temas de carácter jurídico, económico y técnico; así como una importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de diciembre de 1998, en la cual se declara sin lugar la acción de inconstitucionalidad propuesta contra algunos artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Además, en las “Notas Institucionales” de la *Revista de Control Fiscal N° 141*, reseñamos actividades técnicas, culturales e institucionales de repercusión tanto nacional como internacional, donde nuestro Organismo Contralor ha participado activa y decisivamente.

El Comité de Publicaciones

**EL TRATAMIENTO FISCAL DEL TRANSPORTE
INTERNACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA
DEL IMPUESTO AL CONSUMO Suntuario
Y A LAS VENTAS AL MAYOR**



JOSÉ P. BARNOLA (h)

Educación y Experiencia Profesional

Abogado Cum Laude egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (1993). Cursante de la Especialización en Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela.

Abogado Asociado al Departamento de Impuestos del Despacho de Abogados de la firma Internacional Baker & Mc Kenzie (1996-presente). Juez Accidental en el Juzgado 3° de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de Caracas (1995-presente). Abogado asociado al Escritorio Calcaño-Vetancourt (1995-1996). Asesor Jurídico adscrito a la Presidencia del Consejo Supremo Electoral (1993-1994).

Trabajos publicados

LIMITACIONES AL PODER TRIBUTARIO MUNICIPAL, *Economía Hoy*, 28-01-1998.

RESIDENCE FOR TAX PURPOSES, *Daily Journal*, 11-12-1997, p. 9 *Baker & McKenzie Latin American Legal Developments*

Bulletin, enero de 1998, Vol. 6 - N° 1, p. 23. Publicado también como LA RESIDENCIA A LOS EFECTOS FISCALES, *Economía Hoy*, 19-11-1997.

- EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y LOS IMPUESTOS DE TELECOMUNICACIONES, *Economía Hoy*, 10-09-1997.
- PAGO DE TRIBUTOS, *Economía Hoy*, 21-05-1997.
- SENIAT CANNOT DEMAND THE N.I.T., *Baker & McKenzie Latin American Legal Developments Bulletin*, abril de 1997, Vol. 5-N° 2. Publicado también como EL SENIAT NO PUEDE EXIGIR EL NIT, *Economía Hoy*, 26-03-1997, *El Oriental* (Maturín), 12-08-1997.
- LA BUENA FE DEL CONTRIBUYENTE, en colaboración con Luis Fernando Mackenna Jr., *Economía Hoy*, 18-06-1997, *Correo del Caroní* (Ciudad Guayana), 05-09-1997.
- LOS EXPORTADORES VS. EL FISCO, en colaboración con Luis Fernando Mackenna Jr., *Revista Gerente*, abril 1997.

El tratamiento fiscal del transporte internacional desde el punto de vista del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor

José P. Barnola (h.)

I. ANTECEDENTES: UNA QUESTIO DE NOMINE Y NO UNA QUESTIO DE RE

La implantación en Venezuela de un impuesto indirecto al consumo de tipo valor agregado fue un proceso accidentado. Inicialmente fue creado con el nombre de impuesto al valor agregado (IVA) según Decreto-Ley N° 3.145, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (G.O.) N° 4.637 Extraordinario del 30-9-93 y solamente se aplicaba a los mayoristas (artículo 57).

El IVA debía aplicarse a los consumidores finales a partir del 1° de enero de 1994. Sin embargo, el Decreto Presidencial N° 3.329 del 16-01-94 condicionó tal aplicación al cumplimiento los siguientes requisitos: 1° los contribuyentes del IVA que vendieran productos a consumidores finales debían solicitar ante la Administración Tributaria, antes del 28-02-94, la aprobación de los modelos de facturas; 2° la Administración Tributaria disponía de tres meses contados a partir de la publicación del Decreto N° 3.329 a fin de otorgar la aprobación solicitada; y 3° los contribuyentes del IVA que vendieran bienes muebles a nivel de detallista no podían facturar y cobrar el IVA hasta haber obtenido la aprobación de la Administración Tributaria.

Extrañamente, el Decreto N° 3.329 fue publicado en la prensa nacional,¹ pero nunca fue publicado en la Gaceta Oficial. De acuerdo con

¹ Diario El Universal, 18-1-94, p. D-4.

el artículo 174 de la Constitución,² las leyes entran en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial. El mismo precepto es aplicable a cualquier decreto presidencial.³ Por cuanto del Decreto N° 3.329 nunca fue publicado en la Gaceta Oficial, nunca entró en vigencia y, en consecuencia, la Administración tributaria no podía exigir su cumplimiento.

El Decreto Presidencial N° 52, publicado el 28-02-94,⁴ suspendió la aplicación del IVA en los casos de (1°) transacciones con consumidores finales; y (2°) ventas al detal. Tres meses después, el Decreto-Ley N° 187⁵ “derogó” el IVA y estableció el Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor. Esto no pasó de ser un eufemismo, toda vez que las disposiciones de la Ley del IVM son una copia casi exacta de la Ley del IVA. La Ley del IVM (artículo 27), como señala Leonardo Palacios Márquez,⁶ en una suerte de analgésico o “anestesia fiscal”, estableció que en casos de ventas o servicios a consumidores finales, el impuesto no se discrimina del precio. “En consecuencia, debe abandonarse la errónea apreciación de que con la entrada en vigencia de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor en fecha 1° de agosto de 1994, se derogó en Venezuela el impuesto al valor agregado en los términos y apego a la técnica de la referida exacción concebido por el decreto Ley que introdujo a partir del 1° de octubre de 1993 en nuestro sistema tributario el tributo en comento”.⁷

El 21-07-98 el Ejecutivo Nacional sometió a la consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley de Impuesto General a las Ventas,⁸ y el nuevo gobierno que asumió el poder el 22-02-99 pretende volver al IVA, el cual implantará mediante Decreto-Ley.⁹ Parafraseando a Alan A. Tait,¹⁰ ¿quizás el Ejecutivo pensó y piensa que llamar una

² G.O. N° 32.696 del 30-3-83.

³ Ley de Publicaciones Oficiales, G.O. N° 20.546 del 22-7-41, artículo 9; Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, G.O. N° 2.818 Extraordinario del 1-7-81, artículo 72.

⁴ G.O. N° 35.410 de la misma fecha.

⁵ G.O. N° 4.727 Extraordinario del 27-5-94. El Decreto Ley N° 187 fue modificado varias veces, siendo la última modificación, por el Congreso de la República, la que aparece citada en la nota 11.

⁶ **Anotaciones para la sinceración de la imposición general al consumo tipo Valor Agregado en Venezuela**, en Revista de Derecho Tributario N° 82, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislec Editores, C.A., Caracas (1999), p. 75-76.

⁷ Palacios, loc. cit. en la nota anterior.

⁸ Palacios, op. cit. en la nota 6, p. 65.

⁹ **Diputados aprueban que el IVA se aplique con la tasa actual del 16,5%**, Diario El Universal, Caracas, 26-3-99, Cuerpo 2, p. 4.

¹⁰ **Value Added Tax, International Practice and Problems**, International Monetary Fund, Washington, D.C. (1988), p. 20, nota 15: “Oddly enough, the names of the VAT

rosa por otro nombre hace su perfume más dulce y que sus espinas sean ignoradas?

II. GENERAL

El impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor (IVM) es un impuesto establecido sobre las ventas de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación de bienes y servicios similar al impuesto al valor agregado (IVA) que existe en los países europeos y en otros países latinoamericanos.¹¹ El IVM debe ser pagado al Fisco Nacional por todas aquellas personas naturales o jurídicas, las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, los consorcios y demás entes jurídicos o económicos, públicos o privados, que en su condición de importadores de bienes o de servicios, habituales o no, de fabricantes, productores o ensambladores, comerciantes y prestadores de servicios independientes realicen las siguientes actividades: ventas de bienes muebles corporales

differ: impuesto al valor agregado (Argentina, Mexico and Uruguay); impuesto sobre las ventas (Colombia, Costa Rica, and Honduras); impuesto a las transacciones mercantiles y prestación de servicios (Ecuador); impuesto a la transferencia de bienes corporales muebles con crédito fiscal (Panama); and impuesto a los bienes y servicios (Peru). Perhaps, as in New Zealand (goods and services tax), countries thought that by calling a rose by another name, it might smell more sweetly and its thorns would be ignored?" (resaltado nuestro). Ya en 1969 Florencio Contreras Quintero apuntaba que en nuestro país "existe una marcada tendencia tradicional a las reformas legislativas precipitadas e inconsultas, —y yo diría, en muchos casos, a las "deformas", si se me permitiese decirlo—, a las deformaciones de la legislación..." (Disquisiciones Tributarias, Colección *Justitia et Jus* N° 19, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida (1969), p. 7-8).

¹¹ *Ley del IVM*, G.O. N° 36.095 del 27-11-96, artículos. 1, 8, 9 y 11; Cfr. José Rafael Bermúdez, *El IVA en Venezuela, Guía para entenderlo y aplicarlo*, Planeta, Caracas (1993), p. 29-38; Tomás Enrique Carrillo Batalla, *El Impuesto al Valor Agregado en Venezuela*, en *Revista de Control Fiscal* N° 129, Contraloría General de la República, Caracas (1995), p. 102-110; Coopers & Lybrand, *A Guide to VAT in the EU*, Kluwer Law International, London (1995 Update), passim; Juan S. Gimeno Ullastres, *Imposición sobre el consumo y distribución personal de rentas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (1980), p. 140-151; Manuel González Sánchez, *Impuesto sobre el Valor Añadido. Operaciones Sujetas (Comentarios a la Nueva Ley)*, Editorial Aranzadi, Pamplona (1993), p. 15-16; Armando Montilla, *Introducción al Impuesto al Valor Agregado en Venezuela*, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 6, Caracas (1992), p. 318; Palacios, op. cit. en la nota 6, p. 67-72; Rodolfo Plaz Abreu, *El IVA y el Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio*, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 6, cit., p. 345; Salvador Ramírez Gómez, *El Impuesto sobre el Valor Añadido*, Editorial Civitas, S.A., Madrid (1994), p. 25-28; Tait, op. cit. en la nota 10, p. 3-5; y Héctor Villegas, *Modernas Tendencias en el Derecho Tributario. Incorporación del IVA. Experiencia de su Aplicación en Países Latinoamericanos*, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 5, Caracas (1992), p. 353-354, quien, sin embargo, considera que los sistemas de IVA latinoamericanos son más sencillos.

ubicados en Venezuela, incluidos los derechos de propiedad sobre ellos, importación definitiva de bienes muebles, importación de servicios y la prestación de servicios independientes en el país, a título oneroso.¹²

En términos generales, el IVM es un impuesto diseñado para funcionar con base en un sistema de créditos y débitos. Así, el monto que cada contribuyente debe pagar al Fisco Nacional por concepto de este impuesto dentro de los primeros 15 días de cada mes es igual a la diferencia entre sus débitos fiscales (el IVM cobrado a sus clientes por servicios prestados o ventas efectuadas) y sus créditos fiscales (el IVM pagado a sus proveedores y prestadores de servicios).¹³

III. EL TRANSPORTE INTERNACIONAL

De acuerdo con la Ley del IVM, el servicio de transporte internacional de carga y de pasajeros se considera parcialmente prestado en el país y, por lo tanto, está sujeto al IVM en Venezuela, siempre que se cumplan dos condiciones básicas:

1. que el viaje parta de Venezuela, y
2. que el servicio haya sido vendido en Venezuela o el pasaje o flete haya sido emitido en el país.¹⁴

La segunda condición se cumple si (a.) el servicio es contratado en Venezuela (i.e., un cliente en Venezuela ordena el servicio de transporte y esa orden es aceptada por el transportista);¹⁵ o (b.) si el pasaje o flete es emitido en Venezuela. En tales casos, la tarifa del impuesto (actual-

¹² Ley del IVM, artículos 1, 3 y 10; cfr. Leonardo Palacios Márquez, *Los sujetos pasivos del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor. Las exenciones y las no sujeciones*, en *Revista de Derecho Tributario* N° 65, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislación Económica, C.A., Caracas (1994), p. 8-10. Véase la importancia de la definición del contribuyente del IVA en Tait, *op. cit.* en la nota 10, p. 365-368, para quien "Essentially, the taxpayer must be a legal entity that can be sued."

¹³ Ley del IVM, artículos 27, 30, 31 y 32. Se escogió el procedimiento denominado "método de la sustracción", en su variante que recibe diversos nombres ("impuesto contra impuesto", "diferencias de impuestos", "crédito por impuesto") (cfr. Palacios, *op. cit.* en la nota 6, p. 70; Tait, *loc. cit.* en la nota 10, p. 4 y Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario* (5ª Ed.), Depalma, Buenos Aires (1992), p. 688).

¹⁴ Ley del IVM, artículo 13, Parágrafo Único: "Se considera parcialmente prestado en el país el servicio de transporte internacional y, en consecuencia, la alícuota correspondiente al impuesto establecido en esta Ley será aplicada sobre el 25% del valor del pasaje o flete, vendido o emitido en el país, para cada viaje que parta de Venezuela"; Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria ("SENIAT"), Dictamen N° SAT-GJT-96-1-2867 del 6-8-96.

¹⁵ Código de Comercio, G.O. N° 475 Extraordinario del 21-12-55, artículos 115 y 116.

mente fijada en 16,5%) se aplicará sólo sobre 25% del valor del pasaje o flete, lo cual significa una tarifa efectiva de IVM de 4,125% (i.e., 16,5% x 25% = 4,125%).

Basado en lo anterior, se puede concluir que:

(i) Viajes que parten del exterior:

En el caso de viajes que parten del exterior, el servicio de transporte internacional no está sujeto al IVM, sin importar si el pasaje o flete es pagadero en Venezuela, si el contrato fue celebrado en Venezuela o si la factura fue emitida en el país; y

(ii) Viajes que parten de Venezuela:

Se presentan las siguientes posibilidades:

1. El viaje parte de Venezuela, el servicio fue contratado en Venezuela, el pasaje o flete debe ser pagado en Venezuela, y el pasaje o flete es emitido en Venezuela.

El valor del pasaje o flete está sujeto al IVM. En este caso, si el transportista está domiciliado en Venezuela, deberá cobrar el IVM a los clientes y declarar el IVM cobrado como un débito fiscal en la declaración que debe presentar dentro de los primeros 15 días de cada mes.¹⁶ Cuando el transportista no está domiciliado en Venezuela, el pagador venezolano que sea contribuyente del IVM (i.e., una persona natural domiciliada o una persona jurídica), será el responsable de declarar y pagar al Fisco Nacional el IVM correspondiente.¹⁷ A estos efectos, el pagador deberá emitir facturas propias al transportista en las cuales deberá (a) indicar separadamente el IVM del precio o remuneración y (b) expresar que se emiten en virtud del “artículo 5 de la Ley del IVM”. El pagador deberá registrar la operación en sus Libros de Compras y Ventas en forma separada de las otras facturas de ventas y prestaciones de servicios propias. El pagador deberá pagar al Fisco Nacional el IVM que grava el servicio de transporte internacional y podrá reportar dicho IVM como un crédito fiscal en su declaración mensual de IVM.

Si el transportista no está domiciliado pero tiene en Venezuela un agente o representante que emite las facturas (e.g., un agente naviero),

¹⁶ Ley del IVM, artículo 41; Reglamento de la Ley del IVM (Reglamento), G.O. N° 4.827 Extraordinario del 28-12-94, artículos 59 y 60.

¹⁷ Ley del IVM, artículo 5; Reglamento, artículo 3.

el agente deberá cobrar y pagar el IVM en su condición de responsable;¹⁸ y

2. El viaje se origina en Venezuela, el pasaje o flete es pagadero en su lugar de destino por un cliente extranjero, y la factura es emitida en el exterior.

El SENIAT en un primer momento dictaminó que los servicios de transporte internacional que partían de Venezuela pero que pagaba el destinatario (*collect*), estaban sometidos al pago del IVM, sin consideración alguna sobre el lugar de celebración del contrato.¹⁹

El SENIAT consideraba que la segunda condición se cumplía (i.e., venta o emisión del pasaje o flete en Venezuela) cuando el conocimiento de embarque (*bill of lading*) o algún documento similar fuese emitido en Venezuela. De acuerdo con esta teoría, para los viajes de carga que parten de Venezuela la segunda condición se verificaría siempre, sin importar en absoluto el hecho de que el flete fuese pagado en el lugar de destino o que el contrato se hubiese celebrado en el exterior. Esto se debe a que el conocimiento de embarque siempre será emitido en Venezuela por el transportista, una vez recibida la carga.²⁰ Esta teoría conduce a una situación anómala. En efecto, en estos casos tanto el transportista como el pagador son personas no domiciliadas en Venezuela, y la factura es emitida en el exterior. Aun cuando el valor del pasaje o flete está sujeto al pago del IVM, bajo ninguna circunstancia una persona no domiciliada puede tenerse por responsable del pago del impuesto causado en Venezuela. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley del IVM, la responsabilidad del pago del IVM está establecida solamente para el beneficiario del servicio que esté domiciliado en Venezuela, pero no para el beneficiario domiciliado en el exterior.

Recientemente, sin embargo, el SENIAT decidió en dos dictámenes que en el caso de viajes que parten de Venezuela, si el pasaje o flete

¹⁸ Ley del IVM, artículo 5; Reglamento, artículo 3; Código Orgánico Tributario. G.O. N° 4.727 Extraordinario del 27-5-94, artículos 26, num. (4) y 28; Código de Comercio, artículos 355 y 357.

¹⁹ Dictamen N° HGJT-200-1790-1 del 8-9-95.

²⁰ Argumento ex-artículos 156 y 734 del Código de Comercio, los cuales exigen la emisión de la carta de porte o del conocimiento de embarque en los casos de contratos de transporte (Cfr. Raúl Lorenzo Bravo, Origen, evolución y estado actual del conocimiento de embarque como documento representativo de las mercancías transportadas, en Revista de Derecho Marítimo N° 8-9, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas (1989), p. 15, 21-22 y 24-26).

debe ser pagado en el exterior y la factura es emitida fuera de Venezuela, la segunda condición no se verificaría, y, en consecuencia, el servicio de transporte no estaría sujeto al pago del IVM.²¹ El SENIAT, sin embargo, no consideró que en los casos de viajes que parten de Venezuela, en los cuales el pasaje o flete es pagadero en el exterior y la factura es emitida fuera de Venezuela, aún se cumpliría con la segunda condición si el servicio es contratado en Venezuela, tal como se ha descrito *supra* en el parágrafo 1. En este último caso, la misma situación anómala se presenta cuando el transportista y el cliente están domiciliados en el extranjero.

El problema surge de la frase “pasaje o flete emitido en el país”, tal como expresa la Ley del IVM. Está claro que el término “pasaje” se refiere al transporte de pasajeros y el término “flete” al transporte de bienes.²² Ni la Ley del IVM ni su Reglamento definen los términos pasaje o flete a efectos del IVM.

En nuestra opinión, sin embargo, la intención subyacente de la norma, a pesar de que no es un ejemplo de redacción, es gravar el transporte internacional con el IVM cuando el pasaje o flete sea pagadero en Venezuela o, alternativamente, cuando el contrato de transporte sea celebrado en el país (i.e., el servicio es vendido en Venezuela). Esto resulta cierto debido a que de acuerdo con la legislación comercial, los términos pasaje y flete se refieren al contrato de transporte o a la contraprestación pagada por su causa al transportista. Nunca se podría referir al conocimiento de embarque o a la factura. Bajo esas circunstancias, el hecho de que el conocimiento de embarque o la factura sean emitidos en Venezuela es irrelevante. En el caso de transporte aéreo, el SENIAT ha seña-

²¹ SENIAT, Dictamen N° HGJT-200-2245 del 11-7-97; Dictamen N° HGJT-200-061 del 22-1-98.

²² Aunque el Código de Comercio se refiere indistintamente a “flete” (artículos 171, 683, 686, num. (2), 690, 691, 692, 693, 695, 705, 706, 708, 709, 711, 712, 713, 716, 717, 718, 719, 720, 725, 726, 730, 731, 732, 734, 742, num. (1), (2) y (4), 743 num. (1) y (3), 744, 746, num. (1) y (2), 747 y 748), “porte” (artículos 156, num. (5)) o “precio” (artículos 156, num. (5) y 680) en los casos de transporte de pasajeros o mercancías, la doctrina y los usos comerciales han limitado el término “flete” para la contraprestación debida por el transporte de mercancías y “pasaje”, por antonomasia, a la contraprestación debida por el transporte de pasajeros (Cfr. Fernando Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1957), p. 581-584; Francisco Villarroel, *Temas de Derecho Marítimo*, Paredes Editores, Caracas.(1992), p. 91; y *Glosario de Términos Aduaneros y Afines*, Cuaderno de Auditoría N° 2, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas (octubre 1998), p. 61 y 82).

lado expresamente en una consulta dirigida a la Asociación de Líneas Aéreas de Venezuela que cualquier pasaje pagadero fuera de Venezuela pero emitido en el país está sujeto al IVM.²³

En consecuencia, cuando el viaje se origina en Venezuela el pasaje o flete estará sujeto al IVM si el contrato de transporte es celebrado en Venezuela, sin importar el lugar de pago o el lugar de emisión de la factura; el pasaje o flete estará sujeto al pago de IVM si el contrato es celebrado en el exterior, pero el pasaje o flete es pagadero en el país, sin importar el lugar de emisión de la factura; y el pasaje o flete no estará sujeto al IVM si el contrato de transporte es celebrado en el exterior y el pago no se verifica en Venezuela, independientemente del lugar de emisión de la factura.

IV. TEMPORALIDAD DEL HECHO IMPONIBLE. LOS CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO

Como regla general, en los casos de prestación de servicios, se considera que el hecho imponible ha sucedido y, por tanto, nacida la obligación tributaria; cuando alternativamente: se emita la factura o documento equivalente por quien presta el servicio, se ejecute la prestación; sea pagado el precio o se haga exigible; o se ponga a disposición del adquirente el bien que ha sido objeto del servicio en contratos que no sean de tracto sucesivo, lo que sea que ocurra primero.²⁴ Este sería el caso de los contratos de transporte de línea regular, en los cuales el contratante (cargador o pasajero) alcanza el mínimo posible de control sobre el transporte y el buque o aeronave: prácticamente se limita a aceptar las condiciones preestablecidas de una línea regular, constituyendo así un contrato de adhesión.²⁵ Los miembros de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA) están autorizados para utilizar como documento equivalente a la factura los billetes de pasajes, talones de equipajes, órdenes de servicio, órdenes misceláneas de cargo (*MCO Miscellaneous Charge Orders*) y las cartas de porte aéreo. En estos casos, sin embargo, la emisión de la factura no generará débitos fiscales para los emisores que utilicen el Plan de Liquidación Bancaria (*BSP; Bank Settlement System*)

²³ Dictamen N° HGJT-200-1790-1 del 8-9-95.

²⁴ Ley del IVM, artículo 10, num. (4); Reglamento, artículo 31.

²⁵ Cfr. J.M. Ruiz Soroa, *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Bilbao (1986), p. 18.

y el Sistema de Liquidación Contable de Carga (CASS, Cargo Account Settlement Plan).²⁶

Como una excepción a la regla anterior, en los contratos de prestaciones de servicios de cumplimiento mediante tracto sucesivo, en que las partes o una de ellas se obligan a prestaciones de servicios periódicos, permanentes, regulares y continuos, el hecho imponible se entiende ocurrido o perfeccionado cuando (1º) se emiten las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio; (2º) cuando se realice su pago, o (3º) cuando la contraprestación fuere exigible total o parcialmente, lo que sea que ocurra primero.²⁷

Los contratos de *tracto sucesivo* o *ejecución continuada* se oponen a los contratos de *ejecución instantánea*. En este sentido, los contratos de *ejecución instantánea* comportan una sola ejecución o ejecución en un acto único, en cuanto que tal ejecución agota su razón de ser.²⁸ Frente a esta categoría se distinguen los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada en los cuales el contrato sólo logra el efecto perseguido con su celebración mediante la “duración” de la ejecución de las prestaciones, bien sea mediante varios actos escalonados (como generalmente ocurre en las cesiones de uso y arrendamientos) o en un solo acto continuo y de larga duración (como mantener al arrendatario o cesionario en el uso y goce de la cosa).²⁹ Existen dos tipos de contratos de

²⁶ SENIAT, Providencia N° 603 que establece el Régimen Especial de Facturas y Otros Documentos que deben emitir los Contribuyentes y Responsables del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor Miembros de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), G.O. N° 36.435 del 17-4-98, artículos 1 al 3.

²⁷ Reglamento, artículo 32.

²⁸ Cfr. José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato* (3ª Ed.), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1997), p. 68; Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires (1955), p. 480; Oscar Palacios Herrera, *Apuntes de Obligaciones*, T. I, versión taquigráfica de las clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela –año 1950-51 (taquígrafo Rafael Maldonado Gutiérrez), Caracas (1960), p. 301; y Ricardo Uribe-Holguín, *De las Obligaciones y del Contrato en General* (2ª Ed.), Editorial Temis, Bogotá (1982), p. 181.

²⁹ Cfr. Simone David-Constant, *Théorie Générale des Obligations*, Fascicule I, Université de Liège, Presses Universitaires, Liège (1982), p. 19-20; Louis Josserand, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América/Bosch y Cía., Buenos Aires (1950), p. 34; Eloy Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (1993), p. 394; Henri, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires (1960), p. 120; Mélich, *loc. cit.* en la nota anterior; Marcelo Planol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, T. VI, Cultural, S.A., Habana (1946), p. 61-62; Mauricio A. Plazas Vega, *El Impuesto sobre el valor agregado* (2ª Ed.), Editorial Temis, Bogotá (1998), p. 521; Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, T. IV (1ª parte), La Ley, Buenos Aires (1964), p. 65; y Uribe-Holguín, *loc. cit.* en la nota anterior.

transporte marítimo que son contratos de tracto sucesivo, a saber: (1º) el fletamento por tiempo (*time charterparty*), en el cual el fletante se compromete a poner a disposición del fletador durante un período determinado un buque armado y equipado;³⁰ y (2º) el fletamento por viaje (*voyage charterparty*), en el cual el fletante, además de poner un buque a disposición del fletador, se compromete frente a él a realizar uno o más viajes.³¹ Ambos casos están regidos por el artículo 32 del Reglamento de la Ley del IVM a efectos de determinar el momento en que ocurre el hecho imponible.

V. CARGOS ADICIONALES AL PASAJE O FLETE

Para determinar la base de cálculo correspondiente a cada operación, deben incluirse además todos los conceptos que se carguen o cobren en adición al precio convenido para la operación gravada y, especialmente, los ajustes, actualizaciones o fijaciones de precios o valores de cualquier clase.³² En el caso del transporte internacional, tales ajustes incluyen cualquier cargo por servicios adicionales (e.g., almacenamiento, caleta y estiba de la mercancía, o cargos adicionales por sobrepeso). En este caso, por tratarse de cargos por servicios auxiliares o incidentales al transporte, los ajustes estarán sujetos al IVM de la misma forma que los pasajes o fletes (i.e., 4,125% de tasa efectiva).

VI. LA RECUPERACIÓN DE LOS CRÉDITOS FISCALES

A efectos de la Ley del IVM, el crédito fiscal no es más que un elemento técnico que se resta de los débitos fiscales para calcular el impuesto pagadero por el contribuyente (artículos 29 y 30). Este concepto no tiene el significado que se le atribuye en el Código Orgánico Tributario, según el cual los contribuyentes que tengan créditos fiscales derivados del pago indebido de tributos nacionales y accesorios pueden (1º) solicitar un reintegro del Fisco Nacional; (2º) compensar el crédito con otros impuestos nacionales; o (3º) ceder el crédito, normalmente a descuento, sólo para que el cesionario los compense contra deudas tributarias

³⁰ Código de Comercio, artículo 684; *Reglamento*, artículo 19, cfr. Sánchez Calero, *op. cit.* en la nota 22, p. 582.

³¹ Código de Comercio, artículo 684; cfr. J.M. Ruiz Soroa, *op. cit.* en la nota 25, p. 16-18 y Sánchez Calero, *loc. cit.*

³² *Ley del IVM*, artículo 21, numeral 1.

con el mismo sujeto activo.³³ En consecuencia, al contrario que en otras jurisdicciones,³⁴ un contribuyente no exportador que tenga exceso de créditos fiscales porque el IVM sobre sus compras es mayor que el IVM sobre sus ventas no tiene derecho a solicitar el reintegro de dichos créditos ni a compensar dichos créditos contra otros impuestos; así como tampoco tiene derecho a cederlos a otros contribuyentes para su ulterior compensación.

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley del IVM, solamente los exportadores que sean contribuyentes ordinarios tendrán derecho a recuperar del Fisco Nacional el impuesto que hubiesen soportado por los insumos representados en bienes y servicios adquiridos o recibidos con ocasión de su actividad de exportación, toda vez que las exportaciones están sujetas a la tasa de 0%.³⁵ Para efectos del IVM, se entiende por exportaciones de servicios aquellas donde los beneficiarios o receptores de los servicios no tienen domicilio o residencia en el país y siempre que dichos servicios sean exclusivamente utilizados en el extranjero.³⁶ En este sentido, podría argumentarse que el transporte internacional en algunos casos constituye, al menos parcialmente, una exportación de servicios. En efecto, el Parágrafo Único del artículo 13 de la Ley del IVM establece que “se considera **parcialmente** prestado en el país el servicio de transporte internacional” (negritas nuestras). Así, una parte del

³³ Código Orgánico Tributario, artículos 46, 47, 60 y 177; cfr. José P. Barnola (h), *Another thorn in the taxpayers' crown*, en *The Daily Journal*, Caracas, Jun. 17, 1998, p. 8.

³⁴ En Chile, por ejemplo, los contribuyentes de IVA tienen derecho al reintegro del remanente de créditos fiscales o su imputación a otros tributos, originados en la adquisición de bienes corporales muebles o inmuebles destinados a formar parte del Activo Fijo o de servicios que deban integrar el valor de costo de éste (Cfr. Decreto Ley N° 825 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, artículo 27°bis, en *Textos Legales*, Servicio de Impuestos Internos, Arrayán Editores, Santiago (1996), p. 120-122 y Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2219/97 del 24-09-97).

³⁵ Ley del IVM, artículo 25; cfr. José P. Barnola (h) y Luis Fernando Mackenna Jr., *La buena fe del contribuyente*, en *Diario Economía Hoy*, Caracas, 18-6-97, p. 7; Juan Cristóbal Carmona Borjas y Massimo Melone, *Régimen de recuperación de créditos fiscales por parte del contribuyente exportador en el impuesto al consumo suuntuario y a las ventas al mayor*, en *Tributum*, *Revista Venezolana de Ciencias Tributarias* N° III, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal (1997), p. 104-105; Palacios, op. cit. en la nota 6, p. 71-72; y Adriana J. Vigilancia García, *La recuperación de créditos fiscales provenientes del impuesto al consumo suuntuario y a las ventas al mayor por los contribuyentes exportadores*, en *Revista de Derecho Tributario* N° 68, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislación Económica, C.A., Caracas (1995), *passim*.

³⁶ Ley del IVM, artículo 25.

servicio de transporte internacional es prestada fuera del país y si esta parte del servicio la aprovecha una persona no domiciliada en Venezuela, constituiría una exportación de servicios sujeta a la tasa de 0% y, por lo tanto, daría al transportista el derecho a la recuperación de los créditos fiscales a prorrata.³⁷

En nuestra opinión, sin embargo, el mencionado argumento se cae por su propio peso por cuanto la porción del servicio de transporte internacional que es prestada fuera de Venezuela simplemente constituye un servicio extraterritorial y, por lo tanto, no sujeto al IVM. Por la misma razón, el SENIAT ha considerado que la actividad de transporte internacional no constituye una exportación de servicios y que, en consecuencia, los transportistas internacionales no tienen el derecho a la recuperación de los créditos fiscales.³⁸

La última opción establecida en las leyes venezolanas para aprovechar el exceso de créditos fiscales que no pueden trasladarse es imputarlos al costo de los bienes o servicios a los efectos del impuesto sobre la renta.³⁹ Esta opción, sin embargo, solamente es aplicable a las empresas de transporte internacional constituidas en Venezuela,⁴⁰ pero no es aplicable a las empresas de transporte internacional constituidas y domiciliadas en el exterior o constituidas en el exterior y domiciliadas en Venezuela. En efecto, aquellas que estén regidas por un tratado general de doble tributación suscrito por Venezuela no están sujetas al pago de impuesto sobre la renta en Venezuela toda vez que, conforme con estos tratados, en principio solamente el país de la residencia puede gravar los enriquecimientos provenientes del transporte internacional.⁴¹ Las empresas de transporte internacional que estén regidas por un tratado de

³⁷ Ley del IVM, artículos 25 y 37.

³⁸ SENIAT, Dictamen N° SAT-GJT-96-I-2867 del 6-8-96.

³⁹ Ley del IVM, artículo 33; Ley de Impuesto sobre la Renta, G.O. N° 5.023 Extraordinario del 18-12-95, artículo 27, num. (3); Palacios, op. cit. en la nota 6, p. 68-69; SENIAT, Dictamen N° HGJT-200-1640 del 13-5-96.

⁴⁰ En este caso la empresa solamente estaría recuperando en valores reales el 34% de los créditos y no bolívar por bolívar. En efecto, al deducir los créditos como costo a efectos de impuesto sobre la renta, la empresa solamente estaría recuperándolos en la misma proporción que la tarifa de impuesto sobre la renta corporativa (34%).

⁴¹ Es el caso de las empresas de transporte internacional regidas por los siguientes convenios generales para evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta, los cuales siguen en líneas generales la solución adoptada por el modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) (Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, T. I, OECD Committee on Fiscal Affairs, París (1997), p. C(8)-I a II); Alemania, (G.O. N° 36.266 del 11-8-97, artículo 8) el cual establece que las

doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo están exentas del pago de impuesto sobre la renta en Venezuela.⁴² Finalmente, tampoco es aplicable a las empresas de transporte internacional a. constituidas y domiciliadas en el exterior o b. constituidas en el exterior y domiciliadas en Venezuela, que no estén regidas por un tratado de doble tributación, ya que dichas empresas están sujetas al impuesto sobre la renta de acuerdo con un enriquecimiento neto presunto constituido por el 10% de sus ingresos brutos.⁴³

Como consecuencia de lo anterior, en todos los casos señalados el efecto del IVM será neutro solamente si el monto de las ventas sujetas al IVM excede cuatro veces el monto de las compras sujetas al IVM, hecho que en la realidad es sumamente difícil que ocurra. En caso contrario, la empresa de transporte internacional tendrá una posición positiva en créditos fiscales que jamás podrá recuperar, con el consiguiente costo financiero en sus operaciones. Evidentemente que esta anomalía atenta contra el principio de "neutralidad" del IVM⁴⁴ y, desde el punto de vista económico, se traduce en un aumento de los precios de los transportistas.⁴⁵ En este sentido, los siguientes ejemplos son ilustrativos. En el

exenciones previstas en el convenio para evitar la doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo (G.O. N° 34.056 del 21-9-88) también son aplicables; Bélgica (G.O. N° 5.269 Extraordinario del 22-10-98, artículo 8), Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, regidos por la Decisión N° 40 del Acuerdo de Cartagena (G.O. N° 1.620 Extraordinario del 1-11-73, artículo 8); Francia (G.O. N° 4.635 Extraordinario del 28-9-93, artículo 8), el cual remite al convenio para evitar la doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo (G.O. N° 34.056 del 21-9-88); Italia (G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93, artículo 8), el cual remite a los convenios para evitar la doble tributación en materia de transporte marítimo (G.O. N° 34.053 del 16-9-88) y aéreo (G.O. N° 2.649 Extraordinario del 18-8-90); México (G.O. N° 5.273 Extraordinario del 6-11-98, artículo 8); Países Bajos (G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97, artículo 8); Portugal (G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97, artículo 8); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (G.O. N° 5.218 Extraordinario del 6-3-98, artículo 8); República Checa (G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97, artículo 8); Suecia (G.O. N° 5.274 Extraordinario del 12-11-98, artículo 8); Suiza (G.O. N° 5.192 Extraordinario del 18-12-97, artículo 8); y Trinidad y Tobago (G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97, artículo 8).

⁴² Es el caso de los convenios específicos para evitar la doble tributación, además de los citados en la nota anterior, celebrados por Venezuela con los siguientes países: Argentina (transporte aéreo y marítimo) (G.O. N° 34.053 del 16-9-88); Brasil (transporte aéreo) (G.O. N° 2.649 Extraordinario del 19-8-80); Canadá (transporte aéreo y marítimo) (G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93); Chile (transporte aéreo y marítimo) (G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93); España (transporte aéreo y marítimo) (G.O. N° 33.627 del 29-12-86); y Estados Unidos (transporte aéreo y marítimo) (G.O. N° 34.010 del 19-7-88).

⁴³ Ley de Impuesto sobre la Renta, artículos 37 y 41.

⁴⁴ Cfr. Bermúdez, *op. cit.* en la nota 11, p. 22-23; Palacios, *op. cit.* en la nota 6, p. 71; Plazas, *op. cit.* en la nota 29, p. 30; y Tait, *op. cit.* en la nota 10, p. 220-221.

⁴⁵ Palacios, *op. cit.* en la nota 6, p. 68-69.

Ejemplo 1 hemos asumido que en un determinado mes la empresa de transporte internacional ha comprado bienes muebles y servicios por Bs. 100 y ha pagado por concepto de IVM a sus proveedores la cantidad de Bs. 16,5 (crédito fiscal); y que ha vendido pasajes o fletes por Bs. 400, cobrando a sus clientes Bs. 16,5 por concepto de IVM (i.e., 4,125% de Bs. 400) (débito fiscal). En este caso la empresa tendría una ganancia de 300% sobre sus costos. En el Ejemplo 2 hemos asumido la misma cantidad de créditos fiscales, pero hemos asumido ventas solamente por Bs. 200, con una ganancia del 100% sobre sus costos. Como se puede observar, en este último caso existe un exceso de créditos fiscales que deberá ser trasladado a los futuros períodos de imposición en forma indefinida y sin posibilidad de recuperación.

EJEMPLO 1

Compras		Ventas	
Precio	100	Precio	400
IVM (16,5 %)	<u>+16,50</u>	IVM (4,125 %)	<u>16,50</u>
total	116,50		416,50
<u>IVM a pagar:</u>			
16,50 (débitos fiscales en las ventas)			
- <u>16,50</u> (créditos fiscales en las compras)			
0			

EJEMPLO 2

Compras		Ventas	
Precio	100	Precio	400
IVM (16,5 %)	<u>+16,50</u>	IVM (4,125 %)	<u>+8,25</u>
total	116,50		208,25
<u>IVM a pagar:</u>			
8,25 (débitos fiscales en las ventas)			
<u>16,50</u> (créditos fiscales en las compras)			
(8,25) (exceso de créditos)			

Evidentemente que la anomalía apuntada solamente puede resolverse mediante una reforma de la Ley del IVM. En este sentido hacemos eco de las palabras de *José Rafael Bermúdez*,⁴⁶ quien ha señalado lo siguiente: "Venezuela debe establecer un mecanismo que reconozca

⁴⁶ Op. cit. en la nota 11, p. 90.

que los viajes internacionales de carga y de pasajeros, marítimos y aéreos (y terrestres), son servicios prestados parcialmente en el exterior y por tanto una parte de ellos debe estar gravada con la tasa cero” (paréntesis nuestro), lo cual permitiría la recuperación de los créditos fiscales en forma proporcional.

VII. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores, las conclusiones son las siguientes:

- 1° El servicio de transporte internacional de carga y pasajeros está sujeto al IVM solamente cuando el viaje parta de Venezuela y se cumpla cualquiera de los siguientes requisitos adicionales: (a) que el pasaje o flete haya sido emitido en el país; o (b) que el contrato de transporte haya sido celebrado en Venezuela.
- 2° Si el viaje parte de Venezuela pero el pasaje o flete es pagadero en el destino (*collect*) y el contrato de transporte fue celebrado fuera de Venezuela, el servicio no está sujeto al IVM.
- 3° La tarifa aplicable de IVM es actualmente de 16,5%. En el caso de servicios de transporte internacional, la tarifa se aplica sobre 25% del valor del pasaje o flete, lo cual resulta en una tarifa efectiva de 4,125%.
- 4° Los cargos adicionales al valor del pasaje o flete también están sujetos al IVM a la misma tarifa efectiva de 4,125%.
- 5° Al contrario que los exportadores, las empresas de transporte internacional domiciliadas en Venezuela no pueden obtener el reembolso de los créditos fiscales a su favor derivados del IVM. En consecuencia, solamente pueden trasladarlos a los meses siguientes. Esta opción, sin embargo, resulta inútil a menos de que la relación entre el monto de las compras y ventas de la empresa sea 1:4. Es necesario, por lo tanto, que en una futura reforma de la Ley del IVM se consagre expresamente que el servicio de transporte internacional constituye una exportación de servicios parcial sujeta a la tasa de 0% y que, en consecuencia, las empresas de transporte internacional pueden obtener el reembolso de los créditos fiscales utilizados en la prestación de dicho servicio.

FUENTES CONSULTADAS

Textos Legales

- **Ley de Publicaciones Oficiales**, G.O. N° 20.546 del 22-7-41.
- **Código de Comercio**, G.O. N° 475 Extraordinario del 21-12-55.
- **Decisión N° 40 del Acuerdo de Cartagena**, G.O. N° 1.620 Extraordinario del 1-11-73.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para evitar la doble tributación a las empresas de transporte aéreo, G.O. N° 2.649 Extraordinario del 19-8-80.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, G.O. N° 2.818 Extraordinario del 1-7-81.

Constitución de la República de Venezuela, G.O. N° 662 Extraordinario del 23-1-61. Texto refundido según la Enmienda N° 2, G.O. N° 32.696 del 30-3-83.

- **Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de España para evitar la doble imposición internacional en relación con el ejercicio de la navegación marítima y aérea**, G.O. N° 33.627 del 29-12-86.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble tributación con respecto al transporte marítimo y aéreo, G.O. N° 34.010 del 19-7-88.

- **Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para evitar la doble tributación sobre las rentas derivadas del ejercicio de la navegación marítima**, G.O. N° 34.053 del 16-9-88.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para evitar la doble tributación en materia de transporte aéreo internacional, G.O. N° 34.053 del 16-9-88.

- **Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana para evitar la doble**

tributación sobre las rentas derivadas del ejercicio de la navegación marítima, G.O. N° 34.053 del 16-9-88.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para evitar la doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo (Protocolo Modificatorio), G.O. N° 34.056 del 21-9-88.

Convenio entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para evitar la doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo, G.O. N° 34.056 del 21-9-88.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana para evitar la doble tributación sobre las rentas derivadas del ejercicio de la navegación aérea, G.O. N° 2.649 Extraordinario del 18-8-90.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana con el objeto de evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta y prevenir la elusión, la evasión y el fraude fiscal, G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93.

Convenio para evitar la doble tributación en materia de transporte marítimo y aéreo entre Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá, G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93.

Convenio entre la República de Venezuela y la República de Chile para evitar la doble tributación en relación al transporte internacional marítimo y aéreo, G.O. N° 4.580 Extraordinario del 21-5-93.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para evitar la doble tributación y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuesto sobre la renta, G.O. N° 4.635 Extraordinario del 28-9-93.

Ley de Impuesto al Valor Agregado, Decreto-Ley N° 3.145, G.O. N° 4.637 Extraordinario del 30-9-93.

Decreto Presidencial N° 3.329 del 16-01-94, en Diario El Universal, 18-01-94, p. D-4

Decreto Presidencial N° 52, G.O. N° 35.410 del 28-02-94

Código Orgánico Tributario, Decreto-Ley N° 189, G.O. N° 4.727 Extraordinario del 27-5-94.

Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, Decreto-Ley N° 187, G.O. N° 4.727 Extraordinario del 27-05-94.

Reglamento de la Ley del IVM, Decreto Presidencial N° 449, G.O. N° 4.827 Extraordinario del 28-12-94.

Ley de Impuesto sobre la Renta, G.O. N° 5.023 Extraordinario del 18-12-95.

Decreto Ley N° 825 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (República de Chile), en Textos Legales, Servicio de Impuestos Internos, Arrayán Editores, Santiago (1996).

Ley del IVM (Ley de Reforma), G.O. N° 36.095 del 27-11-96.

Convenio entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta y patrimonio, G.O. N° 36.266 del 11-8-97.

Convenio entre la República de Venezuela y la república Portuguesa con el objeto de evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta, G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97.

Convenio entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal con respecto al impuesto sobre la renta, G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97.

- **Convenio entre la República de Venezuela y la República Checa con el objeto de evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y al patrimonio, G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97.**
- **Convenio entre la República de Venezuela y la República de Trinidad y Tobago con el objeto de evitar la doble tributación y prevenir la evasión y la elusión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y de fomentar el comercio y la inversión internacionales, G.O. N° 5.180 Extraordinario del 4-11-97.**

Convenio entre la República de Venezuela y la Confederación Suiza con el objeto de evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio, G.O. N° 5.192 Extraordinario del 18-12-97.

Convenio para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y sobre las ganancias de capital entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, G.O. N° 5.218 Extraordinario del 6-3-98.

Providencia N° 603 del SENIAT que establece el Régimen Especial de Facturas y Otros Documentos que deben emitir los Contribuyentes y Responsables del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor Miembros de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), G.O. N° 36.435 del 17-4-98.

Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Reino de Bélgica para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal con respecto al impuesto sobre la renta, G.O. N° 5.269 Extraordinario del 22-10-98.

Convenio entre la República de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuesto sobre la renta, G.O. N° 5.273 Extraordinario del 6-11-98.

Convenio entre la República de Venezuela y el Reino de Suecia con el objeto de evitar la doble tributación en materia de impuesto sobre la renta y prevenir la elusión y evasión y el fraude fiscal, G.O. N° 5.274 Extraordinario del 12-11-98.

Doctrina Administrativa del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT) (copias en el archivo del autor).

Dictamen N° HGJT-200-1640 del 13-5-96.

Dictamen N° SAT-GJT-96-I-2867 del 6-8-96.

Dictamen N° HGJT-200-2245 del 11-7-97.

Dictamen N° HGJT-200-061 del 22-1-98.

**Doctrina Administrativa del Servicio de Impuestos Internos
(República de Chile)**

Oficio N° 2219/97 24-09-1997 (copia en el archivo del autor).

Tratados, Ensayos, Estudios y Artículos

BARNOLA (h), José P. y MACKENNA Jr., Luis Fernando. *La buena fe del contribuyente*, en *Diario Economía Hoy*, Caracas, 18-6-97, p. 7.

BARNOLA (h), José P. *Another thorn in the taxpayers' crown*, en *The Daily Journal*, Caracas, Jun. 17, 1998, p. 8.

BERMÚDEZ, José Rafael. *El IVA en Venezuela, Guía para entenderlo y aplicarlo*, Planeta, Caracas (1993).

BRAVO, Raúl Lorenzo. *Origen, evolución y estado actual del conocimiento de embarque como documento representativo de las mercancías transportadas*, en *Revista de Derecho Marítimo* N° 8-9, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Caracas, 1989.

— CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal y MELONE, Massimo. *Régimen de recuperación de créditos fiscales por parte del contribuyente exportador en el impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor*, en *Tributum*, en *Revista Venezolana de Ciencias Tributarias* N° III, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal (1997).

— CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique. *El Impuesto al Valor Agregado en Venezuela*, en *Revista de Control Fiscal* N° 129, Contraloría General de la República. Caracas, 1995.

Contraloría General de la República de Venezuela, *Glosario de Términos Aduaneros y Afines*, Cuadernos de Auditoría N° 2, Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1998.

CONTRERAS QUINTERO, Florencio. *Disquisiciones Tributarias*, Colección *Justitia et Jus* N° 19, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida (1969).

Coopers & Lybrand. *A Guide to VAT in the EU*, Kluwer Law International, London (1995 Update).

DAVID-CONSTANT, Simone. *Théorie Générale des Obligations*, Fascicule I, Université de Liège, Presses Universitaires, Liège (1982).

Diputados aprueban que el IVA se aplique con la tasa actual del 16,5%, **Diario El Universal**, Caracas. 26-3-99, Cuerpo 2, p. 4.

GIMENO ULLASTRES, Juan S. *Imposición sobre el consumo y distribución personal de rentas*, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1980.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel. *Impuesto sobre el Valor Añadido. Operaciones Sujetas (Comentarios a la Nueva Ley)*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 1993.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América/Bosch y Cía. Buenos Aires, 1950.

MADURO LUYANDO, Eloy. *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1993.

LEÓN, Henri y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.

MÉLICH ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato (3ª Ed.)*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1997.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955.

MONTILLA, Armando. *Introducción al Impuesto al Valor Agregado en Venezuela*, en **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República** N° 6. Caracas, 1992.

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD Committee on Fiscal Affairs. París, 1997.

PALACIOS HERRERA, Óscar. *Apuntes de Obligaciones*, versión taquigráfica de las clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela/1950-51 (taquígrafo Rafael Maldonado Gutiérrez). Caracas, 1960.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo. *Los sujetos pasivos del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor. Las exenciones y las no sujeciones*, en **Revista de Derecho Tributario** N° 65, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislación Económica, C.A. Caracas, 1994.

_____. *Anotaciones para la sinceración de la imposición general al consumo valor agregado en*

Venezuela, en **Revista de Derecho Tributario N° 82**, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislec Editores, C.A. (1999).

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Cultural, S.A., La Habana, 1946.

PLAZ ABREU, Rodolfo. *El IVA y el Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio*, en **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 6**. Caracas, 1992.

PLAZAS VEGA, Mauricio A. *El impuesto sobre el valor agregado* (2ª Ed.), Editorial Temis. Bogotá, 1998.

RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador. *El Impuesto sobre el Valor Añadido*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1994.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil, La Ley*. Buenos Aires, 1964.

SOROA, Ruiz. *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*. Bilbao, 1986.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

TAIT, Alan A. *Value Added Tax, International Practice and Problems*, International Monetary Fund. Washington, D.C. ,1988.

URIBE-HOLGUÍN, Ricardo. *De las Obligaciones y del Contrato en General* (2ª Ed.), Editorial Temis. Bogotá, 1982.

VIGILANZA GARCÍA, Adriana J. *La recuperación de créditos fiscales provenientes del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor por los contribuyentes exportadores*, en **Revista de Derecho Tributario N° 68**, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legislación Económica, C.A., Caracas, 1995.

VILLARROEL, Francisco. *Temas de Derecho Marítimo*, Paredes Editores. Caracas, 1992.

VILLEGAS, Héctor. *Modernas Tendencias en el Derecho Tributario. Incorporación del IVA. Experiencia de su Aplicación en Países Latinoamericanos*, en **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 5**. Caracas, 1992.

_____. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario* (5ª Ed.), Depalma. Buenos Aires, 1992.

**INCIDENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO
SOBRE LOS TRIBUTOS MUNICIPALES**



CÉSAR J. HERNÁNDEZ B.

Abogado, con Postgrado en Derecho Tributario y Público, Universidad Central de Venezuela. Profesor en la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Santa María en las materias Finanzas Públicas y Derecho Financiero.

Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y miembro del Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

Asesor de la Sala Tributaria de la Corte Suprema de Justicia, ex funcionario de la Contraloría General y de la Procuraduría General de la República, así como de la Comisión de Administración Pública, Ex secretario del Consejo de Asesoría Jurídica de Administración Pública.

Incidencia del Código Orgánico Tributario sobre los tributos municipales

César Hernández B.

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de las pasadas reformas de Código Orgánico Tributario (COT), donde se pretendió extender su aplicación integral a los tributos municipales, se despertaron reservas y se denunció la inconstitucionalidad de tales pretensiones, alegándose la violación de la autonomía municipal.

Sin embargo, el hecho de que la autonomía municipal entrañe la potestad tributaria de establecer, crear, recaudar e invertir sus ingresos tributarios, como reza el artículo 29 de la Constitución en su numeral 3 y que éstos a su vez, estén delimitados en el artículo 31 *ejusdem*, así como posteriormente desarrollados en los artículos, 109, 110 y 111 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no choca ni colide con la normativa contenida en el COT, contentivo a su vez, de los principios jurídicos de la tributación y sus procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

Por el contrario, el COT, como ley orgánica que es, complementa la Ley Orgánica de Régimen Municipal; toda vez que en ésta se establece todo lo relativo a la Hacienda Municipal, tanto por lo que respecta al patrimonio y sus finanzas; los ejidos; el situado; el presupuesto; la contabilidad y el control administrativo; materias éstas que no son reguladas por el Código Orgánico Tributario, permaneciendo incólume, a nuestro juicio, la potestad tributaria municipal y que en nuestra Constitución, acusa el carácter de originaria, por devenir del propio texto constitucional.

A mayor abundamiento, el propio legislador en la oportunidad de la última reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, expresa en su artículo 119, que: “En todo lo relacionado con impuestos, tasas y contribuciones especiales (tributos), que corresponden al Municipio o al Distrito, y que no esté previsto en esta Ley, regirán las disposiciones del Código Orgánico Tributario que les sean aplicadas...” circunstancia ésta que trasunta la voluntad del legislador, en aras de la armonización y complementariedad de ambos textos jurídicos (negritas nuestras).

Por otra parte, el COT, por ninguna parte condiciona, limita o restringe los tipos de tributos que puedan crear los municipios en ejercicio de su potestad tributaria, conforme con sus respectivas ordenanzas.

Aún más, en aras de la conciliación de ambas leyes orgánicas, nos permitimos reproducir las conclusiones y recomendaciones de **las I Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario**, celebradas en Montevideo en el año 1956, sobre el tema de la “Autonomía de los Gobiernos Locales en materia tributaria” y las cuales son del tenor siguiente:

“Las facultades tributarias que se reconozcan y otorguen a los estados miembros y otros gobiernos locales, deben coordinarse entre sí y con el Gobierno Nacional a efectos de:

Evitar que se produzca la superposición de gravámenes y solucionarlos en los casos concretos por órganos y medios jurídicos.

Uniformar, en cuanto fuere posible, los conceptos jurídicos relativos a la obligación tributaria en todos sus aspectos.

Las facultades a que se refieren los puntos anteriores deberán ser distribuidas y coordinadas en los respectivos ordenamientos constitucionales” (negritas nuestras).

Como queda visto, entre la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el Código Orgánico Tributario no media conflicto alguno, por lo que la segunda complementa a la primera y sus normas serán aplicables a los tributos municipales, salvo que la ordenanza tributaria respectiva contenga norma expresa sobre la materia, en cuyo caso privará ésta sobre el Código Orgánico Tributario, asumiendo este último el carácter de ley supletoria, o sea, aplicable sólo para el caso de que la ordenanza no traiga norma que regule la materia.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En cuanto a la discusión sobre la aplicación del Código Orgánico Tributario a los tributos municipales, vista la norma contenida en la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal, donde se asienta que: “En todo lo relacionado con impuestos, tasas y contribuciones especiales... regirán las disposiciones del Código Orgánico Tributario que les sean aplicadas”, entran por vía principal las normas del COT; habida cuenta de la remisión expresa que hace la Ley Orgánica de Régimen Municipal, condicionándola únicamente al hecho de que no esté previsto en ella, o en la Ordenanza Municipal respectiva, agregamos nosotros.

Y siendo el caso que las normas sobre tributación no lo están, resulta de obligada aplicación el Código Orgánico Tributario a la tributación municipal, salvo que una Ordenanza Tributaria contemple norma expresa al respecto.

En este orden de ideas y abstracción hecha de la normativa contenida en las distintas Ordenanzas Tributarias, cuyo conocimiento sería materia de un estudio sistemático, que escapa a nuestro tiempo, vamos a detenernos en aquellas disposiciones fundamentales, cuya aplicación no merece duda, por así consagrarlo expresamente la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el propio Código Orgánico Tributario.

En obsequio a lo dicho, cabe traer a colación el artículo 26 de nuestra Constitución, que reza así:

La organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los Estados.

2. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN

Conforme con lo previsto en la última parte del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, “la prescripción de la obligación tributaria y sus accesorios, así como la interrupción y suspensión de aquélla, se regirán por lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario”.

En tal virtud, aplicaremos el régimen contemplado en los artículos 51 y siguientes del Código Orgánico Tributario y que sus aspectos esenciales desglosamos a continuación:

Así tenemos, que la obligación tributaria prescribirá a los cuatro años, pero si se trata de contribuyentes que no cumplen con inscribirse en los registros pertinentes, que no declaran y en los casos de Determinación de Oficio, el plazo se extenderá a seis años.

Igualmente prescribirá por cuatro años, la obligación de la Administración Tributaria de reintegrar lo recibido por pago indebido de tributos.

El término se contará desde el 1º de enero del año siguiente a aquél en que se produjo el hecho imponible.

Sin embargo, para los tributos que se liquiden por períodos, se entenderá que el hecho imponible se produce al finalizar el período respectivo, por lo que entendemos que en estos casos, la prescripción correrá a partir del 1º primer día del período subsiguiente, no debiendo esperar al año siguiente para su cómputo.

En cuanto a las causales de interrupción de la prescripción, cabe mencionar las siguientes: 1) declaración del hecho imponible; 2) determinación del tributo; 3) reconocimiento de la obligación; 4) pedido de prórroga; 5) levantamiento del Acta Fiscal y 6) gestiones de cobro administrativo o judicial.

Interesa destacar que la interposición de los recursos administrativos o la interposición del recurso Contencioso Tributario, suspenden el curso de la prescripción, hasta 60 días después que la Administración Tributaria dicte resolución o el Tribunal dicte sentencia definitiva.

Finalmente, lo pagado para satisfacer una obligación prescrita, no puede ser objeto de repetición, salvo que el contribuyente haya pagado bajo reserva.

3. RÉGIMEN DE INTERESES Y ACTUALIZACIÓN MONETARIA

Aunque los intereses y la actualización monetaria pudieran figurar en alguna Ordenanza Municipal, la circunstancia de que no fuera así, obligan a la aplicación del Código Orgánico Tributario, por remisión expresa de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, como vimos en el punto anterior.

En tal virtud, para el caso de las deudas líquidas y exigibles, se aplicará la tasa máxima del mercado, incrementada en 3 puntos porcentuales, por concepto de intereses moratorios.

Comentario especial nos merece la tasa de 12% anual, por concepto de intereses compensatorios y los cuales se aplican, sólo para el caso de que se trate de deudas litigiosas, o sea, que por haber sido interpuestos recursos administrativos o judiciales contra los actos contentivos de reparos, tales deudas no son exigibles.

En tal caso, durante el lapso que dure el recurso de que se trate, se computarán los intereses compensatorios a la tasa de 12% anual y cuando concluya el mismo, bien porque se produzca la resolución administrativa o la sentencia definitiva, según el caso, cesará su cómputo.

Por lo que atañe a la actualización monetaria, cabe señalar que la misma constituye una de las normas más novedosas introducidas en la reforma del Código Orgánico Tributario de 1994 y la cual está contemplada, en el párrafo único del artículo 59 que reza así:

En el caso de ajustes provenientes de reparos por tributos cuya determinación corresponda al sujeto pasivo, si éste acepta el reparo o el ajuste queda firme en la vía administrativa o jurisdiccional, la Administración Tributaria o el Tribunal, al confirmar el reparo ordenará la actualización monetaria de la deuda y el pago de intereses compensatorios del doce por ciento (12%) anual, todo ello contado a partir del vencimiento del plazo establecido para efectuar la autoliquidación y el pago del tributo.

Tanto los intereses compensatorios como la actualización monetaria serán calculados por la Administración Tributaria en la oportunidad en que el reparo quede firme según lo ordenado en el acto administrativo o en la sentencia, que confirme total o parcialmente el reparo, calculándose dichos montos hasta la fecha en que se produzca la decisión, según el caso.

La actualización se calculará ajustando la cantidad adecuada, considerando la diferencia entre el último índice mensual de precios al consumidor en el área Metropolitana de Caracas que haya publicado el Banco Central de Venezuela, a la fecha de la determinación de la actualización, y el índice mensual de precios al consumidor en la misma área que haya publicado dicho Banco y correspondientes al mes inmediato anterior a la fecha de vencimiento general fijado para el pago de la obligación tributaria.

Ahora bien, ¿a partir de cuándo entra en vigencia la citada norma?

¿Desde la fecha que señala el mismo Código, o sea, del 1° de julio de 1994?

Para contestar debidamente esta interrogante, debemos traer en nuestro auxilio el texto del artículo 9 *ejusdem* y el cual dice así:

Las leyes tributarias regirán a partir del vencimiento del término previo a su aplicación, que ellas deberán fijar. Si no lo establecieran, se aplicarán vencidos los sesenta (60) días continuos siguientes a su promulgación.

Las normas de procedimientos tributarios se aplicarán desde que la ley entre en vigencia, aunque los procedimientos se hubieren iniciado bajo el imperio de las leyes anteriores.

Las normas que supriman o reduzcan sanciones tributarias se aplicarán con efectos retroactivos cuando favorezcan al infractor.

Cuando se trate de tributos que se determinen o liquiden por períodos, las normas referentes a la existencia o a la cuantía de la obligación tributaria regirán desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, conforme al encabezamiento de este artículo.

A primera vista, la norma contentiva del mecanismo de corrección monetaria afecta los procedimientos administrativos y judiciales, por cuanto el Código manda a practicar la corrección monetaria con ocasión de los ajustes provenientes de reparos por tributos, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, circunstancia ésta por la cual podríamos inferir, que por tratarse de una norma de procedimiento, entraría en vigencia a partir del 1º de julio.

Sin embargo, tal deducción sería la resultante de una lectura apresurada, por cuanto si nos detenemos en el análisis de la susodicha norma, nos encontraremos con el hecho cierto e indubitable, de que se trata de una norma que también incide en la existencia y cuantía de la obligación tributaria; toda vez que la corrección monetaria variará el monto de la deuda, actualizándola en su nueva cuantía.

En tal virtud, para el caso de los tributos que se liquiden por períodos, como sería el caso del Impuesto sobre la Renta, de la Ley de Impuestos a los Activos Empresariales y la novísima Ley de Impuesto a las Ventas al Mayor y al Consumo Suntuario, **debemos concluir, que el mecanismo de corrección monetaria contenido en el Código Orgánico Tributario, regirá “desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley...”**

No escapará a la atención del lector, que si bien se trata de una norma que afecta los procedimientos, también incide en la cuantía de la obligación tributaria, constituyendo esta parte lo principal de la norma y la aplicación de la corrección monetaria, en vía administrativa o judicial, lo accesorio, por lo cual a nuestro juicio, priva el criterio de la entrada en vigencia de la norma, para los ejercicios siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la ley (COT).

Sentado lo anterior, pareciera que el debate estaría concluido. Pero cabe preguntarnos: **¿Qué pasaría con las deudas resultantes de ajustes fiscales, hechos con anterioridad a la reforma del Código Orgánico Tributario y que serán resueltos en vía jerárquica o decididos por los Tribunales competentes en los próximos años, para cuando ya el mecanismo de la corrección monetaria este vigente?**

Hay quienes piensan, que para cuando se produzca la resolución administrativa o la sentencia judicial, según el caso, deberán computarse los años que hayan corrido desde que se practicó el ajuste fiscal, o sea, cuando se produjeron los reparos.

En nuestra opinión, tal proceder entrañaría una aplicación retroactiva de la corrección monetaria, lo cual sería ilegal e inconstitucional, por cuanto para esos años, no existía el citado mecanismo.

En efecto, tal proceder llevaría hacia atrás la corrección monetaria, cuando lo legal sería computar sólo el lapso transcurrido desde la entrada en vigencia de la corrección, hacia adelante, o sea, para cuando se produzca la resolución administrativa o la sentencia judicial, según el caso.

¿Y qué decir de los intereses compensatorios?

Como queda visto, éstos difieren de la tasa de los intereses moratorios, por la sencilla razón de que se aplican sobre deudas no exigibles, aunado a que deberán imputarse a la deuda vieja u original, puesto que sería una incongruencia jurídica pretender aplicarlos a la deuda nueva o actualizada, ya que los intereses compensatorios a 12% anual, valga la redundancia, compensan el fruto dejado de percibir por el acreedor tributario.

En cuanto a los intereses moratorios a la tasa máxima del mercado, éstos comenzarían a correr cuando la deuda se haga líquida y exigible,

por asumir el reparo el carácter de acto administrativo definitivamente firme, ya porque interpuesto el recurso jerárquico fue declarado sin lugar y el contribuyente se allanó al pago, o bien porque interpuesto el recurso judicial del contencioso tributario, la sentencia del Tribunal competente confirmó el reparo.

Como vemos, el citado mecanismo cobra importancia y relevancia para los años futuros, por lo cual serán los ajustes fiscales practicados a partir del “período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley”, o sea, con posterioridad al 1° de julio de 1994, los que se verán afectados por este novísimo mecanismo de actualización monetaria.

4. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA TRIBUTARIA

Con respecto a la vía judicial para dirimir los conflictos entre los contribuyentes y la Administración Tributaria Municipal, cabe observar, que antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Orgánico Tributario de 1992, los conflictos de esta naturaleza se ventilaban ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pero a raíz de la citada reforma, el Código Orgánico Tributario estableció en su artículo 229, segundo aparte, lo que se transcribe a continuación:

Tampoco es aplicable a la materia tributaria estatal y municipal, lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (negritas nuestras).

Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece lo que sigue a continuación:

Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo civil, conocerán en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, sin son impugnados por razones de ilegalidad.

Ahora bien, posteriormente, con ocasión de la última reforma del Código, acaecida el 1° de julio de 1994, se asienta en el artículo 22, lo que sigue a continuación:

Igualmente, no será aplicable a la materia tributaria estatal y municipal lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

En tal virtud, desde la reforma de 1992, los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos de contenido tributario, emanados de los municipios, son los Tribunales de lo Contencioso Tributario, de cuyas sentencias se oirá apelación ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa.

Conviene señalar, que conforme con lo previsto en el artículo 195 del Código Orgánico Tributario vigente, de las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Tributario, que conocen en primera instancia, se oirá apelación dentro del término de ocho días hábiles, contados a partir de la publicación de la sentencia, **siempre que la cuantía de la causa exceda de 100 unidades tributarias para las personas naturales y 500 unidades tributarias para las personas jurídicas.**

Finalmente cabe señalar, que la unidad tributaria entraña un mecanismo de actualización monetaria, dirigido a contrarrestar los efectos inflacionarios sobre la moneda, supeditándose su fijación a la Administración Tributaria, "sobre la base de la variación producida en el Índice de Precios del Consumidor (IPC) en el área metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, que publicará el Banco Central de Venezuela antes del 15 de enero de cada año".

CONCLUSIONES

1. En todo lo relacionado con impuestos, tasa y contribuciones especiales, que correspondan al municipio y que no esté previsto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, regirán las disposiciones del Código Orgánico Tributario, salvo que la Ordenanza Tributaria traiga norma expresa.
2. El régimen de prescripción aplicable a los tributos municipales, es el contemplado en el Código Orgánico Tributario.
3. El régimen de intereses y la actualización monetaria se regirán por lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, salvo que la Ordenanza Tributaria traiga disposición expresa.

4. **La Jurisdicción Contencioso Tributaria, es la competente para conocer de los conflictos surgidos entre contribuyentes municipales y la Administración Tributaria respectiva, por mandato expreso del Código Orgánico Tributario.**

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Nacional.

Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Código Orgánico Tributario.

Resoluciones de las Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (1993).

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

**HACIA LA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS DE CONTROL
DE GESTIÓN PARA MEJORAR LA EFICACIA
DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**



RAFAEL RODRÍGUEZ ELORZA

Ingeniero Civil, egresado de la Universidad Central de Venezuela en 1983. Lic. en Comunicación Social, egresado de la Universidad Central de Venezuela en 1996. postgrado en gerencia Pública en el Instituto Venezolano de Planificación de CORDIPLAN, 1997.

Miembro del Colegio de Ingenieros y del Colegio Nacional de Periodistas.

Instructor Docente en las áreas de “Seguimiento y Control de la Ejecución de Obras Públicas” y “Control de Gestión de Obras Públicas” en el Centro de Estudios Superiores de Auditoría de Estado (CEA) de la Contraloría General de la República desde 1996.

Preparador Docente en “Mecánica de los fluidos” en la Facultad de Ingeniería de la U.C.V. (1980 - 1982).

Participante en el Programa de Formación Gerencial para la CGR en el IESA, 1996.

Auditor General en la Dirección General de Control de la Administración Central y Descentralizada de la Contraloría General de la República (1987-actual).

Ingeniero Inspector en el Instituto Nacional de Parques en el año 1987.

Proyectista, Ingeniero Inspector y Coordinador de Obra, Centro Simón Bolívar, 1983-1985.

Hacia la implantación de Sistemas de Control de Gestión para mejorar la eficacia del Estado en la prestación de los servicios públicos

Rafael Rodríguez E.

I. INTRODUCCIÓN

El incremento constante en las demandas de la población por la prestación de servicios públicos de calidad y a menor costo, aunado a las crecientes dificultades de los Estados para proveerse oportunamente de insumos financieros suficientes, destinados a suplir los requerimientos del conjunto de entidades que integran el sector público nacional, presionan para que estas instituciones mejoren su productividad, mediante la racionalización de sus procesos para hacerlos más eficientes, a fin de optimizar el uso de los recursos humanos y materiales disponibles.

En esta dirección, resulta indispensable que las organizaciones públicas cuenten con eficaces sistemas de control interno, apoyados en eficientes sistemas de información, dirigidos a facilitar la ejecución, seguimiento y control de sus planes y programas, que permitan la toma de decisiones oportunas en relación con los correctivos que deban aplicarse para subsanar las fallas y desviaciones, así como para la evaluación pertinente de los resultados derivados del cumplimiento de la gestión institucional, con la finalidad de incorporar al proceso de planificación las experiencias positivas que posibiliten el mejor desempeño corporativo.

Visto en su conjunto, llevar a la práctica este enunciado implica sin duda superar diversas dificultades, debido en principio a las múltiples fallas y deficiencias presentes en muchas organizaciones públicas, sumadas a las resistencias “naturales” hacia los mecanismos de control, lo

cual incide en el ritmo de implantación efectiva de los sistemas de control corporativos requeridos, así como en la velocidad de integración de los sistemas nacionales de control, que permitan un mejor diagnóstico de la gestión global del Estado y la corrección a tiempo de las desviaciones respecto a sus metas y objetivos.

No obstante estas dificultades, las variaciones constantes en las condiciones del entorno social, político, económico y tecnológico, local e internacional, en el cual las entidades públicas deben cumplir su misión institucional, favorecen la introducción de innovaciones y cambios en las organizaciones públicas para que eleven sus niveles de desempeño, a la vez que hacen más imperiosa la necesidad de contar con idóneos sistemas de control sobre la gestión desarrollada.

Ejemplo de algunas situaciones que actúan de manera positiva en esta dirección, se tiene en hechos tales como las crecientes demandas formuladas por las comunidades y grupos organizados para que se mejore la representatividad del sistema político y se modernice el Estado, a fin de que pueda cumplir una gestión mucho más eficiente. Igualmente sirven de ejemplo los procesos de reestructuración y redimensionamiento del sector público, y los programas de ajuste macro económico implantados en muchos países del orbe, destinados a racionalizar los procesos burocráticos y a propiciar un mejor uso de los recursos existentes.

Otros elementos destacables del entorno de las organizaciones públicas que presionan para que éstas incrementen los resultados positivos de su gestión, podrían ser, por ejemplo en el plano tecnológico, la creciente masificación de los medios de comunicación y el constante crecimiento en el uso de la internet, que permiten cada vez más que un mayor número de personas pueda contar con información instantánea sobre diversos acontecimientos que suceden en cualquier lugar del mundo y formarse juicios críticos sobre la calidad de la gestión pública local e internacional. Otro ejemplo, tomado del ámbito social, se tiene en los avances significativos en la medicina preventiva y curativa, que han elevado de manera apreciable las expectativas de vida del ser humano, pero que a la vez evidencian la honda brecha existente en muchos países entre la calidad de prestación de estos servicios en el sector público y el privado.

Resulta entonces impostergradable el mejoramiento constante de los niveles de calidad de los servicios que presta el Estado a sus ciudadanos,

por lo cual se hace necesario adoptar medidas eficaces dirigidas a generar soluciones inmediatas en este sentido.

Al respecto, cabe preguntar ¿cómo pueden las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) Latinoamericanas y del Caribe contribuir al mejoramiento en la calidad de prestación de los servicios públicos en sus países?

En su carácter de órganos rectores de los sistemas nacionales de control, las EFS pueden contribuir al mejoramiento de la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, coadyuvando en el proceso de implantación de sistemas de control de gestión en las organizaciones del Estado, entre otras medidas dirigidas a optimizar el desempeño de los administradores públicos en este ámbito de acción, a fin de que logren gerenciar de manera eficaz los procesos productivos correspondientes y empleen de manera económica y eficiente los recursos a su disposición.

En consecuencia, el objeto de esta investigación se orienta a precisar los diversos elementos generales que actúan a favor de las EFS miembros de la Organización Latinoamericanas y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), a fin de promover la efectiva implantación de sistemas de control de gestión en las entidades estatales prestatarias de servicios públicos, como una vía para incrementar la capacidad operativo del Estado respecto a los niveles de calidad y eficiencia de los servicios que la colectividad le demanda, así como para sustentar la práctica de eficaces auditorías de gestión por parte de los órganos de control internos y externos, además de contribuir con el objetivo de integrar los sistemas nacionales de control.

II. IMPLANTAR SISTEMAS DE CONTROL DE GESTIÓN PARA MEJORAR LA EFICACIA DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Productividad y gestión pública

La dinámica actual de cambios en el ámbito internacional, evidenciable a través de procesos tales como la globalización de los mercados, las asociaciones para el libre comercio, el vertiginoso desarrollo tecnológico, la omnipresencia de los medios de comunicación, la expansión de la internet, etc., inducen a las organizaciones en general a

adoptar medidas perentorias, para no quedar rezagadas respecto a sus competidores y poder atender de manera eficaz las demandas de sus usuarios y clientes.

El aceleramiento operado en los últimos años por este proceso transformador, ha alterado abruptamente las condiciones del entorno de las organizaciones públicas y privadas, lo cual ha motorizado una serie de cambios significativos en la concepción tradicional de las organizaciones, desde la revisión del rol que deben desempeñar, la redefinición de los alcances y objetivos de su gestión, la identificación de sus fortalezas y limitaciones, hasta —inclusive— llegar a cuestionar la propia existencia de muchas de esas instituciones, a fin de racionalizar los procesos corporativos que permitan el uso óptimo de los recursos disponibles.

Las demandas constantes de la población por la generación oportuna de bienes y servicios de calidad y a menor costo, así como las crecientes dificultades para proveerse de insumos materiales y financieros suficientes, oportunos y apropiados, debido a la intensa competitividad entre las organizaciones, presionan sobre las instituciones públicas y privadas para que mejoren su productividad, a partir del diseño de procesos más eficientes, que permitan reducir desperdicios y evitar el retrabajo, junto a la captación de los mejores insumos y la implantación de sistemas de control interno, entre otras medidas orientadas a lograr la satisfacción de los usuarios y clientes de la organización.

En el ámbito de las organizaciones del sector privado, estas situaciones de cambio operadas en los procesos productivos, se evidencian de distintas maneras, como por ejemplo en la ola de fusiones entre grandes corporaciones mundiales para potenciar las ventajas competitivas, orientadas al logro de un mejor posicionamiento del mercado. Pero también son reflejo de estas transformaciones del entorno global, la constante desaparición de numerosas empresas pequeñas, medianas y grandes, debido en unos casos a la redefinición de objetivos y metas corporativas, que determinan que su existencia ya no se justifica, o principalmente por causa de la quiebra económica de las empresas, situación que ha llegado a afectar inclusive a corporaciones consideradas muy sólidas, como la aerolínea Panamerican, entre otras.

En el ámbito público, estos cambios también han motivado la redefinición de muchas funciones y actividades, hacia las cuales este sector había extendido su acción en las últimas décadas, impulsados ahora por

la tesis de la concentración del Estado en aquellas funciones consideradas como más atinentes a su rol (salud, educación, seguridad y defensa, etc.) debido a lo cual vivimos un proceso global orientado a transferir al sector privado buena parte de las actividades productivas de bienes y servicios hasta ahora asumidas por la administración pública, con excepción de aquellas consideradas estratégicas o prioritarias. Esta situación ha derivado en numerosos procesos de privatización —concluidos o en marcha— adelantados en muchos países del mundo, que afectan gran cantidad de entidades de todos los ámbitos económicos, como turismo, telecomunicaciones, generación de electricidad, minería, etc.

A su vez, otras actividades productivas de bienes y servicios administradas por el Estado, tales como la construcción de grandes obras de vialidad, la explotación minera, la administración de servicios públicos poco eficientes, entre otras, han sido o serán, transferidas a empresas privadas mediante el sistema de concesiones o bien se encuentran en alguna fase de este proceso. También se ha aplicado la modalidad de constituir asociaciones mixtas entre el sector público y privado, local e internacional, para poder emprender macro proyectos que requieren de fuertes inversiones, no financiables en su totalidad con los recursos actualmente disponibles por el Estado.

Inducidos por este contexto de cambios, en la mayoría de los países latinoamericanos se adelantan de manera similar, procesos de revisión de las condiciones de operación y productividad del sector público, dirigidos a evaluar la amplia gama de entidades que lo integran. Esto ha derivado en procesos de reestructuración institucional, fusiones corporativas, liquidación de organizaciones improductivas, así como la venta de empresas, concesión de actividades económicas y delegación de la administración de servicios al sector privado.

Bajo este contexto, han sido vendidas a consorcios privados muchas empresas estatales (las telefónicas nacionales de Brasil, Chile, Argentina, Venezuela, Perú, México, etc.), mientras que otras improductivas o mal administradas, han sido declaradas en quiebra o se ha decretado su liquidación.

La magnitud de este proceso es tan significativa, que incluso en el marco del Estado socialista cubano se han generado asociaciones con consorcios españoles para la explotación de la actividad turística; mientras que en Venezuela la actividad petrolera, hasta hace poco celosamente reservada a la explotación exclusiva del Estado, ha sido objeto de

un proceso de apertura y de asociaciones estratégicas con el sector privado, para compartir los altos costos requeridos por el negocio de hidrocarburos y sus derivados. Procesos similares de apertura de la industria petrolera se suceden actualmente en otros países latinoamericanos, como por ejemplo México, Argentina y Brasil, donde se analiza la viabilidad de desarrollar estas metodologías.

Como resultado de la evaluación de las condiciones de funcionamiento del sector público latinoamericano, junto al redimensionamiento de las entidades que lo integran, se busca su transformación para aumentar la eficiencia a partir de nuevos paradigmas gerenciales y la innovación creativa, que conduzcan a la introducción de correctivos eficaces, dirigidos a racionalizar los procesos burocráticos, para reorientar la gestión de las entidades públicas poco eficientes, a fin de mejorar su capacidad de prestación de servicio y de atención a la ciudadanía, dentro de un contexto de fortalecimiento del Estado y en pro del beneficio colectivo.

Sin embargo, este proceso de reacomodo institucional del sector público latinoamericano marcha a distintos ritmos en cada país, según la dinámica social, económica y política interna, conforme con los recursos humanos y materiales disponibles al efecto y condicionada por las voluntades políticas, de sacrificio y de cambios que los diversos actores al frente de esos procesos han manifestado en su favor.

En todo caso, aunque son evidentes las variaciones operadas en el sector público de muchas naciones latinas, especialmente en cuanto a los procesos de privatización de empresas; el mejoramiento de la capacidad de prestación de los servicios bajo administración pública, es un proceso complejo que requiere la implantación de medidas efectivas y oportunas, dirigidas a hacer mucho más eficiente la gestión del sector público. Se debe acotar además, que estos procesos de cambio siempre generan resistencias, las cuales, según la naturaleza y peso de los actores políticos, económicos y sociales involucrados, ocasionan variaciones en los plazos previstos para la materialización de las metas programadas.

Por supuesto, también influyen en el ritmo de estas transformaciones, los elementos del entorno externo propios de cada país, los cuales en el contexto actual de globalización son sumamente significativos. Al respecto, es ilustrativa la competencia entre las naciones por atraer inversionistas extranjeros, para que participen en sus procesos de

privatización de empresas o en proyectos que requieren fuentes de financiamiento considerables. También sirven de ejemplo los múltiples programas de ajuste macroeconómico puestos en marcha en la mayoría de las naciones latinoamericanas —y en muchas del resto del mundo— destinados a sanear sus economías, sobrellevar el peso de la deuda externa, financiar proyectos sociales y de infraestructura de gran envergadura, mejorar la productividad del sector público, etc.

Finalmente, en el contexto latinoamericano, debe considerarse el hecho de que no todas las actividades relativas a la prestación de servicios públicos habrán de ser transferidas al sector privado —al menos en el corto o mediano plazo—, mientras que las demandas de la población por mejores servicios siguen creciendo a un ritmo acelerado, incrementándose de modo constante los requerimientos de vivienda, acueductos, cloacas, atención médica, educación, vialidad, seguridad pública, etc., por lo cual resulta prioritario realizar acciones eficaces que logren dar respuesta inmediata a las demandas colectivas de contar con servicios públicos de calidad y al menor costo.

Productividad y control

Visto el ambiente de cambio operado en el contexto global, junto a las transformaciones en marcha en las distintas instancias del sector público nacional en cada país, sin duda que los órganos de control internos y externos no pueden quedarse rezagados respecto a estas modificaciones, por lo cual requieren revisar sus procesos de control y auditoría con el objeto de optimizar su desempeño, mediante la actualización y racionalización de sus mecanismos de control, para hacerlos mucho más eficientes en su orientación estratégica hacia la consecución de los objetivos institucionales de vigilancia, control y fiscalización de la hacienda pública nacional, sin que se constituyan en trabas a la gestión de los administradores, a fin de coadyuvar al mejor desempeño de las funciones públicas, en beneficio de la colectividad.

Para las Entidades Fiscalizadoras Superiores, optimizar sus procesos de control y auditoría conforme con las exigencias del entorno donde deben ejercer su acción fiscal, representa un gran reto gerencial, el cual parte desde la revisión de sus competencias, funciones y ámbito de acción —siempre en atención al contexto normativo que así lo determina—, incluyendo la evaluación de sus estructuras orgánicas y funcionales. Se trata de direccionar los esfuerzos hacia los procesos medulares

de la organización contralora, a fin de optimizar su gestión y poder ejercer a cabalidad su rol de órgano rector del control sobre la hacienda pública nacional.

Se entiende entonces que, sin descuidar su labor fiscalizadora sobre los fondos y bienes públicos, incluyendo la lucha frontal contra la corrupción, las EFS deben velar porque los recursos a disposición del sector público, además de ser administrados de manera transparente, en términos de su legalidad y sinceridad, se materialicen en metas oportunas logradas al menor costo, que satisfagan efectivamente en condiciones de óptima calidad las demandas de bienes y servicios de la colectividad.

Se trata entonces de orientar los procesos de vigilancia, fiscalización y control adelantados por las EFS, hacia la planificación integral de las auditorías y controles, para optimizar los resultados derivados de la acción fiscalizadora superior.

A partir de esta visión integral del control es importante tener presente que, en la medida en que las propias entidades sujetas a fiscalización dispongan de sistemas de control interno más eficaces, su gestión podrá ser más eficiente, evitando la ocurrencia de hechos de corrupción, ya que existirá mayor control sobre las operaciones, uso de insumos, generación y manejo de productos y servicios de la organización, y sobre las relaciones de sus funcionarios con los usuarios, clientes, proveedores y contratistas.

Esta tesis se sustenta en el criterio expresado por la OLACEFS en su “Declaración de las EFS frente a la corrupción”, según la cual *“la ejecución de auditorías de alcance amplio, como las operacionales o de gestión, permitiría a las Entidades Fiscalizadoras Superiores prevenir hechos de corrupción, detectando sistemas inoperantes y controles ineficaces que facilitan la ocurrencia de tales hechos. Asimismo, la práctica de estas modalidades de control, permitiría a las Entidades Fiscalizadoras Superiores desarrollar mecanismos de cooperación con la administración”* (Revista OLACEFS, 1995).

A tono con los referidos procesos de transformación del sector público, entidades fiscalizadoras superiores de diversos países, adelantan procesos de revisión y reestructuración institucional, a fin adecuar sus estructuras y procesos a las exigencias de la realidad actual. En América Latina, esta evaluación de las condiciones de operatividad de los órganos fiscalizadores, se encuentra también en marcha en numerosas

EFS (Costa Rica, Perú, Venezuela, entre otras), llegando inclusive a la modificación del marco normativo que rige la labor fiscalizadora superior, a fin de permitir la necesaria renovación del ejercicio del control externo, estimular la integración de los sistemas nacionales de control y optimizar el esfuerzo fiscalizador.

En otras palabras, las EFS buscan adecuar sus contextos normativos y sus funciones y competencias a las nuevas condiciones del entorno, para alcanzar la máxima productividad organizacional, a fin de lograr de manera eficaz los objetivos institucionales previstos, en atención a los parámetros económicos, políticos, sociales y tecnológicos que inciden en el desempeño eficiente de su gestión.

Dentro de este contexto de cambios operados en las EFS, se practica la evaluación corporativa y la planificación estratégica, para conocer cuáles son los procesos medulares de la organización, quiénes son sus usuarios, clientes, proveedores y competidores (que sí los tienen), cuáles son sus insumos estratégicos, etc. Se evalúa además la calidad de los productos que la organización genera y el impacto de la acción fiscal desarrollada, no sólo cuantificada en términos estrictamente monetarios o sancionatorios (economías logradas, reparos formulados, multas impuestas), sino en función de la temporalidad con la cual la labor fiscalizadora se traduce en recomendaciones pertinentes, orientadas al mejor desempeño de la gestión pública, incluyendo el seguimiento oportuno a los señalamientos formulados por el órgano superior de control, para verificar la adopción de los correctivos requeridos al efecto y evaluar los impactos positivos por las acciones implementadas.

Este enfoque de productividad aplicado a las EFS —y al conjunto de entidades en las cuales éstas apoyan su labor de control—, parte del principio de control de gestión, el cual los órganos contralores deben ejercer sobre su propio desempeño corporativo, tanto por su carácter de organizaciones ejemplares de la sociedad —referencia ética, moral y de profesionalismo—, para hacer más efectiva su función de control sobre los fondos y bienes públicos nacionales, así como porque su gestión debe ser económica, eficiente, eficaz y efectiva por ser los órganos rectores de los sistemas de control de la administración pública nacional.

Por tanto, las EFS por ser organizaciones productivas, también requieren contar con eficientes sistemas de control interno y de información, capaces de apoyar los procesos de planificación y gestión estratégica de la organización, a la vez que permitan el seguimiento continuo de

su desempeño, la evaluación a tiempo de la labor cumplida, la introducción oportuna de correctivos para subsanar fallas y desviaciones, así como para verificar si efectivamente los objetivos institucionales se alcanzaron en términos de oportunidad y calidad, conforme con los parámetros de economía, eficiencia, eficacia y efectividad planificados.

En síntesis, la eficacia de la labor fiscalizadora desarrollada por las EFS, está condicionada por su capacidad operativa y funcional para el logro de sus objetivos y metas, como ocurre en toda organización productiva, con sus particularidades y condicionamientos específicos. Por ello, en la medida en que las propias EFS hacen mejor uso de los recursos disponibles, capacitan mejor a su personal, racionalizan sus procesos productivos, cuentan con eficaces sistemas de control interno y eficientes sistemas de información, su gestión será mucho más efectiva en pro de los demandantes de sus servicios de auditoría, fiscalización y control.

En consecuencia, al optimizar su propia gestión interna, las EFS disponen de mayor capacidad operativo para evaluar las condiciones de prestación de un mayor número de servicios públicos a cargo del Estado, lo cual se traduce en la formulación de un máximo de recomendaciones oportunas y pertinentes, que coadyuven a optimizar la gestión de esos servicios públicos en beneficio de la colectividad.

Hacia la optimización de los mecanismos de control

Frente a la relevante misión encomendada a las EFS, tanto el extenso universo de entidades sujetas a control, como la diversidad de áreas objeto de la acción fiscalizadora, constituyen limitantes para el ejercicio exhaustivo de la labor contralora y dificultan el logro eficaz de la misión institucional. Además, a la par de resultar poco económico, la experiencia acumulada de años de práctica fiscal, junto a consideraciones de orden estadístico, de eficiencia, etc., determinan la realización de auditorías selectivas en las entidades y áreas objeto de control, como el método más efectivo para practicar evaluaciones lo suficientemente representativas del universo objeto de control, que permitan obtener un diagnóstico válido de la gestión administrativa desarrollada por el Estado en su conjunto.

Para ilustrar las limitaciones de muchos de los órganos superiores de control en el ejercicio eficaz de su labor fiscal, sirve de referencia la siguiente cita del investigador venezolano Elery Cabrera, la cual aunque se refiere al caso específico del órgano de control superior de nuestro

país, es extensible a muchas de las EFS latinoamericanas con circunstancias similares:

La capacidad real de la Contraloría [General de la República de Venezuela] ha sido desbordada por las múltiples actividades asignadas por el legislador y por la circunstancia de haberse diversificado las formas de corrupción. Tanto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, como en otros instrumentos legales conexos, se sobrestima la capacidad de acción de la Contraloría y se recarga al organismo contralor de nuevas atribuciones, muchas de ellas imposibles de cumplir... se ha señalado que la institución contralora no está en capacidad de asumir con toda propiedad las múltiples responsabilidades derivadas de un crecimiento explosivo en las instancias y negocios del Estado en los últimos años,—otras veces, los contralores han sido muy claros al señalar la insuficiencia de personal calificado para asumir el reto frente a la corrupción, el despilfarro y el mal manejo que se hace de los fondos. Sin embargo, la misma Institución ha propuesto salidas tangibles y operativas. Entre ellas, la más conveniente es la que sugiere la creación de un Sistema Nacional de Control que adapte la actual Contraloría General de la República a las nuevas dimensiones de la estructura y de los negocios del Estado. (CABRERA, 1998)

Sin duda que el amplio universo de entidades sobre el cual deben realizar su labor las EFS, además de determinar la selectividad del examen fiscal, imponen la racionalización de las metas y objetivos de fiscalización, en función de cumplir a cabalidad la misión encomendada, conforme con los limitados recursos humanos y materiales disponibles y en aras de su propia eficiencia institucional. Por tanto, se requiere aplicar los mecanismos más idóneos que conduzcan al logro eficaz de las metas y objetivos fiscales, a partir de estrategias de planificación más convenientes, que permitan optimizar los recursos disponibles y garanticen el logro de los resultados esperados.

Vista la diversidad, complejidad y dimensiones económicas y financieras de la gestión administrativa del Estado, así como los impactos sociales, políticos, económicos y culturales derivados del desarrollo de esa gestión, las Entidades Fiscalizadoras Superiores requieren enfocar sus mecanismos de control en forma prioritaria, hacia el desarrollo de sistemas y programas orientados a garantizar la rectitud en la captación, manejo e inversión de los recursos públicos y determinar el nivel de responsabilidad con que son administrados, medir el grado de economía y eficiencia en la aplicación de tales recursos, evaluar la eficacia para

alcanzar las metas e inclusive estimar el impacto final de la gestión desarrollada por las entidades públicas.

Respecto a la oportunidad de aplicación, la acción de control bien precede al compromiso de recursos por parte de los administradores sujetos a control, a la vez que es previa al pago derivado de esos compromisos (control previo). En caso contrario, la acción fiscalizadora practicada luego de asumir el compromiso o de causar el gasto, corresponderá a una gestión de control posterior. Estas dos formas de intervención fiscal, diferenciables no sólo en función de la temporalidad con la cual actúan los órganos de control competentes, conllevan otras diferencias significativas tanto en los requerimientos para su aplicación, como por las consecuencias que se derivan en cada caso para administradores y contralores.

En el contexto de las EFS que integran la OLACEFS, las funciones de control previo han sido transferidas a los órganos de control interno (con contadas excepciones),¹ quienes están obligados en primera instancia a velar por la sinceridad y legalidad de los compromisos y pagos asumidos por los administradores públicos. Esta acción constituye un paso significativo para optimizar la labor de control de las EFS, pues el control previo además de requerir de abundantes recursos humanos y materiales para su cabal cumplimiento, en muchos casos es causa de co-administración entre administradores y contralores, desvirtuándose así las funciones de vigilancia, control y fiscalización que le competen a los órganos superiores de control externo.

Se tiene entonces que la labor de fiscalización en el ámbito de las naciones miembros de la OLACEFS –como es la tendencia a nivel mundial– se concentra en el control posterior, siendo responsabilidad de los propios administradores ejercer el control previo. Estos cambios en el alcance y orientaciones del control fiscal, están enmarcados dentro del conjunto de modificaciones que en el curso de su historia ha requerido la labor fiscalizadora superior, a fin de mantenerla a tono con las exigencias de su entorno de control.

De conformidad con las competencias establecidas en el marco normativo correspondiente, en atención a las dimensiones y característi-

¹ La nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Venezuela, vigente partir del 1° de febrero del año 1996, transfiere a la administración pública el ejercicio del control previo a través de los órganos de control interno.

cas del universo de entidades sujetas a control, según sea la proporción de recursos humanos calificados y las disponibilidades financieras para llevar a cabo las funciones de control, cada EFS define y planifica los alcances de la gestión a desarrollar. No obstante, al considerar las limitaciones internas y las dificultades que impone el contexto externo, se tiene que en la medida en que la acción fiscal se practica de manera más exhaustiva, son mayores los requerimientos de personal calificado, de insumos materiales y financieros, y de tiempo para alcanzar las metas previstas. Desde luego que todos estos recursos sólo están disponibles en cantidades limitadas, lo cual determina la racionalización de las metas fiscales.

Por tanto, si una EFS debe realizar a la vez evaluaciones de control interno, examen de las cuentas, auditorías de legalidad y sinceridad, controles perceptivos, auditorías de gestión, seguimientos a la acción correctiva del ente, substanciación de expedientes de hechos irregulares, auditorías especiales, etc., todo esto en el contexto de un amplio, variado y complejo universo, se entiende que el contingente de recursos humanos calificados necesarios y los requerimientos de tiempo para practicar las intervenciones fiscales, deben estar en correspondencia con los alcances determinados por el ejercicio de estas funciones, para cumplir cabalmente los planes y programas previstos por la institución contralora.

Es importante tener presente además, que se requerirá contar con eficientes sistemas de información y de control interno sobre la propia gestión contralora, a la vez que será necesario que las entidades sujetas a control dispongan de eficientes sistemas de información y de control interno. En fin, una serie de parámetros y circunstancias que no siempre convergen en las condiciones, características y oportunidades esperadas.

En consecuencia, se hace necesaria la planificación estratégica de las operaciones de fiscalización, que se consideren de manera pertinente los diversos escenarios del entorno, las debilidades y fortalezas de la organización, junto con las amenazas y oportunidades para el logro de los objetivos propuestos. De manera simultánea, es necesario el diseño de estrategias operativas apropiadas, que garanticen el adecuado cumplimiento de los procesos programados, mediante la incorporación y/o capacitación oportuna del personal requerido y aseguren la disponibilidad y uso apropiado de los insumos materiales y financieros estimados en la etapa de planificación, y se deben mantener a tono los sistemas de control interno que apoyen la gestión desarrollada, a fin de contribuir con el

objetivo primordial de optimizar los mecanismos de control sobre el universo de entidades sujetas a fiscalización.

Responsabilidad gerencial de los administradores públicos

La conducción de cualquier organización pública o privada, requiere la aplicación de técnicas gerenciales apropiadas, dirigidas a optimizar el uso de los recursos disponibles para el logro de la misión corporativa. A su vez, este proceso directivo de las organizaciones se fundamenta en principios éticos y morales, evidencia del grado de compromiso de sus administradores con la función social que debe cumplir la organización.

Así tenemos que, un buen gerente es aquel que conjuga conocimientos gerenciales apropiados y elevados principios éticos y morales, integrados con profesionalismo, a fin de materializar la eficiente utilización de los recursos bajo su conducción, para alcanzar eficazmente las metas previstas, con la suficiente transparencia en su gestión y el debido apego a las normas que rigen su desempeño. En síntesis, la administración de recursos corporativos exige a la vez capacidad de gestión y responsabilidad por las decisiones adoptadas por sus conductores.

Para regular la actuación de sus ciudadanos, cada sociedad acuerda un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento, a la vez que crea las instituciones requeridas para velar por la estricta observancia de esas normas. En el caso de los bienes y fondos públicos, la confianza depositada en sus administradores es objeto de vigilancia, control y fiscalización por parte de los órganos contralores competentes, bien de carácter interno o externo, a fin de garantizar la óptima utilización de esos recursos en beneficio de la ciudadanía, así como la transparencia y apego a las normas en su manejo y custodia.

Por ser los responsables del buen uso de los recursos a su disposición, los gerentes públicos deben rendir cuentas de su administración, conforme con lo establecido en la normativa que regula su desempeño. Este principio de responsabilidad es de primer orden, dado que, al margen de las competencias en materia de control asignadas a las EFS y demás órganos de control externo del sector público, los propios administradores están obligados a implantar los sistemas de control interno necesarios y suficientes para garantizar el correcto manejo de los bienes y fondos públicos bajo su administración. De conformidad con este principio, además de la transparencia en el manejo, guarda y custodia de los recursos asignados, los administradores públicos deben hacer uso ópti-

mo de los mismos, en función de materializar el máximo beneficio para la colectividad objeto de su acción social.

En relación con las capacidades gerenciales, el tema ha sido abordado extensamente por diversidad de autores a nivel mundial, siendo innumerables los cursos de formación profesional destinados al desarrollo y optimización del desempeño de los gerentes. Simultáneamente, múltiples investigaciones en esta área, adelantadas por instituciones públicas y privadas de variada categoría y prestigio local e internacional, han resultado en diversas tesis y conceptos aceptados a nivel mundial.

Cabe destacar al respecto, el reconocimiento actual en relación con la importancia de los recursos humanos en pro del éxito de las organizaciones, el cual se hace más relevante en situaciones de cambio, a fin de lograr su oportuna y eficaz inserción en los procesos transformadores, para superar las resistencias y vencer las barreras organizacionales. En este contexto se tiene que, más allá de la simple planificación y control de las actividades, los gerentes modernos deben ejercer un papel proactivo e integrador por ser los líderes de su organización, orientados a superar los obstáculos y barreras en el camino hacia el éxito, aprovechando las ventajas competitivas existentes y los recursos humanos y materiales disponibles.

Como se aprecia mediante este ejemplo y en otros más, la responsabilidad de los administradores públicos es inmensa, pues de su buena gestión depende que las organizaciones bajo su mando se enrumben por el camino del éxito o hacia el fracaso. Pero además, si bien esta responsabilidad es individual según el segmento corporativo bajo su administración y control, conforme con lo previsto en las leyes y demás reglamentaciones, es sobre todo una responsabilidad compartida entre todos los miembros de la organización frente a sus usuarios y clientes, quienes demandan de ésta la generación de bienes y servicios de calidad, oportunos y al menor costo.

Visión integral de la gestión pública

De acuerdo con lo antes expuesto, el principio de responsabilidad gerencial de los administradores públicos, aunque pudiera verse desde dos perspectivas, es siempre unívoco y dicotómico en su interpretación.

La primera perspectiva, se refiere a la responsabilidad de que los actos administrativos estén ajustados a los parámetros de legalidad y

sinceridad exigidos en el manejo de los recursos asignados, a partir de la cual la gestión cumplida por los administradores debe estar enmarcada dentro del contexto normativo correspondiente, por lo cual podría inicialmente calificar como *aceptable*, (vista sólo desde la referencia del cumplimiento de las normas). La segunda perspectiva, está referida a la capacidad de gestión eficiente de los recursos disponibles, la eficacia para lograr las metas y objetivos institucionales y el impacto positivo de la gestión cumplida, en términos de la satisfacción efectiva de las demandas de los usuarios y clientes.

Esta doble perspectiva (si así llegara a interpretarse, como en efecto ha ocurrido muchas veces en la práctica), parte del hecho de que es factible desarrollar una labor administrativa transparente, ajustada a los principios normativos de legalidad y sinceridad, más no necesariamente eficiente en el manejo de los recursos, tal vez poco eficaz en el cumplimiento de los fines corporativos, o que no logre satisfacer las demandas formuladas a la organización por la colectividad, a pesar del apego a las normas y procedimientos establecidos para el desempeño de sus administradores.

En consecuencia, la gestión pública debe ser asumida y desarrollada de manera integral, no sólo desde el punto de vista del cumplimiento de las normas como un requisito formal, sino en función de materializar efectivamente la misión corporativa en términos de economía, eficiencia y eficacia, para dar respuesta efectiva a quienes demandan resultados de la organización.

De igual modo, el proceso de fiscalización y control sobre la gestión pública debe ser abordado desde esta misma perspectiva integral, como en efecto es asumido en gran proporción por los distintos órganos superiores de control a nivel internacional. Sirve de ejemplo la siguiente cita, como referencia al cambio significativo operado en este sentido por parte de las distintas EFS a nivel mundial:

Nuestro país [Argentina] tenía una tradición de control formal, es decir, control legal y contable. Importaba que se cumplieran las formalidades antes que se cumpliera el objetivo, las formas antes que los resultados... Este tipo de control formal no guardaba relación con las exigencias de la administración moderna, que hoy requiere un control integral e integrado... El control de legalidad, que supone un juicio sobre la adecuación del acto a la norma, el control de auditoría, que refleja la manera en la cual las anotaciones contables exponen situaciones y cuál es su base documen-

tal, y el control de gestión que advierte acerca de los desvíos entre lo programado y la realidad, preocupándose esencialmente de los resultados. Estos tres tipos de control deben lograrse con unidad, constituyendo una forma de control integral. El fenómeno real es uno sólo, el prisma puede ser legal, contable, financiero, operativo, de economía, eficiencia y eficacia. (Revista OLACEFS, 1994)

En consecuencia, y aquí radica lo unívoco del principio de responsabilidad gerencial de los administradores públicos, la gestión pública debe ser transparente, ajustada a los preceptos normativos de legalidad y sinceridad que así lo determinan, pero además, debe ser altamente eficiente en el manejo de los recursos asignados, eficaz en el logro de las metas y objetivos propuestos conforme a la misión corporativa y que logre el fin último recogido en su misión institucional, mediante una acción social efectiva. Si así se entiende que debe ser cumplida la gestión pública, por tanto su evaluación debe también asumirse y practicarse desde esta misma perspectiva integral.

Impulsar el control de gestión y los sistemas nacionales de control

Uno de los objetivos primordiales de la función fiscalizadora de las EFS, se orienta a la detección oportuna de fallas y desviaciones en la gestión pública, a fin de coadyuvar a introducir a tiempo los correctivos requeridos, que conduzcan hacia la eficaz satisfacción de las demandas de la colectividad. Por ello, las auditorías de gestión representan un mecanismo idóneo para llevar a cabo con eficacia la labor de las EFS en este sentido.

Sin embargo, aunque es evidente el requerimiento para que las EFS practiquen con regularidad auditorías de control de gestión, es importante considerar que este tipo de auditorías exige la participación de recursos humanos calificados, integrados en equipos multidisciplinarios de trabajo, los cuales deben disponer de lapsos de tiempo considerables para la ejecución cabal de sus actividades, situación que limita a un reducido número de entidades las auditorías de gestión que puedan practicarse en cada ejercicio fiscal, en virtud del amplio universo de entidades sujetas a control, a pesar de la importancia y trascendencia de este mecanismo de fiscalización.

Con la finalidad de hacer mucho más eficaz la labor de control de las EFS en relación con la prestación de los servicios a cargo del Estado,

conviene impulsar el control de gestión interno en las entidades públicas a las cuales compete esta labor, a fin de que sean éstas quienes ejerzan el control inmediato de sus operaciones, verifiquen la calidad del producto que la organización genera y atiendan directamente los requerimientos de sus usuarios y clientes. Además, al establecer mecanismos de control sobre la gestión interna, los gerentes públicos podrán actuar de manera directa y oportuna para subsanar las fallas y corregir las desviaciones en el cumplimiento de sus planes y programas.

Consecuentemente, las auditorías de gestión practicadas por las EFS podrán apoyarse en esos sistemas de control, y evaluar directa y eficazmente los resultados derivados del cumplimiento de los planes y programas de las entidades sujetas a control, reflejados a través de indicadores de gestión predefinidos y monitoreados por la propia organización:

La presencia de un órgano de control externo de la hacienda pública se complementa en la existencia de un órgano de control interno. La acción del primero deberá tener en cuenta los resultados del ente de control interno, fundamentar su actividad de control en él y optimizar su trabajo, a partir del primer nivel que este pudiera brindar (Revista OLACEFS, 1994).

Se comprende entonces la misión de los órganos superiores de control de propiciar la implantación de sistemas de control de gestión interna, requeridos por las entidades sujetas a control, así como practicar la evaluación periódica de esos sistemas para certificar la eficiencia y eficacia con la cual funcionan, incluyendo la auditoría a los sistemas de información en los cuales se apoya el proceso de toma de decisiones corporativas y sus correspondientes mecanismos de control.

Además, la auditoría de gestión, enfocada desde esta perspectiva integral del control de gestión, permite a las EFS apreciar un conjunto de aspectos relativos a la calidad de la labor administrativa desarrollada en materia de prestación de los servicios públicos, bien por parte de alguna entidad en particular, por un grupo de entidades, e inclusive por el sector en su globalidad. Así tendríamos elementos de juicio general relativos a los aspectos siguientes:

En relación directa con la prestación de los servicios públicos:

- Servicios efectivamente prestados.
- Vinculación entre los objetivos y metas planificadas y los servicios prestados.

- **Servicios no ofertados a pesar de ser competencia de la organización.**
- **Calidad de los servicios prestados.**
- **Población total demandante del servicio.**
- **Población realmente atendida.**
- **Capacidad efectiva de la organización para atender las demandas y capacidad ociosa de la organización.**
- **Infraestructura física disponible.**
- **Costos reales asociados a la generación del servicio.**
- **Gastos que agregan poco valor a la prestación del servicio, desperdicios, alcabalas internas.**
- **Calidad de los proveedores.**
- **Razonabilidad de la estructura orgánica y funcional de la institución respecto a las dimensiones y alcances del servicio prestado.**
- **Estructura de la nómina (personal profesional y técnico, personal administrativo y personal obrero).**
- **Programas de mejoramiento del personal.**
- **Razonabilidad de las tarifas.**
- **Eficacia de los sistemas de facturación y de cobranza.**

Respecto a la ejecución de nuevas obras de infraestructura:

- **Viabilidad técnica y financiera de los proyectos.**
- **Proporción de la inversión en activos reales frente al gasto general de la organización.**
- **Porcentaje de inversión de la recaudación tarifaria.**
- **Fuentes de financiamiento.**
- **Niveles de endeudamiento para acometer los proyectos.**
- **Nivel de cumplimiento de los proyectos.**
- **Correspondencia entre los proyectos ejecutados y las obras requeridas**
- **Calidad de las obras ejecutadas.**
- **Porcentajes de incorporación al servicio de nuevos demandantes como resultado de ejecutar las nuevas obras de infraestructura.**

- **Mejoras efectivas en la calidad del servicio y/o en sus alcances efectivos derivados de la ejecución de las nuevas obras.**
- **Calidad de los contratistas.**
- **RR. HH. disponibles para practicar el seguimiento, control y evaluación de los proyectos que se ejecutan.**
- **Impactos económicos, sociales y ambientales derivados de la ejecución de los proyectos.**

En relación con los programas de mantenimiento de la infraestructura existente para la prestación de los servicios.

- **Nivel operativo de las instalaciones disponibles.**
- **Niveles de obsolescencia de los bienes e instalaciones disponibles.**
- **Planificación del mantenimiento y correspondencia con su ejecución.**
- **Planes de contingencia frente a situaciones relevantes.**
- **Frecuencia de las fallas, interrupciones o fugas.**
- **Previsión para atender emergencias.**
- **Cantidad y calidad de los RR. HH. disponibles.**
- **Programas de capacitación del personal.**
- **Programas de seguridad industrial.**
- **Equipos e insumos disponibles para practicar el mantenimiento, atender emergencias y confrontar contingencias mayores.**
- **Incorporación oportuna de tecnologías que mejoren la calidad del servicio.**

A tal efecto, en materia de prestación de los servicios públicos, podría evaluarse si en el cumplimiento de los planes y programas globales del Estado, se verifican los aspectos siguientes:²

- **Se utilizan los fondos públicos en obras de infraestructura prioritarias.**
- **Los recursos se desperdician por usos y operaciones ineficientes o gastos innecesarios.**
- **Se adoptan medidas correctivas para eliminar las deficiencias.**

² **Incluido como versión de su original en la Revista OLACEFS, 1995.**

- Es evaluado el costo-beneficio de los proyectos
- Se ha establecido el costo social
- Se cumplen los objetivos propuestos
- Se realizan los planes nacionales, regionales e institucionales
- Es evaluada la eficiencia, efectividad y economía en la ejecución de los programas de gobierno.

Conviene entonces establecer las razones primordiales para inducir a las entidades del sector público a que implanten sistemas de control de gestión:

1. Por el principio de responsabilidad de los administradores públicos, en razón del cual deben establecer los mecanismos de control interno necesarios y suficientes para garantizar el éxito y la transparencia de su gestión.
2. Por las limitaciones de recursos y tiempo disponibles para que las EFS desarrollen las diversas funciones fiscales en el contexto del amplio universo de entidades sujetas a control.
3. Porque las EFS deben apoyarse en la labor de los diversos órganos de fiscalizadores que integran el sistema general de control sobre la gestión pública, para optimizar su acción fiscalizadora.
4. Porque el objetivo primordial de la acción de control se orienta hacia la detección oportuna de fallas y desviaciones, que permitan introducir a tiempo los correctivos requeridos para conducir la gestión pública hacia la satisfacción de las demandas de la colectividad.

En tal sentido, el control de gestión estará orientado a mejorar la prestación de los servicios públicos, dar respuesta efectiva a las crecientes demandas no satisfechas; optimizar el uso de los recursos humanos y materiales, garantizar el cumplimiento de las metas y objetivos de la organización, aprovechar los avances tecnológicos, entre otras ventajas derivadas de su implantación en las organizaciones prestatarias de los servicios públicos que la población requiere.

Es importante señalar además, que al constituirse las propias entidades sujetas a control en el primer elemento de verificación sobre su desempeño, la labor de integración de los sistemas nacionales de control se verá fuertemente impulsada, primero porque habrá una mejor comprensión

de las bondades y beneficios derivados de los mecanismos de control, como herramientas de apoyo a la labor gerencial. En segundo lugar, porque al implantarse sistemas de control interno y de información que funcionen de manera integrada, habrán quedado sentadas las bases para lograr la operatividad real de los sistemas nacionales de control, situaciones que redundarán en beneficio de la eficiencia corporativa para atender las demandas de la ciudadanía de contar con servicios públicos de calidad y costos razonables.

El control de gestión: una herramienta para gerenciar las organizaciones públicas

El rechazo inicial de cualquier individuo o colectivo organizado hacia la implantación de mecanismos de control sobre las actividades que realiza, forma parte de la naturaleza humana. Esta aversión inicial hacia los sistemas de control, está asociada con la resistencia natural a los cambios y el temor a la incertidumbre que todo cambio implica, entre otras explicaciones de orden psicológico relativas a este fenómeno. En todo caso, lo relevante de este hecho radica en que es el propio individuo como parte de un colectivo, quien entiende la necesidad de establecer —y así lo exige—, mecanismo de control que permitan regular el desarrollo de las actividades para el beneficio colectivo.

En consecuencia, la implantación de sistemas de control es una característica natural del ser humano, de la cual se derivan múltiples ventajas y beneficios para el mejor cumplimiento de las actividades que éste realiza en el contexto de una sociedad organizada.

No obstante resaltar este hecho positivo, se debe reconocer también que quizás el rechazo inicial a los mecanismos de control tiene su origen en que muchos de estos sistemas han sido utilizados como elementos coercitivos, desviando su uso hacia fines distintos a los que por principio deben ser sus objetivos, lo cual incide negativamente en la percepción del control.

Conviene destacar que los sistemas control no deben constituirse en alcabalas ni barreras para el desarrollo de los procesos corporativos, que limiten el logro de los objetivos y metas de la organización, dado que son herramientas de apoyo a la labor gerencial para contribuir al mejor desempeño de la organización. A tal efecto, los sistemas de control deben representar para la organización el equivalente al sistema de frenos de

un automóvil: mientras más eficientes y seguros son los frenos, el conductor puede aprovechar mejor la capacidad de aceleración del motor. Así tendremos que en la medida en que la organización disponga de sistemas de control interno eficaces, su capacidad instalada de producción podrá ser utilizada de manera óptima.

En este punto cabe responder la pregunta ¿Qué es control? Al respecto sirve de referencia la siguiente definición del investigador Zirelli:

El control es un proceso de carácter permanente, dirigido a la medición y valoración de cualquier actividad, sobre la base de criterios y puntos de referencia fijados, y a la corrección de las posibles desviaciones que se produzcan respecto a tales criterios y puntos de referencia.³

En relación con esta definición, es significativo resaltar en principio que en ningún momento se evidencia en ella ningún elemento de carácter coercitivo, muy por el contrario, está orientada de manera proactiva hacia el mejoramiento de las actividades objeto de control, lo que define el objetivo principal de los sistemas de control, dirigido a la detección oportuna de las desviaciones y fallas, para introducir los correctivos requeridos. En consecuencia, el control es una herramienta de apoyo a la labor gerencial de las organizaciones.

Del contexto de la citada definición es importante destacar el carácter permanente del control, lo que implica verificar de manera continua el cumplimiento de los procesos de la organización. Es conveniente señalar que la labor de control ejercida de manera permanente puede acometerse bien de forma exhaustiva, —principalmente sobre los procesos medulares de la organización—, o de manera selectiva —sobre las actividades complementarias y de apoyo—. En todo caso, las características del sistemas de control corporativo estarán determinadas por parámetros tales como la seguridad requerida por las operaciones, el carácter estratégico objeto controlado, la relevancia de los procesos a cumplir, los recursos humanos y materiales disponibles al efecto, los costos asociados a la implantación, manejo y mantenimiento del sistema, etc.

El carácter permanente del control también está asociado a la necesidad de controlar las diversas entradas desde el entorno hacia la organización (demandas formuladas, insumos requeridos, insumos disponibles,

³ Definición formulada por Zirelli, citado por Beatriz M. WAHRLICH DE SOUSA, en su libro *Un Análisis de las Teorías de Organización*.

políticas, normativas, tecnologías, regulaciones, impuestos, etc.), así como las salidas mediante las cuales la organización se relaciona con su medio ambiente (productos generados, efectos inmediatos de su gestión y los impactos positivos o negativos sobre su entorno directo e indirecto). También se requiere ejercer control sobre los subsistemas principales de la organización y, de manera significativa, sobre la cuantía y calidad de los insumos básicos, requeridos para desarrollar los procesos medulares y generar los productos planificados.

Otro elemento importante señalado en la precitada definición de control, se refiere a que la acción de medir y valorar debe hacerse sobre la base de criterios y puntos de referencia fijados. Se comprende entonces que para medir con certeza los niveles reales de ejecución de las actividades y practicar con objetividad la función valorativa antes descrita, es necesario establecer apropiados estándares de comparación. Este aspecto es clave para optimizar el desempeño del sistemas de control que se desea implantar, el cual debe estar dirigido no sólo a verificar la proporción numérica en el cumplimiento de los objetivos y metas propuestos, sino que debe permitir además valorar el alcance de estos logros, en términos de la calidad de los productos generados por la organización y a certificar su real utilidad por parte de sus usuarios.

En la citada definición de control se señala por último lo que representa el objetivo básico de todo sistema de control (su misión): corregir las desviaciones que se produzcan respecto a los estándares establecidos, lo que se traduce en servir de instrumento para promover el mejor desempeño de la organización.

Por otra parte, es importante destacar también el beneficio derivado de la labor de control sobre las actividades de planificación corporativa, por constituirse en un valioso elemento de retroalimentación de información sobre el desarrollo de los procesos, pues permite que en la formulación de los nuevos programas, se tomen en cuenta las experiencias e indicaciones obtenidas de las evaluaciones practicadas, basados en los datos recopilados de la actividades sujetas a control.

En consecuencia, el proceso de control sobre la gestión desarrollada por las organizaciones públicas, es una función amplia y compleja, que debe considerar la diversidad de factores que inciden en el logro oportuno y conveniente de las metas propuestas e involucra numerosos parámetros de medición y valoración de las actividades, más allá de la simple

cuantificación física y financiera aplicada como mecanismo preferencial de evaluación de los proyectos, tal como ocurre en muchas entidades públicas, cuyos resultados de gestión distan en gran medida de las metas formuladas en los planes y programas institucionales.

Esta visión del control parte por reconocer que la prestación de servicios oportunos, de calidad y al menor costo, es el producto final de aquellas entidades y organismos públicos cuya misión está orientada a satisfacer las necesidades de servicios de la colectividad, para lo cual deben hacer uso óptimo de los recursos humanos y materiales disponibles, mediante la organización eficiente de sus procesos y el logro eficaz de sus metas y objetivos.

Finalidades del control gestión

Consecuentemente, el control de gestión está orientado al seguimiento, control y evaluación permanente por parte de las entidades públicas sobre sus programas, proyectos y actividades, para establecer el grado de economía, eficiencia, eficacia y efectividad en la planificación, control y uso racional de los recursos destinados al logro de las metas y objetivos previstos, a fin de optimizar el desempeño de los responsables de su administración, mediante la introducción oportuna de los correctivos requeridos, para materializar la correcta satisfacción de las demandas de usuarios y clientes, conforme con la función social de la organización.⁴

Además, los datos recopilados del proceso de control de gestión constituyen una excelente referencia para incrementar progresivamente los niveles de economía, eficiencia y eficacia en el desempeño de la organización, a la vez que permiten incorporar de modo oportuno en la planificación, las experiencias derivadas de la medición y valoración practicada sobre los procesos medulares de la organización, hacia los cuales se dirige preferentemente la aplicación del control de gestión.

Cabe agregar que, por ser un mecanismo de control aplicado de manera permanente, dirigido a la mejora continua de los procesos corporativos, el control de gestión se retroalimenta de los propios resultados que de él se derivan, lo cual determina la necesidad de practicar el seguimiento

⁴ Definición formulada por el autor de este texto a partir de los conceptos expresados por diversos autores y entidades dedicados al estudio del tema "Control de Gestión", así como de lo expresado al respecto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

constante a las recomendaciones formuladas para corregir las fallas y desviaciones detectadas, a fin de verificar la aplicación efectiva de los correctivos requeridos a tal efecto.

El diagnóstico organizacional: punto de partida del control gestión

El objeto principal a evaluar mediante el control de gestión son los procesos medulares y áreas claves de la organización. Esto con la finalidad de optimizar el desempeño de los sistemas de control corporativo al menor costo posible.

La identificación de las áreas claves de la organización y la determinación de sus procesos medulares, parte de la calidad del diagnóstico practicado a tal efecto. Para facilitar ese diagnóstico, se evalúa la organización desde una perspectiva sistémica, la cual considera el conjunto de elementos exógenos e internos que tienen incidencia en el desarrollo de sus actividades y en el logro de sus metas y objetivos.

En relación con el entorno, en el diagnóstico organizacional se consideran los elementos siguientes:

- Quiénes son los usuarios y clientes de la organización y cuáles son sus principales demandas.
- Quiénes son los proveedores más importantes y cuáles son los atributos de los insumos que entregan a la entidad en términos de su calidad, costo, condiciones de pago, cumplimiento de especificaciones, oportunidad de entrega, etc.
- Existen otros proveedores que ofrezcan mejores garantías y condiciones de servicio.
- Cuáles son los competidores más significativos que debe enfrentar la entidad y en qué medida atentan contra la supervivencia de la organización.
- Cuáles son los colaboradores más relevantes con que cuenta la entidad y cuáles son los niveles, ventajas y condiciones de esa cooperación.
- Cuáles regulaciones, normas, leyes, decretos, etc., afectan o benefician el mejor desempeño de la institución, y cuáles son los niveles de incidencia de estos instrumentos normativos en el logro de las metas y objetivos.

- **Cuáles son las condiciones actuales y los pronósticos válidos respecto al entorno económico de la organización, no considerados en la planificación que tienen o pudieran tener incidencia en los procesos corporativos y en las metas programadas**
- **Cuáles cambios en el entorno social afectan en la actualidad o pudieran incidir en el futuro sobre el desempeño de la organización**
- **Los diversos procesos y sistemas corporativos cuentan con las tecnologías necesarias y suficientes para su cabal cumplimiento**
- **Existen en el mercado tecnologías disponibles que permitan a la organización elevar el nivel de desarrollo de sus procesos productivos.**

Respecto a los elementos internos de la organización, en la evaluación se consideran factores tales como:

- **La misión corporativa es conocida y compartida por todos los integrantes de la organización.**
- **Cuáles son las principales fortalezas y debilidades de la entidad.**
- **Cuáles elementos de la cultura organizacional actúan en favor del logro de la misión corporativa y cuáles en contra.**
- **Cuáles son las principales barreras internas que atentan contra el logro de los objetivos y metas corporativas.**
- **Existen grupos internos de poder con capacidad para desviar el logro de los fines institucionales.**
- **Cómo se desarrolla el proceso de planificación organizacional.**
- **Los objetivos y metas planificados contribuyen al logro efectivo de la misión.**
- **El logro de las metas previstas garantiza la satisfacción de las demandas formuladas a la organización.**
- **Los recursos humanos y materiales son suficientes para materializar las metas propuestas.**
- **La estructura organizativa de la entidad contribuye al uso óptimo de los recursos disponibles.**
- **La secuencia funcional de las operaciones garantiza el mejor desarrollo de los procesos.**

- Se han introducido cambios recientes a nivel organizativo y funcional dirigidos a estimular un mejor desempeño corporativo.
- Se evalúan los resultados obtenidos a raíz de los cambios implantados.
- Los cambios introducidos han arrojado los resultados esperados.
- En el cumplimiento de los procesos se hace un uso óptimo de los recursos humanos y materiales disponibles.
- Los porcentajes de desperdicio, horas extras trabajadas, ocurrencia de fallas se encuentran en niveles tolerables.
- Los productos de la organización se corresponden con las metas previstas en términos de su calidad, costos y oportunidad en que son generados.
- Existen sistemas internos y externos que apoyen la labor gerencial.
- La gerencia utiliza eficientemente los sistemas de apoyo corporativo.
- Los sistemas de información existentes facilitan la toma de decisiones oportunas.
- Los sistemas de control interno permiten detectar a tiempo las fallas y desviaciones en el desarrollo de los procesos.
- Se corrigen las fallas y desviaciones una vez detectadas.
- Se evalúan los resultados de la gestión cumplida.
- Se consideran en la planificación las experiencias derivadas del cumplimiento de los procesos corporativos.

Los resultados derivados de este diagnóstico ofrecerán un mejor conocimiento respecto a la organización, a partir del cual es factible identificar las áreas críticas, fortalezas, debilidades y procesos medulares de la entidad. Además, este diagnóstico permitirá identificar los diversos puntos neurálgicos que inciden negativamente en la gestión corporativa, respecto a los cuales pueden formularse recomendaciones para su corrección en el corto o mediano plazo. Como se observa, el control de gestión permite desde sus inicios la detección de fallas y la adopción de medidas correctivas.

El sistema de control de gestión que se diseñe estará orientado a la medición y valoración de los siguientes componentes del desempeño de la organización:

1. Control sobre las entradas:

Es la vía principal para certificar la calidad de los insumos que se utilizan en los procesos y que el producto final se corresponda efectivamente con los requerimientos demandados por sus usuarios. A tal efecto la organización debe disponer de mecanismos de control que permitan verificar las condiciones de las principales fuentes de suministro de insumos, equipos, recursos humanos, información, etc., así como, certificar la captación apropiada de los requerimientos reales de servicio demandados por los usuarios y clientes. Mediante el diagnóstico se identificarán los insumos claves para desarrollar los procesos medulares y las principales demandas que la organización debe satisfacer.

2. Control sobre los procesos medulares:

El diagnóstico organizacional permitirá identificar los procesos medulares y los puntos críticos que requieren mayor supervisión. El control de gestión estará principalmente centrado hacia el desarrollo de estos procesos, para verificar los niveles de cumplimiento óptimo de las operaciones y prevenir la ocurrencia de fallas, desperdicios, retrabajo, entramientos, etc. En este nivel el control de gestión actúa como un mecanismo de control de calidad sobre los principales procesos de la organización.

3. Control sobre las salidas:

Se orienta a certificar si los productos de la organización se obtuvieron conforme con los parámetros de calidad, costo y tiempo previstos; si satisfacen efectivamente las necesidades de sus demandantes y si los impactos derivados de la gestión institucional han incidido en el mejoramiento de la calidad de vida de la población atendida.

Cómo construir el sistema de indicadores de gestión

El sistema de indicadores de gestión a implantarse debe considerar en su diseño los diversos elementos aportados por el diagnóstico organizacional, tomando en cuenta los distintos niveles de control que

deben establecerse sobre las entradas, procesos medulares y salidas del sistema de la organización, así como los estándares apropiados que permitan la mejor medición y valoración de las operaciones.

Este sistema de indicadores debe permitir la interrelación entre sus elementos componentes, a fin de obtener una visión global del desempeño corporativo, a partir de parámetros de economía, eficiencia, eficacia y efectividad establecidos al efecto. Los resultados que aporte el sistema de indicadores de gestión deben conducir a la oportuna aplicación de correctivos que conduzcan a la materialización de las metas en los términos de calidad, tiempo y costo previstos.

En otras palabras, el sistema de indicadores de gestión debe constituirse en una herramienta de apoyo a la labor gerencial, dirigida a incrementar la productividad de la organización.

Su eficacia estará condicionada por los aspectos siguientes:

- Proporción en la cual los resultados del diagnóstico organizacional reflejan la realidad organizacional.
- Identificación precisa de las áreas claves y de los procesos medulares objeto de control.
- Selección de indicadores que describan el comportamiento real de los procesos medulares y alerten oportunamente sobre las desviaciones y fallas que ocurran en el desarrollo de esos procesos.
- Selección de estándares de comparación apropiados que permitan detectar las variaciones reales en el cumplimiento de los procesos.
- Establecimiento de idóneos niveles de alerta para evaluar el desempeño de la organización y propiciar la adopción oportuna de correctivos.

Al diseñar el sistema de indicadores, se deben establecer las correspondientes relaciones entre los distintos procesos asociados a la ejecución de las actividades, dirigidas a identificar las relaciones causa-efecto que alteran el sistema, a fin de facilitar la formulación apropiada de los correctivos requeridos para afrontar las desviaciones del sistema respecto a sus objetivos y metas.

Los indicadores de gestión aportarán información oportuna y suficiente respecto a los procesos medulares de la organización y a la incidencia de los diversos elementos que condicionan el logro de las metas previstas, tales como:

- *A nivel de las entradas:*

Incrementos en la demanda de servicios por la incorporación de nuevos usuarios y clientes.

Requerimientos no atendidos en su oportunidad que generan una sobre demanda de servicios.

Insumos requeridos no disponibles o con variaciones significativas respecto a las condiciones iniciales de calidad, costo y fecha de entrega.

- *A nivel de los procesos medulares:*

Disminución de la calidad del servicio debido a factores internos de la organización, tales como obsolescencia tecnológica, fuga de personal calificado, burocracia excesiva, alta rotación del personal directivo, fallas de planificación, etc.

Disminución de la calidad del servicio debido a factores externos a la organización, tales como cambios bruscos en las variables económicas, nuevas regulaciones gubernamentales, mayores impuestos, escasez en el mercado de equipos y repuestos, etc.

- *A nivel de las salidas:*

Insuficiente prestación de los servicios respecto a las dimensiones de la demandas.

Pérdidas debidas a subfacturación o a deficientes mecanismos de cobro.

Sistemas de almacenamiento o de distribución insuficientes o poco contables.

Pérdidas debidas a proyectos inconclusos.

Disminución de los niveles de vida de la población atendida debida a la deficiente prestación de los servicios.

Respecto a los estándares requeridos para medir y valorar la gestión desarrollada, en principio sirven de referencia los parámetros establecidos por la organización en cuanto a costos, tiempo, calidad, recursos humanos y materiales, establecidos en la etapa de planificación de los programas, proyectos y actividades, considerando a tal efecto los registros

precedentes. Sirven también de referencia los estándares adoptados por organizaciones afines a la entidad evaluada.

III. CONCLUSIONES

El desarrollo de las actividades cotidianas de una comunidad, encuentra en los servicios públicos un gran apoyo para su cabal cumplimiento. En tanto que esos servicios sean prestados en los términos de calidad y oportunidad demandados, esas actividades podrán acometerse conforme a los lineamientos previstos.

No obstante, en la medida en que los servicios públicos son deficientes, sus usuarios resienten estas fallas de calidad, al ver obstaculizado el libre desenvolvimiento de sus labores, lo que se traduce en demoras innecesarias en los procesos rutinarios y extraordinarios que deben cumplir, con el consecuente costo económico y social que conlleva esta situación deficitaria de servicios.

Es así como, desde el simple retraso en el traslado de los trabajadores hasta sus centros de trabajo por fallas en el servicio de transporte, pasando por los problemas derivados de una educación insuficiente, hasta llegar a la pérdida lamentable de vidas humanas por las deficiencias crónicas en la prestación de los servicios hospitalarios, son las consecuencias reales reseñadas cotidianamente en la prensa de muchas naciones del mundo, reflejo de la baja calidad e inclusive inexistencia de los servicios públicos que le compete a los Estados suplir a sus ciudadanos.

Se requiere en consecuencia, que los países en desarrollo eleven los niveles de calidad en la prestación de los servicios públicos, como una vía para sustentar con eficiencia el cumplimiento de los planes y programas nacionales y regionales, a fin de contribuir al logro de las actividades que la colectividad requiere para el desarrollo de cada nación.

En este contexto, en el marco de las naciones Latinoamericanas y del Caribe, las Entidades Fiscalizadoras Superiores, en su carácter de órganos rectores del control en sus países, tienen un importante rol que cumplir en esta materia, toda vez que el control en las organizaciones públicas es una herramienta de apoyo a la labor gerencial, a fin de hacer uso eficiente y económico de los recursos disponibles, dirigidos al logro de las metas propuestas.

Al respecto, visto que el ejercicio exclusivo del control numérico legal es necesario, pero no suficiente para detectar las desviaciones y fallas en el desarrollo de las actividades y procesos corporativos, así como para introducir de manera oportuna los correctivos que correspondan, se requiere implantar mecanismos de control que contemplen una evaluación sistémica de las organizaciones y de los resultados de sus procesos, a fin de obtener un diagnóstico válido respecto a la gestión cumplida, que permita medir y valorar de manera objetiva esos resultados y sus impactos en el entorno de la organización, a partir de los planes y programas diseñados para atender las demandas formuladas a la institución y los recursos disponibles a tal efecto.

Corresponde en consecuencia a las EFS estimular la implantación de eficaces sistemas de control interno en las organizaciones públicas, a fin de que sean los propios administradores quienes asuman la responsabilidad frente a la colectividad de ofrecer los servicios públicos en los términos y condiciones que la población requiere. Por tanto, es importantísimo que los administradores públicos comprendan los beneficios de contar con sistemas de control de gestión para vigilar el desarrollo de sus procesos, apoyar la toma de decisiones oportunas y obtener los resultados planificados.

Por su parte, las EFS deberán evaluar la confiabilidad de estos sistemas y de los indicadores aportados por ellos, mediante la práctica periódica de auditorías de gestión en las entidades del sector público. De este modo se lograrán simultáneamente los objetivos siguientes:

- 1. Al ejercer los propios administradores el control efectivo sobre sus procesos, su capacidad de detectar fallas y desviaciones es inmediata, lo cual les permite adoptar oportunamente los correctivos que correspondan.**
- 2. Los registros estadísticos de sus procesos medulares, junto a las experiencias acumuladas por los administradores mediante el ejercicio permanente del control de sus operaciones, constituyen un valioso banco de datos para la planificación subsecuente de sus actividades.**
- 3. Toda vez que son los administradores los primeros vigilantes de la calidad y consistencia de su gestión y sus resultados, el Órgano Superior de Control se descarga de una serie de actividades rutinarias de control, que si bien son importantes, comprometen considerables recursos humanos y materiales, y requieren de largos plazos para su**

ejecución, lo cual le permitirá a la EFS concentrar sus esfuerzos en la evaluación global de la gestión del Estado, bien en su conjunto o por sectores (salud, educación, vialidad, industria, turismo, etc.)

4. El resultado de los tres puntos anteriores deberá reflejarse en un incremento notable en la calidad, oportunidad y economía en la prestación de los servicios públicos que la colectividad demanda, a la vez que deberá incidir positivamente en la capacidad de gestión del Estado y, por ende, en el desarrollo nacional.

FUENTES CONSULTADAS

CABRERA, Elery y otros autores. *Comprensión de Nuestra Democracia, 40 Años de Historia Venezolana*. Fondo Editorial 60 Años de la Contraloría General de la República de Venezuela. Caracas, 1998.

CASTRO LEIVA, Luis; DE VIANA, Mikel y otros. *Contraloría y Gobierno, Una Relación Difícil*. Publicaciones de la Contraloría General de la República de Venezuela. Caracas, 1997.

Cicap-OEA. *La Eficiencia en las Empresas Públicas*. Mimeo. Buenos Aires, 1985.

Estudio Deiphi. *La Modernización de los Procedimientos de Actuación en la Administración Pública*. Publicado por el Ministerio para las Administraciones de España. Madrid, 1991.

HUETE, Luis María y DEBAIG, Michel. *Hacia un Nuevo Paradigma de Gestión*. Editorial McGraw-Hill. España, 1995.

MASCAREÑO Carlos y NÚÑEZ Orangel. *Sistemas de Seguimiento y Evaluación de la Gestión Pública Estatal*. Editorial Proyecto GAAD.VEN/90101 8. Caracas, 1992.

OSBORNE, David y GAEBLES, Ted. *La Reinención de Gobierno. La Influencia del Espíritu Empresarial en el Sector Público*. Editorial Paidós. España, 1994.

SÁNCHEZ VALDIVIESO, Jaime y BUENO AGUIRRE, Gonzalo. *Control de Obras Públicas*. Editado por la Contraloría General del Ecuador. Quito, 1988.

WAHRLICH DE SOUSA, Beatriz M. *Un Análisis de las Teorías de Organización*. Fundación Getulio Vargas. 3a Edición. Río de Janeiro, 1972.

Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS). *Revista OLACEFS* (años 1994 a 1996, toda la serie, nueve títulos en total). Quito, 1994-1996.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 1995.

**INTERPRETACIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 37 DE LA
LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO
PÚBLICO Y SU APLICABILIDAD A PETRÓLEOS DE
VENEZUELA, S. A.**



MAGALLY CORNIVEL

Abogado, egresada de la Universidad Central de Venezuela (1969). Profesionalmente se desempeñó como funcionaria de la Contraloría General de la República durante veintisiete años continuos, llegando a ocupar desde diversos cargos de nivel medio, hasta los cargo de Directora de Personal, Directora de Registro y Control de Funcionarios Públicos y Declaración Jurada de Patrimonio y Directora de Averiguaciones Administrativa.

Igualmente ha sido Asesor externo en materia de Control Fiscal de Petróleos de Venezuela, S.A. y Palmaven S.A. En el Consejo de la Judicatura ha desempeñado cargos de Contralor Interno encargado desde febrero de 1999 hasta la fecha y Directora de Averiguaciones Administrativas, desde noviembre de 1999 hasta la fecha.

Ha realizado diferentes cursos, seminarios, foros y talleres profesionales, entre los que destacan: "Gerencia para Ejecutivos", "Control de la Eficiencia de las Empresas Públicas", Administración y Auditorías de Operaciones de Financiamiento Internacional: Enfoque del Banco Mundial", Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos", "Técnicas Educativas para Docentes", "Reglamento del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones", "Un Mejor Conocimiento de la Carrera Administrativa", "Planificación Estratégica de Recursos Humanos", "Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos". Ha ejercido la docencia como instructor en diversos cursos, seminarios, talleres y jornadas en la Contraloría General de la República, Escuela Nacional de Control Fiscal, Organización Latinoamericana del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), en materia laboral, enriquecimiento ilícito, averiguaciones administrativas, interpretación de la nueva Ley de la Contraloría General de la República y control fiscal.



JESÚS DAVID ROJAS HERNÁNDEZ

Abogado (1992), Postgrado en Derecho Procesal (1997), Universidad Católica Andrés Bello. Ex funcionario de la Contraloría General de la República, actualmente se desempeña como Director de Investigaciones Especiales del Ministerio de Agricultura y Cría.

Cursos realizados:

- Seminario Internacional “Las Potestades Investigativas y Sancionadoras de las Entidades Fiscalizadoras Superiores”.
- “Presupuesto y Control Financiero Externo”.
- “Complementación del Control Fiscal Externo con el que ejerce la Administración Activa”.
- “Estudio de las Dificultades Probatorias”.
- “Reforma Tributaria en Venezuela”.
- “I Jornadas Jurídicas de Derecho Penal”.
- IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randollph Brewer Carías”, “Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial”.

“II Jornadas en Ciencias Jurídicas y Políticas”.

Foro “Apertura Petrolera, Aspectos Jurídicos y Tributarios”.

“Acción en la Apertura”.

Foro Tributario.

II Seminario Internacional de Riesgos y Seguro Marítimo.

Trabajos publicados:

Apertura Petrolera a la Luz del Artículo 5° de la Ley Ley Orgánica que Reserva al Estado La Industria y El Comercio de los Hidrocarburos, *Revista de Control Fiscal N° 132* (1996).

Comentarios Sobre Algunos Sistemas de Control del Acto Administrativo *Revista de Control Fiscal N° 134* (1997).

En Calidad de coautor, Sugerencias para El Mejoramiento de la Administración de Justicia *Revista de Control Fiscal N° 137* (1998).

La Acción. Evolución Histórica del Concepto. *Revista de Control Fiscal N° 140*, (enero 1999).

Interpretación general del artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y su aplicabilidad a Petróleos de Venezuela, S.A.

*Magally Cornivel
Jesús David Rojas*

El presente trabajo tiene por finalidad establecer, como su título lo indica, una interpretación general del artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP), con la particularidad de establecer a quién debe considerarse como funcionario superior a la luz de la citada norma, respecto a la Industria Petrolera, Petroquímica y Carbonífera Nacional.

I. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en su artículo 37 establece:

Artículo 37: Ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos u otros bienes de que sea responsable, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida. El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiera corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo y sin perjuicio de la responsabilidad del superior jerárquico que impartió la orden¹

¹ Gaceta Oficial de la República N° 3.777 Extraordinario del 23 de diciembre de 1982.

Como antecedentes remotos del artículo transcrito *supra*, nos encontramos sendos anteproyectos de Ley de Contraloría General de la República correspondientes a los años 1937 y 1959.

En el primer anteproyecto mencionado, en su Título VI “Responsabilidades”, artículo 38, se preveía que:

Artículo 38: Ningún empleado será relevado de responsabilidad por haber procedido en virtud de orden de un funcionario superior al pago, uso o disposición de los fondos o propiedades de que deba responder, salvo que compruebe haber objetado por escrito la ilegalidad de la orden recibida. El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal de dichos bienes será responsable en primer término de los perjuicios que sufran los intereses a su cargo.²

El anteproyecto de la citada Ley Orgánica, preparado por la Comisión de Administración Pública y la Contraloría General de la República en 1959, establecía en su artículo 50, lo siguiente:

Artículo 50: Existe responsabilidad administrativa cuando un funcionario o agente de la Administración sin ser empleado de manejo, ordena un gasto u operación cualquiera con fondos u otros bienes públicos sin cumplir las disposiciones legales y reglamentarias, gasto u operación hechos en atención a su insistencia escrita.

El pago hecho u operación realizada por insistencia escrita del ordenador librará de la correspondiente responsabilidad fiscal al empleado de manejo.³

Como puede observarse el ilícito administrativo previsto en LOSPP, surge de una inquietud de vieja data, más de cincuenta años, que ha tenido presente el legislador para proteger los intereses patrimoniales de la República, regulando las situaciones derivadas del principio de jerarquía que es inherente a la organización de la Administración Pública Nacional. En efecto, los dos anteproyectos que le sirven de antecedentes, así como el articulado actual, tienen como nota coincidente el prever, en distintas formas, especies al género de “la obediencia debida” que asiste al subordinado para desaplicar aquellas ordenes manifiestamente

² Siebel Girón Ramírez. Antecedentes Histórico Jurídicos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Colección Medio Siglo de la Contraloría General de la República. Serie Estudios Jurídicos. Pág.46.

³ Siebel Girón Ramírez. Ob. Cit. Pág. 88

ilegales que puedan comprometer su propia responsabilidad, además de la del jerarca, en el manejo de la cosa pública.

Otra nota característica es que la oposición a la orden ilegal debe ser hecha por escrito, esto con el propósito de alertar, fehacientemente al jerarca, de lo errático y pernicioso que puede ser para ambos, el ejecutar tal mandato en esas condiciones de ilegalidad, sin que por ello pueda pensarse que se está entabando la marcha de la Administración Pública.

Además de lo manifestado anteriormente, se evidencia una coincidencia entre los tres textos, al circunscribir el ilícito que se comenta a la administración, custodia o disposición de bienes o fondos de carácter público, con lo cual se puede corroborar el celo que puso el legislador en la conservación efectiva del patrimonio público.

Ahora bien, aun cuando los textos transcritos puedan tener las coincidencias que antes hemos expuesto, y sin entrar a considerar cual de ellos hubiese sido el más efectivo para el fin perseguido, no resulta menos cierto que sólo el artículo 37 de la LOSPP, tuvo la virtud de ser sancionado y convertido en precepto legal, ya que los dos anteriores fueron dejados de lado, no sólo en los anteproyectos posteriores, sino también en la primera Ley (1975), que rige la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República.

2. Doctrina Nacional

Sobre el referido artículo y ya a los fines de la interpretación que presentamos, consideramos conveniente traer a colación las opiniones de dos juristas patrios sobre el particular.

En primer lugar, el Dr. Allan Brewer Carías señala que:

El artículo 37 de la LOSPP establece que incurre en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo, los funcionarios o empleados públicos que ordenen o procedan al pago, uso o disposición indebida (pago o empleo ilegal) de fondos u otros bienes de que sean responsables.

Esta responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, surge sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en la que incurra el superior jerárquico que impartió la orden del pago o empleo ilegal de fondos o bienes, y en ningún caso, el funcionario inferior puede ser relevado de su responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de

orden de funcionario superior, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida.

En estos casos, no habiendo multas específicas, los responsables serán sancionados conforme al artículo 42 de la LOSPP con multa de Bs. 1.000 o Bs. 50.000.

(...) En estos supuestos de responsabilidad administrativa debe destacarse que el legislador no ha eximido de la responsabilidad administrativa en los casos de "obediencia legítima y debida" como sucede en materia penal (art. 65 CP), sino que sólo se exime de responsabilidad administrativa al funcionario inferior o ejecutor que haya advertido la ilegalidad de la orden recibida, o que haya objetado la orden respectiva y, por supuesto, que compruebe haberlo hecho previamente, por escrito dirigido al funcionario superior o al cuerpo colegiado respectivo⁴.

Por su parte el jurista Alberto Arteaga Sánchez al comentar la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público señala:

Asimismo, es obligada la referencia al caso del Art. 37 de la nueva Ley que establece que "ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebido de los fondos u otros bienes de que sea responsable, *salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida*". Esta excepción, como ya lo observamos durante el período de formación de la ley, no cabe dentro de nuestro ordenamiento y choca con lo estipulado en el artículo 46 de la Constitución, según el cual no sirven de excusa a los funcionarios "órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes", imponiéndose por tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, del funcionario y asimismo de quien dio la orden. No puede, por tanto excusar al funcionario la comprobación "de haber señalado por escrito la ilegalidad de la orden". No hay en Venezuela obediencia ciega, ni debe, en ningún caso, por ello, un subalterno obedecer una orden manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes. A lo más, podrá eximirse de responsabilidad al subalterno que obedece cuando hay un supuesto de error o de no exigibilidad de otra conducta por Estado de Necesidad (resaltado del autor).⁵

⁴ Allan Brewer Carías. *La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Colección Textos Legislativos N° 2. 3era. Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989. Págs. 38-39.

⁵ Alberto, Arteaga Sánchez. *Los Delitos contra la Cosa Pública en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Colección Textos Legislativos N° 2. 3era. Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1989. Págs. 129-130.

Posición que ratifica al sentenciar:

Quien obedece a la orden de un superior jerárquico puede quedar exento en la medida que haya actuado con la convicción de que su conducta no es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico... el subalterno será responsable si la orden constituye delito ante los ojos de un ciudadano ordinario.⁶

A tal punto de convicción llegó el Dr. Arteaga Sánchez sobre la inconstitucionalidad del referido artículo 37, que en Proyecto de Reforma de la LOSPP que elaborara conjuntamente con Carlos Moreno Brandt y Freddy Díaz Chacón, propone su eliminación; propuesta que no obstante ser compartida por la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República, en su oportunidad, no fue eliminado por el Órgano Legislativo en la ocasión de sancionar la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, texto legal que debido a las objeciones del Ejecutivo Nacional no fue promulgado.

3. Análisis:

En primer lugar debemos precisar cuáles son los sujetos activos a quienes se les aplica tal norma.

A tal efecto, debemos indicar que el artículo 2º de LOSPP, señala expresamente quienes deben ser considerados, a los efectos de la misma, funcionarios o empleados públicos, expresando que:

1. A todos 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 las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades.
2. A los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4 de esta Ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.
3. A cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente Ley.

⁶ Alberto Arteaga Sánchez. *Derecho Penal Venezolano. Parte General* 3era. Edición. Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Págs. 302-303.

Ahora bien, el ilícito contenido en artículo 37 exige, por una parte, un funcionario que en razón de sus funciones, tenga atribuida la administración, custodia o manejo de fondos o bienes que por cualquier título pertenezcan o correspondan a alguna de las personas señaladas en el artículo 4° de la LOSPP y, por la otra, a un funcionario que en razón de su posición dentro de la estructura integral del Estado, esté en capacidad jurídica de impartirle órdenes o instrucciones al primero de ellos, es decir, que en alguna forma dirija o supervise la actividad del funcionario ejecutor, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñe, excluyendo de esta forma las órdenes recibidas de quien no tenga competencia para hacerlo.

Establecidos, como consideramos que están los sujetos a quienes se ha destinado la norma, el segundo aspecto a ser abordado, es precisar a qué tipo de orden se refiere el tantas veces mencionado dispositivo legal.

Sobre el particular, somos del criterio de que estas órdenes o instrucciones deben circunscribirse sólo a aquéllas que expresamente instruyan al subordinado a hacer un pago, uso o disposición indebida de los bienes o fondos de los cuales éste sea custodio o responsable en ocasión de las competencias que le hayan sido válidamente atribuidas por cualquier instrumento normativo.

Del espíritu de la norma se desprende claramente que dado el supuesto de hecho (orden ilegal de un superior a un subordinado, respecto a los bienes de que éste es responsable), se van a generar, en principio, responsabilidades para ambos sujetos. Este tipo de responsabilidad será, además de administrativa, penal, en los casos en que haya sido prevista como delito o falta el supuesto particular, y/o civil, cuando esa situación ocasione una pérdida o menoscabo, perfectamente cuantificable, de los bienes o fondos de que se trate.

Como dijimos anteriormente, tales responsabilidades se generan respecto a ambos funcionarios sólo en principio, pues la norma prevé respecto al subordinado un tipo de obediencia legítima y debida, como causa de inculpabilidad, entendida ésta como el conjunto de presupuestos que fundamentan el eximente de responsabilidad personal por la comisión de un acto típicamente antijurídico.

Decimos un tipo de eximente dentro del género previsto para la materia penal, pues como bien sostiene el Dr. Brewer Carías en opinión transcrita *supra*, el legislador sólo eximió de responsabilidad al funcionario ejecutor cuando hubiese advertido previamente y por escrito la ilegalidad

de la orden, estableciendo entonces un supuesto de obediencia reflexiva dentro del género “obediencia legítima y debida”.

Sobre el particular ha dicho la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de marzo de 1975:

El deber de obediencia es de tal modo inherente a la función pública que sin él resulta difícil concebir la administración estatal, ya que ésta supone un orden jerárquico que se caracteriza precisamente por la subordinación que existe entre unos funcionarios que ordenan y otros que ejecutan las órdenes recibidas, sin dilación ni discusión. No habría unidad de dirección ni coordinación en la Administración Pública si los inferiores no acataran y cumplieran oportuna y estrictamente las órdenes e instrucciones de sus inmediatos superiores en la línea de comando del respectivo servicio ... Tal importancia se atribuye en nuestra legislación al deber de obediencia, que el Código Penal declara que no es punible quien “obra en virtud de obediencia legítima y debida”. La Constitución vigente establece, sin embargo, que es nulo todo acto del Poder Público que viole o menoscabe algunos de los derechos que ella garantiza y, seguidamente añade que los funcionarios o empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

La advertencia que se hace a los servidores del Estado en dicha norma constitucional, es un reconocimiento tácito del llamado derecho de examen, o sea, de la facultad que la doctrina atribuye a los empleados subalternos de revisar y desobedecer en ciertos casos, las órdenes o instrucciones de sus superiores...

De esas dos disposiciones puede deducirse, en principio que el deber de obediencia no obliga a los funcionarios públicos cuando la ejecución de la orden recibida comprometa su propia responsabilidad, conforme a la citada norma constitucional, o constituya un abuso de autoridad o extralimitación de funciones, bien porque la orden emane de quien no tiene competencia para hacerlo o porque su ejecución no corresponda, según las especificaciones del cargo que desempeña, al funcionario a quien va dirigida. En dichos casos es indispensable que la orden sea manifiestamente inconstitucional o constituya en sí misma o en su ejecución una evidente extralimitación de atribuciones, pues de no ser así debe ser inmediatamente obedecida.

Estas son las limitaciones que, conforme a nuestra legislación y a la doctrina más admitida, sirven de marco al principio de la obediencia

legítima y debida en el campo del derecho administrativo. Pero la Corte considera que ellas no constituyen las únicas limitaciones a dicho principio, pues los alcances del deber de obediencia varían de acuerdo con los servicios, la jerarquía de los funcionarios y hasta de las circunstancias históricas prevalecientes en un momento dado en cada país.

Sería incompatible con la marcha normal de la Administración Pública que en base a un estricto legalismo o a un concepto exagerado del derecho de examen, se hiciera depender la ejecución de todas las órdenes o instrucciones que los funcionarios públicos reciban de sus superiores, del juicio que cada uno de ellos tenga respecto a la legalidad, conveniencia o utilidad de los actos de éstos. Pero hay que tener también presente que los empleados subalternos no son meros autómatas ni instrumentos ciegos de quienes dirijan o supervisen su trabajo, sino seres humanos dotados de personalidad y discernimiento, cuya dignidad y derechos fundamentales, no deben ser sacrificados siempre en aras de un riguroso y extremado concepto de la disciplina y el orden.⁷

En este orden de ideas, y a fin de ser consecuente con esta posición, es por lo cual disentimos de la opinión del Dr. Arteaga Sánchez, quien considera inconstitucional el artículo 37 de la LOSPP. Tal disentimiento lo sustentamos en que aun cuando el artículo 46 de la Constitución de la República expresa, como él bien lo señala en su exposición, que no sirven de excusa a los funcionarios "órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes", no es menos cierto que tan enfática disposición del Constituyente se realizó para preservar los derechos consagrados en la Carta Magna, o sea, que el bien tutelado por ese articulado son las garantías constitucionales, como se establece en su encabezamiento, y es sólo en este contexto que debe entenderse que la legislación patria no admite ningún tipo de excusa o eximente para con los funcionarios que hayan violado o menoscabado, en cualquier forma, por haber ordenado o ejecutado actos contrarios a tales derechos, haciéndolos responsables penal, civil y administrativamente. Aunado a lo anteriormente expresado, encontramos el Principio de Derecho, según el cual donde no distingue el Legislador, no le es dado hacerlo al intérprete, precepto aceptado por la Contraloría General de la República y que fortalece nuestra posición sobre este particular.⁸

⁷ Joaquín Rodríguez Falcón. *Los Deberes y la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Públicos*. Paredes Editores. Caracas, 1985. Págs. 85-99.

⁸ Decisión en relación al Banco de Comercio. Gaceta Oficial N° 4.954 Extraordinario del 16 de agosto de 1995.

En este mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia el 7 de mayo de 1965, al señalar:

La función interpretativa que ejercen los jueces al aplicar las leyes, está limitada a inquirir la intención y propósito del legislador, cuando hubiere dudas al respecto, ya por no estar claro el texto legal o por no estar previsto expresamente el caso concreto a resolver, y ser necesario determinar en qué situación legal debe considerársele, llenando así la posible laguna según la presunta intención del legislador, y conforme a las normas jurídicas de interpretación. Pero cuando el legislador sí se ha expresado claramente, es inexcusable que el intérprete se permita afirmar que aquél quiso decir una cosa diametralmente opuesta a la que expresó en realidad... Ni aún este Supremo Tribunal, que tiene entre sus funciones la misión específica de “conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia” podría llegar, bajo pretexto de interpretación de la ley, hasta hacerla decir lo contrario de lo que exprese, aunque así le parezca más justa o conveniente, ya que, al hacerlo estaría invadiendo la órbita del Poder Legislativo.⁹

Además, es de señalar que efectivamente en nuestro ordenamiento no está prevista la llamada “obediencia ciega”, porque la obediencia legítima y debida a que se refiere el ordinal 2º del artículo 65 de nuestro Código Penal,¹⁰ tiene como límites el que la orden sea manifiesta o groseramente inconstitucional o ilegal, o constituya un abuso de autoridad o extralimitación de funciones, de tal forma evidente que sea fácilmente perceptible por un ciudadano común, o porque su ejecución no corresponda al funcionario a quien va dirigida según las especificaciones del cargo que desempeña. No obstante los límites doctrinarios que se han impuesto para la interpretación de esta norma penal, aún no conocemos de alguna acción de inconstitucionalidad contra la misma.

De otra parte, lo previsto en el artículo 37 de LOSPP, constituye lo que se ha llamado “obediencia reflexiva”, que difícilmente podría catalogarse como ciega, al exigirse una oposición previa y por escrito a la orden recibida, donde se expresen los motivos de la presunta ilegalidad, con lo cual el legislador estableció un requisito adicional a la “obediencia legítima y debida”, prevista en el articulado penal.

⁹ Gaceta Forense N° 48, 2da. ET. Pág. 372.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario del 30 de junio de 1964.

En aras de una racional interpretación de la norma, creemos que aun cuando ella expresamente no requiera la ratificación por escrito por parte del superior jerárquico de la orden objetada, sería sano entender que ella es ínsita al relevamiento de responsabilidad del subordinado ejecutor, y su traslado total al superior que impartió y ratificó la misma. No entenderlo así, conduciría al absurdo de que aun cuando un subordinado objetara la orden por escrito y en forma previa la ejecuta, sin dar oportunidad a la reflexión debida a que tiene derecho el superior jerárquico, se estaría condenando a una persona que actúa de buena fe y absolviendo a otra que lo hace de mala fe, situación contraria a los principios generales del derecho.

Ahora bien, dada la confusa redacción del artículo en comento, y con el objeto de ser coherentes en su aplicación, recomendamos la concatenación de este ilícito con otras normas referidas a la administración, custodia o manejo de fondos o bienes públicos, que señalen en forma clara y precisa, el destino o utilización que correspondía legalmente otorgarle a los mismos, a fin de darle sustento amplio a esta causal de declaratoria de responsabilidad administrativa.

Finalmente es necesario hacer una acotación respecto a la sanción pecuniaria derivada de la declaratoria de responsabilidad administrativa por este ilícito. Antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR), 1º de febrero de 1996, este ilícito se castigaba con la imposición de la multa contemplada en el artículo 42 de LOSPP, de Bs. 1.000 a 50.000. Ahora bien, como quiera que el artículo 149 de la LOCGR expresamente derogó el referido artículo 42, en los casos en que se declare la responsabilidad por una conducta ocurrida con posterioridad a esa fecha (01-02-96), la sanción será, tanto para los ilícitos contemplados en LOSPP y que no estén sancionados con una multa específica, como para los diecisiete (17) ilícitos a que alude el artículo 113 de la Ley de Contraloría, la multa contemplada en el artículo 121, *ejusdem*, o sea, de doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbanos, la cual debe ajustarse a lo previsto la Ley que establece el Factor de Cálculo de las Contribuciones, Garantías, Sanciones, Beneficios Procesales, o de otra naturaleza, en Leyes Vigentes.¹¹

¹¹ Gaceta Oficial N° 36.362 de fecha 26 de diciembre de 1997.

II. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO A LA INDUSTRIA PETROLERA Y ESPECIALMENTE A PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A.

A los fines de determinar la correcta aplicación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público a la industria petrolera, debemos comenzar por precisar cual es la naturaleza jurídica de Petróleos de Venezuela, S.A., en lo adelante PDVSA.

No existe duda alguna acerca del carácter de empresa estatal, y por ende pública con participación accionaria de la República, que ostenta PDVSA. Tal aseveración deriva sin lugar a dudas, de la propia calificación jurídica que el Decreto de creación de dicha Empresa le otorga.

En efecto, el artículo 1° del Decreto 1138 del 30 de agosto de 1975¹² dispuso:

Se crea una empresa estatal, bajo la forma de sociedad anónima, que cumplirá y efectuará la política que dicte en materia de hidrocarburos el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos [hoy Ministerio de Energía y Minas], en las actividades que le sean encomendadas (negritas nuestras).

La simple calificación como empresa estatal de PDVSA, no basta para determinar qué rama del derecho (público o privado) ha de regular las actividades diarias de la misma. En efecto, PDVSA es un ente público constituido con la forma de sociedad anónima, pero ni el elemento sustancial ni el formal que lo caracterizan, permite afirmar que ella está regida exclusivamente por normas de derecho público, como tampoco lo es, el que la rijan únicamente normas de derecho privado.

La jurisprudencia ha establecido que, en principio, toda persona natural o jurídica tiene capacidad para realizar actos de derecho público y de derecho privado. La República misma (persona pública por excelencia), tiene capacidad para realizar actos de derecho privado, y en cuanto a éstos queda sometida a la respectiva normativa legal. Por su parte, el ente privado que efectúe actos de derecho público, queda regido por éste, en esa específica actividad.

¹² Gaceta Oficial N° 1.770 Extraordinario del 30 de agosto de 1975.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que:

Sostener que un hecho de la vida social está regido exclusivamente por un determinado sector del derecho público o del derecho privado, es algo que no se conforma con la realidad ni con los principios científicos. El derecho es una unidad. Según varíen las circunstancias, una misma persona o una misma cosa puede ser objeto de la aplicación de una norma de derecho público o de una de derecho privado o, también y al mismo tiempo, de ambos tipos de disposiciones¹³.

Así, PDVSA puede constituir uno de los mejores ejemplos de la capacidad de las personas de derecho privado o de derecho público para efectuar indistintamente los actos de derecho público que la ley le permita, y de derecho privado que no les prohíba, según varíen las circunstancias.

Establecida la naturaleza jurídica de PDVSA, sin haber entrado en mayores consideraciones al respecto, no hay lugar a dudas de que la misma está expresamente contemplada en el artículo 4° de la LOSPP, cuando señala:

Artículo 4°: Se considera patrimonio público aquél que corresponde por cualquier título a:

1. La República.
2. Los Estados y Municipios.
3. Los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación.
4. **Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieran los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.**
5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento.
6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas (negritas nuestras).

¹³ Allan Brewer Carías, y Luis Ortiz Álvarez. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contenciosa-Administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana, 1996. Pág. 454.

Precisada la ubicación de PDVSA en el numeral 4 del transcrito artículo 4º, se hace necesario determinar a quién o a quiénes debe considerarse “superior o superiores jerárquicos”, respecto a las máximas autoridades de esa Empresa, entendiendo como tales a su Presidente y demás miembros del Directorio, individualmente considerados.

A tal efecto, es de señalar que la Cláusula Trigésima Tercera del Decreto 855 contentivo de los Estatutos de PDVSA¹⁴, establece:

La dirección inmediata y la gestión diaria de los negocios de la sociedad estarán a cargo del Presidente, quien será además su representante legal.

Con ello se le atribuyó al Presidente la responsabilidad ordinaria de los negocios en los cuales se viere involucrada la sociedad. No obstante, no debe perderse de vista que aun cuando el Presidente de la Empresa resulta una suerte de superior jerárquico respecto a la mayoría de los empleados de la misma, de acuerdo con el numeral 3 de la Cláusula Trigésima Cuarta del referido Estatuto, constituye un deber suyo **ejecutar personalmente o hacer ejecutar las decisiones del Directorio y de la Asamblea**, estableciéndose de esta manera sendos órganos societarios que resultan superiores en jerarquía respecto a este alto funcionario.

En efecto, el primero de los órganos a que se hizo referencia, es decir, el Directorio, está definido en la Cláusula Décima Sexta como el órgano administrativo de la sociedad, con las más amplias atribuciones de administración y disposición, sin imponerle otras limitaciones que las establecidas en la Ley y en el Decreto Estatutario, cuyos once (11) miembros, en virtud de lo establecido en las Cláusulas Décima Séptima, Décima Octava y Décima Novena, son designados mediante Decreto por el Presidente de la República, por un período de dos (2) años, con indicación expresa de quiénes ocuparán los cargos de Presidente y Vicepresidentes.

Es de hacer notar que no obstante ser PDVSA una sociedad anónima, sus administradores son designados, en primer lugar, por el Presidente de la República, persona o funcionario ajeno a la Asamblea de Accionistas (máximo órgano societario), pues la representación de la República en ella, está en cabeza del Ministro de Energía y Minas y de los demás Ministros que designe el Presidente (Cláusula Undécima); y en segundo lugar, la forma de designación es a través de un acto propio

¹⁴ Gaceta Oficial N° 33.336 del 25 de octubre de 1985.

del Derecho Público (decreto). Esto constituye un ejemplo de la aplicación a PDVSA de una suerte de derecho mixto, conformado por normas de derecho público y de derecho privado.

Por su parte, la Cláusula Vigésima Quinta, establece que:

Los Directores serán personal y solidariamente responsables en los términos establecidos respecto a los administradores en el Código de Comercio.

Esto lo debemos entender como independiente de las responsabilidades penales, civiles y administrativas o disciplinarias que pudiesen corresponderles por estar en ejercicio de una función pública, y ello es así porque aun cuando la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos¹⁵ expresamente establece, que los empleados de la industria petrolera no son funcionarios públicos (salvo a los efectos de los artículos 123 y 124 de la Constitución de la República), la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, **previó que tanto los directores como administradores de las empresas consideradas como públicas, se reputaran como funcionarios o empleados públicos a los efectos de la misma, pudiendo por ende, ser sujetos de las diversas responsabilidades reguladas por esa ley.**

Se hace necesario destacar que una previsión similar a la contemplada en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se encuentra establecida en la parte *in fine* de la Cláusula Vigésima Tercera estatutaria, cuando establece:

(Omissis)...

En caso de que el Presidente no estuviera de acuerdo con la decisión aprobada [por el Directorio], podrá convocar una Asamblea Extraordinaria la cual decidirá sobre el asunto.

Resulta evidente pues, que tal convocatoria deberá hacerse en los términos a que se contrae la Cláusula Novena, es decir, por escrito dirigido al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro de Energía y Minas, donde, suponemos, el Presidente debe informar al titular de ese Despacho la decisión controvertida y los motivos y razones de su oposición a la misma, con lo cual, si bien no estamos exactamente en el supuesto del artículo 37, sí lo estaríamos frente a un supuesto de hecho bastante similar

¹⁵ Gaceta Oficial N° 1.769 Extraordinario del 29 de agosto de 1975.

a lo que hemos denominado “obediencia reflexiva” por sus características y consecuencias. El único elemento diferenciador sería que las objeciones no se presentan ante los mismos funcionarios (Directorio) que tomaron la decisión en cuestión, la cual sería válida, más no eficaz, pues estará sujeta a la decisión última que adopte expresamente la Asamblea Extraordinaria que se haya convocado al efecto, de lo cual se dejaría constancia en el acta respectiva.

En este contexto, sería injusto atribuirle responsabilidad a la luz del tantas veces mencionado artículo 37, únicamente a los miembros del Directorio por la decisión que hubiesen adoptado con la disidencia del Presidente de la Empresa y que, en virtud del procedimiento antes indicado, hubiese sido ratificada por la Asamblea Extraordinaria, sin exigirle responsabilidad a los representantes de los accionistas. Es evidente que la Asamblea Extraordinaria, a los solos efectos del artículo aquí analizado, se convierte en una suerte de superior jerárquico, tanto del Directorio como del Presidente de la Empresa, individualmente considerados. La Asamblea sería solidariamente responsable con el sujeto cuya proposición hubiese apoyado, en relación con las consecuencias de ilegalidad que se pudiesen producir de tal proposición, lo cual exime de responsabilidad, cuando menos la que esta prevista en este artículo, al sujeto disidente de la orden.

Una particularidad que posee PDVSA, es que de acuerdo a su Cláusula Séptima Estatutaria, la **suprema dirección y administración** de la sociedad radica en la Asamblea, apartándose así de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio¹⁶ respecto a tal órgano societario, del cual se infiere una marcada diferencia entre las funciones de administración y las de control que le corresponden a la Asamblea.

En lo que respecta a PDVSA, es necesario tener presente las prerrogativas del Poder Público de las cuales se valió el Estado para constituir esa casa matriz, que le permitió atribuirle, por un acto administrativo (Decreto), responsabilidades de dirección y administración a un órgano que en su forma es típico del Derecho Privado, pero vinculándolo a la Organización Administrativa del Estado a través del representante de las acciones de la República, quien, dentro de las facultades conferidas en el mandato otorgado, transmite las instrucciones necesarias en el marco de las atribuciones sociales que le corresponden, por imperativo de la

¹⁶ Gaceta Oficial N° 475 Extraordinario del 21 de diciembre de 1955.

Cláusula Décima Tercera Estatutaria, para los fines que interesen a la sociedad.

Ahora bien, no debe olvidarse que PDVSA ocupa un papel preponderante dentro de la estructura integral del Estado, tanto por estar a cargo de una actividad expresamente reservada por mandato legal, como por ser el principal proveedor de divisas e ingresos para el sostenimiento económico de la República. Es en este marco, y bajo ciertas circunstancias, que la Empresa puede verse obligada a realizar actuaciones regidas simultáneamente por normas de derecho público y de derecho privado (como anteriormente quedara expresado), teniendo como norte el cumplimiento de los altos fines del Estado.

Es por ello que en ciertos momentos el Presidente de la República, al girar instrucciones en ejercicio de la atribución de administración de la Hacienda Pública Nacional prevista en el ordinal 12° del artículo 190 de la Constitución de la República, podría convertirse en una especie de funcionario superior respecto a las autoridades de PDVSA, e instruir a éstas, bien directamente o por órgano del Ministro de Energía y Minas de conformidad con el artículo 193 *ejusdem*, para adoptar ciertas medidas que tiendan a asegurar las políticas de Estado dictadas por el Ejecutivo Nacional, que involucren a la Industria Petrolera, Petroquímica y Carbonífera Nacional.

Ejemplo de esta afirmación lo constituye, sin lugar a dudas, el arrendamiento de una refinería en la Isla de Curazao, que obedeció a una razón de Estado, que no era otra que el interés geopolítico de Venezuela en que no colapsara la economía de esa isla, como consecuencia del abandono de la refinería por parte de una transnacional del petróleo.

Así mismo, en respuesta a lineamientos del Ejecutivo Nacional, PDVSA ha emprendido la búsqueda de fórmulas de participación del sector privado en todos los segmentos de negocio.¹⁷

No obstante lo anteriormente expuesto, esta potestad no es en modo alguno ilimitada, pues no podemos desconocer que no se trata de una dependencia de la Administración Pública Centralizada, pues PDVSA, no obstante ser un ente público, posee personalidad jurídica propia y distinta a la de la República.

¹⁷ Jesús David Rojas. *Proceso de Apertura Petrolera a la Luz del artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*. Revista de Control Fiscal N° 132. Contraloría General de la República. 1995.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de su Sala de Casación Civil del 12 de diciembre de 1963, expresó:

El hecho de que la Nación sea dueña de las acciones no cambia en nada el status jurídico y legal de la Compañía. Los haberes de ésta, provenientes de sus actividades para con el público a quien sirve, son de ella misma y no de la Nación, así como lo son sus obligaciones que mal podrían hacerse recaer sobre aquélla; y si no puede ni debe confundirse a la Compañía con la Nación, en cuanto a sus obligaciones, mal podría admitirse tal confusión en cuanto concierne a sus actividades y los proventos que con ellas obtenga.

...la Compañía no es un bien de la Nación. Esta es simplemente dueña de las acciones, y como tal, tiene su control administrativo que ejercita por medio de las asambleas... y percibe como accionista las utilidades liquidas correspondientes.

Esta posición jurisprudencial fue ratificada por la Sala Político Administrativa en sentencia del 18 de julio de 1985.¹⁸

Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir afirmando que las órdenes o instrucciones dictadas por el Presidente de la República, en modo alguno pueden sustituir la de los Directores y Administradores de la empresa. Normativamente a ellos se les ha atribuido una serie de funciones cuya finalidad es hacer rentable a la sociedad en un marco de licitud. No son simples autómatas que deban ejecutar cualquier orden emanada del Ejecutivo Nacional, pues a ellos también los asiste el llamado "derecho de examen", que consiste en revisar y desobedecer, en ciertos casos, las órdenes de sus superiores (incluyendo al Presidente de la República, salvo en la formulación y ejecución de políticas de Estado). Es en este sentido y a la luz del artículo 37 de la LOSPP, que girada una instrucción del Ejecutivo Nacional que ordene el pago, uso o disposición ilegal de los fondos o bienes de que sean responsables (los miembros del Directorio individualmente considerados, el Directorio como órgano colegiado o la Asamblea), deben advertir por escrito la ilegalidad de la misma, como única forma de eximirse de responsabilidad.

III. CONCLUSIONES

En fuerza de las disposiciones legales y consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que han quedado expuestas a lo largo del presente estudio, hemos de concluir:

¹⁸ Allan Brewer Carías y Luis Ortiz Álvarez. Ob. cit. Págs. 451-458.

1. El ilícito administrativo establecido en el artículo 37 de la LOSPP tiene como finalidad proteger los intereses patrimoniales de la República, regulando las situaciones derivadas del principio de jerarquía que es inherente a la Administración Pública Nacional.
2. Este ilícito exige, por una parte, un funcionario que en razón de sus funciones, tenga atribuida la administración, custodia o manejo de fondos o bienes que por cualquier título pertenezcan o correspondan a alguna de las personas señaladas en el artículo 4° de la LOSPP, y por la otra, a un funcionario que en razón de su posición dentro de la estructura integral del Estado, esté en capacidad jurídica de impartirle órdenes o instrucciones al primero de ellos, es decir, que en alguna forma dirija o supervise la actividad del funcionario ejecutor, excluyendo de esta forma las órdenes recibidas de quien no tenga competencia para hacerlo.
3. Las órdenes o instrucciones a que se refiere la norma, deben circunscribirse sólo a aquéllas que expresamente instruyan al subordinado a hacer un pago, uso o disposición indebida de los bienes o fondos de los cuales sea custodio o responsable en ocasión de las competencias que le hayan sido válidamente atribuidas por cualquier instrumento normativo.
4. Dado el supuesto de hecho (orden ilegal de un superior a un subordinado, respecto a los bienes de que éste es responsable) se genera, en principio, responsabilidad para ambos funcionarios, la cual además de la administrativa podría ser penal, cuando haya sido prevista como delito o falta, y/o civil, cuando esa situación ocasione una pérdida o menoscabo, perfectamente cuantificable, de los bienes o fondos de que se trate.
5. La norma prevé respecto al subordinado un tipo de obediencia legítima y debida, denominada obediencia reflexiva, como causal de inculpabilidad al exigir una oposición previa y por escrito a la orden recibida, donde se exprese los motivos de la presunta ilegalidad, como único medio posible para el relevamiento de responsabilidad del subordinado ejecutor y su traslado total al superior que impartió y ratificó la misma.
6. Se considera necesario (aun cuando la norma expresamente no lo exige), la ratificación por escrito por parte del superior jerárquico de la orden objetada.

7. Dado la confusa redacción de la norma, es recomendable la concatenación de este ilícito con otras normas referidas a la administración, custodia o manejo de fondos o bienes públicos, que señalen en forma clara y precisa, el destino o utilización que corresponda legalmente otorgarle a los mismos.
8. La declaratoria de responsabilidad administrativa por la comisión de este ilícito lleva consigo la imposición de la multa contemplada en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sólo si los hechos ocurrieron con posterioridad al 1° de febrero de 1996, con los ajustes derivados de la aplicación de la Ley que establece el factor de cálculo de contribuciones, garantías, sanciones, beneficios procesales o de otra naturaleza, en leyes vigentes. (Gaceta Oficial N° 36.362 de fecha 26 de diciembre de 1997). En caso contrario, se deberá imponer la sanción pecuniaria contemplada en el artículo 42 de la LOSPP.
9. Sólo a los fines de este ilícito en la Industria Petrolera, Petroquímica y Carbonífera Nacional, se debe considerar superior o superiores jerárquicos respecto al Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A. al Directorio, colegiadamente considerado, la Asamblea de Accionistas y, eventualmente, al Presidente de la República, ello en virtud de lo establecido en las Cláusulas Trigésima Cuarta, numeral 3, Décima Sexta y Vigésima Tercera del Acta Constitutiva de esa empresa, así como del artículo 190, ordinal 12° de la Constitución de la República.

FUENTES CONSULTADAS

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Los Delitos Contra la Cosa Pública en la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.* Colección Textos Legislativos N° 2. Tercera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989.

Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tercera Edición. Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV.

BREWER CARÍAS, Allan. *La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.* Colección Textos Legislativos N° 2. Tercera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989.

- BREWER CARÍAS, Allan y ORTIZ ÁLVAREZ, Luis. *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. 1961 - 1996.
- CASTILLO BLANCO, Federico. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Editorial Civitas. Primera Edición. Madrid, 1992.
- GIRÓN RAMÍREZ, Siebel. *Antecedentes históricos jurídicos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*. Colección Medio Siglo de la Contraloría General de la República. Serie estudios Jurídicos.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas*. II Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías. Editorial FUNEDA. Caracas, 1996.
- RODRÍGUEZ FALCÓN, Joaquín. *Los deberes y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*. Paredes Editores. Caracas, 1985.
- ROJAS, Jesús David. *Proceso de apertura petrolera a la luz del artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*. Revista de Control Fiscal N° 132. Contraloría General de la República. Caracas, 1995.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegar. *Conferencia dictada con ocasión de las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer Carías"*. Caracas, 1996.
- SOSA GÓMEZ, Cecilia. *La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria. Las formas de la administrativa*. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer Carías". Ediciones FUNEDA. Caracas, 1996.
- Código de Comercio*. Gaceta Oficial N° 475 Extraordinario del 21 de diciembre de 1955.
- Código Penal Venezolano*. Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario del 30 de junio de 1964.

Ley Orgánica que Reserva al Estado, la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. Gaceta Oficial N° 1.769 Extraordinario del 29 de agosto de 1975.

Decreto N° 1.138. Creación de Petróleos de Venezuela. Gaceta Oficial N° 1.170. Extraordinario del 29 de agosto de 1975.

Ley Aprobatoria de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Gaceta Oficial N° 31.256 del 14 de julio de 1977.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1° de julio de 1981.

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Gaceta Oficial N° 3.777 Extraordinario del 23 de diciembre de 1982.

Constitución Nacional de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 3.224 Extraordinario del 24 de julio de 1983. Reimpresión en Gaceta Oficial N° 3.251 Extraordinario del 12 de septiembre de 1983.

Estatutos de Petróleos de Venezuela. Gaceta Oficial N° 33.336 del 25 de octubre de 1985.

Contraloría General de la República. Dirección General de Control de la Administración Descentralizada. Dirección de Averiguaciones Administrativas. Decisión. Gaceta Oficial N° 4.954 Extraordinario del 16 de agosto de 1995.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Gaceta N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 7 de mayo de 1975. Gaceta Forense N° 48, 2da. etapa.

**EL MERCADO INTERNO DE LOS PRODUCTOS
DERIVADOS DE HIDROCARBUROS EN VENEZUELA:
SU RÉGIMEN LEGAL**



GERMÁN ACEDO PAYÁREZ

Abogado (1964), Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en Princeton (1966) y Michigan (1967). Profesor de la UCV, UCAB y UNIMET. Actualmente dicta cursos de Postgrado en la UCV y en la UNIMET, en materia de Gerencia de Impuestos, Legislación Fiscal y Tributaria. Columnista de *Economía Hoy*. Asesor de diversos organismos económicos empresariales desde 1970. Autor de numerosas publicaciones, donde destacan Jurisprudencia Petrolera, Derecho Tributario Municipal Venezolano. Fundador de la Cátedra de Tributación Municipal en la UCAB (1978). Ha sido director de empresas del Grupo Royal Dutch Shell, Consultor Jurídico del Banco Mercantil (1980-1988), Consultor Jurídico de Cervecería Polar, C.A. (1988-1995) y socio de Bentata, Hoet & Asociados, donde se desempeña actualmente como asesor. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

El mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos en Venezuela: su régimen legal

Germán Acedo Payárez

I. INTRODUCCIÓN

La explicación de los temas jurídicos seleccionados en esta ocasión, presupone el análisis de tópicos de Derecho Petrolero o, si se prefiere, de la “Legislación de Hidrocarburos” venezolana *lato sensu*; de Derecho Administrativo, Mercantil y Constitucional, en el mismo orden; de Economía, que se configura como ciencia —con un objeto determinado— en el siglo XVIII, de Finanzas Públicas y de Contabilidad, ciencias estas tres últimas respecto de las cuales el abogado universal ha de continuar mostrándose vigilante, observador y estudioso, pudiendo siempre alterarse el orden de los elementos que integran el trípode que le servirá de soporte al ejercicio de su carrera profesional cada día más competitivo y, por ende, más interesante. No se incluye el aspecto tributario, dado que uno de sus más relevantes ingredientes, i.e., el “impuesto especial” de manufactura y refinación, “de consumo” como se le denomina, previsto en el artículo 43 de la Ley de Hidrocarburos ha sido examinado en ensayo publicado por el autor, en el Tomo 43 de *Repertorio Forense*, a cuyas páginas 67 y ss. nos permitimos remitir al lector interesado, advirtiéndole que, desde el punto de vista legislativo, dicha publicación puede considerarse actualizada, toda vez que de manera que juzgamos acertada, no se han introducido modificaciones legales en esta fundamental materia. Una de las características deseables de la tributación, o de un “sistema tributario” si se prefiere, es su vocación de permanencia, con los ajustes imprescindibles.

Consecuente con la política de no introducir modificaciones en cuanto al régimen de los impuestos especiales previstos en la Ley de Hidrocarburos, los “acuerdos” soberanos del Congreso relacionados con el proceso de la “apertura petrolera” que se adelanta en el país, han juzgado procedente que las empresas participantes sean consideradas en algunos supuestos particulares previstos en los contratos aprobados por dichos “acuerdos”, en la condición de “sujeto pasivo” de algunos de dichos impuestos —el de explotación o “regalía”, más concretamente—, hecho o circunstancia que no debería llamar demasiada atención del intérprete, por cuanto en primer lugar, así lo acordó de manera clara, indubitable y expresa, el Congreso de la República y, en adición, ello fue aceptado por las empresas concurrentes al mencionado proceso y que ulteriormente fueron seleccionadas con base en sus mejores ofertas.

El intérprete de la Ley no ha de empeñarse en tratar de hallar: (i.) “lo que pudo haber sido”, (ii.) ni “lo que resultaría más lógico”, (iii.) ni “si proceden o no otros impuestos especiales diversos de los nombrados en forma concreta en algún Acuerdo”, (iv.) ni “si procede su exigibilidad cuando el legislador no los incluyó en un determinado acuerdo”; sino la realidad objetiva en toda su concreción, de las operaciones económicas en las cuales participan o intervienen las empresas del Estado y las del sector privado, en procura del beneficio del país y para la mejor defensa, protección y conveniencia de los derechos del Estado.

En adición, se observa que en el caso concreto, ambas partes, expertas en negociaciones de esta naturaleza, resolvieron de buena fe acogerse con lealtad a la aplicación de un determinado “tributo” establecido por el legislador, hecho o circunstancia que garantiza la efectividad del básico principio de legalidad en materia tributario previsto en el artículo 224 de nuestra Constitución. ¿Qué argumento jurídico podría arbitrarse en contra, o en desmedro de tal libre determinación adoptada por ambas partes?, ¿causa ilícita?, ¿orden público?, ¿infracción constitucional?, ¿a quién perjudica o lesiona?

Diferente en extremo sería el caso bajo análisis, si una vez suscritos los convenios, o durante su debida ejecución, se pretendiese someter a las empresas signatarias al pago de una obligación tributario o de otra naturaleza, no asumida, o no prevista en la Ley conforme con la cual se suscribió el contrato, para su situación específica. Obviamente, si el respectivo “Acuerdo” del soberano Congreso, no lo previó, entonces tampoco puede aspirarse a exigirlo, a menos de que ambas partes del co-

respondiente convenio así lo resolvieren, independientemente también del hecho de que, en cualquiera de los casos examinados, la empresa contratista sea o no titular de “asignaciones” y por ende posea la cualidad jurídica de “asignataria” conforme con la Ley. La tesis precedente es válida, en nuestra opinión, independientemente del criterio que se sustente acerca de la naturaleza jurídica de los “impuestos especiales” previstos en la Sección Séptima del Capítulo I de la Ley de Hidrocarburos (artículos 38 al 51, ambos inclusive). En efecto, es sabido que los autores venezolanos de manera tradicional no han sostenido un criterio uniforme en cuanto a dicha naturaleza, sino dos tesis enteramente opuestas:

1. Carácter de auténticos “impuestos”, como les califica la propia Ley que los crea o instituye, y
- ii. Naturaleza contractual o convencional, en cuyo caso nos hallaríamos ante cánones de dicha especie, hipótesis esta última no compartida por el autor del presente trabajo.

Existe una razón muy poderosa. El carácter “tributario” protege o favorece los derechos del Fisco, del Estado venezolano y tiende a proteger el elemento “seguridad jurídica”. Ésta es una materia bastante delicada, que no puede ni debería examinarse sin tener en cuenta las consecuencias y derivaciones de una u otra opinión, independientemente del mérito científico que pudiera asignárseles o reconocérseles. Asignarle, si se pudiese, carácter “contractual” a unas figuras jurídicas que durante casi un siglo la legislación especial en forma ininterrumpida calificó de “tributos”, y fueron y han sido tratadas como tales a todos los efectos, equivaldría tanto así como a que el Estado venezolano renunciase a sus facultades de inspección, control y fiscalización, que le otorga o concede el Código Orgánico Tributario y pasar la materia, a la jurisdicción civil (¡sic!). ¡Tan descabellado como sustituir, parcial o totalmente, el aporte fiscal de PDVSA y sus empresas, por la distribución de “dividendos”!

La crematística (del griego *chrematistiké*, también femenino de *kós*, de *chrematízomai*, negociar, traficar, enriquecerse. “Economía Política”. Según algunos autores, Antonio de MONTCHRÉTIEN (1575 ? - 1621), fue quien primero denominó así a la ciencia de la economía en 1615, en su “*Traité de l' économie politique*”. ARISTÓTELES (384 - 322 a. de C.), “a quien muchos siguen hoy considerando el primer filósofo del mundo, poseyó una de las pocas mentes verdaderamente enciclopédicas aparecidas en el transcurso de la historia de Occidente, una

singular combinación de capacidad filosófica y penetrante poder de observación”, conforme con la opinión de Dagobert D. RUNES, en su “Historia Ilustrada de la Filosofía”; distinguió dos “crematísticas” o “formas de enriquecerse”: a) una natural o moralmente justa, basada en la producción de bienes, para lo cual era lícito el empleo de esclavos, i.e., “los hombres que por naturaleza no son suyos, sino de otros” según la definición de “el Estagirita” quien justificó la esclavitud “ como institución necesaria para la vida social”, por cuanto “los empresarios no podrán prescindir de los obreros y los señores de los esclavos, mientras los instrumentos no puedan trabajar por sí solos en virtud de una orden recibida, es decir, mientras la lanzadera (instrumento utilizado por los tejedores para tramar), no corra sola por el telar tejiendo por sí misma, y el arco no toque por sí solo la cítara...” (instrumento músico, especie de lira, en un principio de forma elipsoide prolongada y posteriormente otras muy variadas, muy en boga entre los antiguos griegos), según nos refiere el autor Enrique LUÑO PEÑA, en su magnífica “Historia de la Filosofía del Derecho”; y, b) otra no natural, que obtenía sus beneficios por intermedio del préstamo de dinero con intereses y los negocios en general (paréntesis nuestros).

El pensamiento del medioevo occidental, de esencia profundamente religiosa, se expresó en dos formas o modalidades: a) en la teología (conocimiento de Dios y de la religión cristiana) y, b) en la filosofía (conocimiento del mundo y de los hombres), ambas disciplinas íntimamente unidas, consideradas de un origen común mas la segunda servidora de la primera, según expresión de SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225 ? - 1274).

La filosofía escolástica, que alcanzó su plenitud en el siglo XIII, retomó a ARISTÓTELES y desarrolló la teoría del “justo precio”, para cada bien, tratando así de poner fin al lucro no productivo. Durante el extenso período 1450 - 1750, estuvieron en boga las políticas mercantilistas de Inglaterra, España y Francia que preconizaban la explotación de los yacimientos mineros, la prohibición de exportación de metales, la reducción de las importaciones, el fomento de las exportaciones y la organización y reglamentación de la industria. Fue su idea fundamental que el Estado se enriqueciera al máximo por medio de la acumulación de los metales preciosos (oro y plata) y así poder obtener una balanza comercial favorable, o sea, entre la relación de los pagos por las importaciones y los ingresos derivados de sus exportaciones. A partir de 1750 apareció

la primera teoría económica propiamente dicha: la fisiocracia de los autores franceses, base científica de la economía moderna. “Laissez faire, laissez passer”. QUESNAY (1694 - 1774), TURGOT (1727 - 1781), MIRABEAU (1715 - 1789). Fisiocracia = “gobierno de la naturaleza”. Por ende, para estos pensadores, la fuente del valor es y será la agricultura cuyos orígenes pareciesen remontarse a la China, el país agricultor más antiguo y cuya profesión fue considerada tradicionalmente como la más honrosa de todas. Los metales preciosos cuya explotación marcó un hito en la historia de la humanidad, según esta doctrina, no constituyen la riqueza por excelencia y, en adición, el dinero es estéril e incapaz de producir, puesto que apenas sirve para adquirir otros bienes. Estas ideas prevalecieron en Europa hasta el siglo XIX. Surgió luego la doctrina liberal de la escuela clásica en la Gran Bretaña. SMITH (1723 - 1790), MALTHUS (1766 - 1834) y RICARDO (1772 - 1823), ocuparon el espacio desde finales del siglo XVIII, hasta principios del siglo XIX, con su tesis del *homo oeconomicus*, que perseguiría únicamente su propio interés. La siguió en el tiempo la teoría económica marxista de los profetas o planificadores alemanes del comunismo, MARX (1818 - 1883) y ENGELS (1820 - 1895), y su sueño de una sociedad socialista, una vez derrocado el estado de derecho liberal burgués. “Lo que realmente domina la unidad de pensamiento de MARX, es su concepción de la historia, según la cual las formas de producción económica determinan la formación de la sociedad humana y la conciencia de sus miembros, con sus ideas y valores”. (RUNES, opus cit.). No es su teoría de la concentración de riqueza ni su condena de la “explotación del hombre por el hombre”. El Estado termina por desaparecer. Las teorías del “marginalismo”, por su parte, nos muestran que “el valor de un bien depende de la utilidad de la última unidad disponible, llamada unidad marginal”. “Un primer trozo de pan es más útil que un segundo, el cual es más útil que un tercero”. “El último trozo (que es marginal) tiene un valor psicológico menor y —continúa PAULET—, tiende a cero a medida que se satisfacen sus necesidades”. Marginalismo y sus seguidores de finales del siglo XIX, fueron los economistas neoclásicos de los cuales se separó KEYNES (1883 - 1946), “el pequeño profeta”, por no haber podido resolver la crisis de 1929 y sus graves consecuencias (todavía en 1933 había más de 17 millones de trabajadores sin empleo), y su teoría del “crecimiento económico, concepto más preciso y menos amplio que el de “desarrollo económico”, según nos explica SABINO.

La “globalización” con sus ventajas e inconvenientes aun por determinar —como cualquier otro de los sistemas anteriores y de cualquier otro futuro que pudiese inventar el ser humano en uso de su increíble capacidad—, e íntimamente conectada con ésta, los “procesos de apertura” y, dentro de ella, en Venezuela, la petrolera, que se inicia durante los años 1991 y 92, modelo en su género e incita a ésta última especialidad, la apertura del mercado interno de algunos productos derivados de hidrocarburos, materia sobre la cual precisamente versa nuestro trabajo. Hemos de referirnos también en este rapidísimo bosquejo introductorio, a la “ciencia de las finanzas”, que no podría ser otra cosa que las “finanzas públicas”, que tienen como objeto, según el profesor Héctor B. VILLEGAS, en su “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, “el estudio valorativo de cómo y para qué el Estado obtiene sus ingresos y hace sus erogaciones”, definición de dos líneas que incluye los necesarios requisitos de “claridad, exactitud y precisión”. Finalmente, el primer sistema de “contabilidad por partida doble” es atribuido al matemático y religioso italiano PACIOLI (1445-1509), en su libro “Summa de arithmetica, geometría, proportionatibus et proportionalitate” que tuvo apreciable influencia en la enseñanza de las matemáticas en el siglo XVI. En 1494 se utilizó el primer modelo impreso de teneduría de libros por partida doble (“no hay deudor sin acreedor” y viceversa, de donde aparece que cada operación implica una doble anotación: una en el Debe o parte izquierda de una o varias cuentas y otra en el Haber o parte derecha de otra o de otras), método por excelencia base de la contabilidad moderna, incluido en el tratado de PACIOLI (También conocido por Luca di BORGO).

II. RÉGIMEN LEGAL VENEZOLANO DEL MERCADO INTERNO DE LOS PRODUCTOS DERIVADOS DE HIDROCARBUROS

El proceso industrial de refinación del petróleo, actividad básica de carácter técnico, no nos suministra los denominados “productos” comerciales. Aníbal R. MARTÍNEZ (“Diccionario del Petróleo Venezolano”, en su edición del año 1984), define “mercado interno”, en sentido lato: “Demanda y oferta de productos dentro del país”. Si fuésemos más específicos a los fines que nos conciernen, y a partir (de dicha definición, podríamos afirmar que se trata, en nuestro caso, (de la “demanda y oferta de productos derivados de hidrocarburos en el país”. A este último efecto, recordaremos que la “demanda” podría ser definida generalmen-

te por la cantidad de un producto o servicio que será adquirida a un precio determinado y no el simple deseo de una cosa (bien, jurídicamente) y la “oferta”, la cantidad de productos o servicios que ingresará en el mercado, a diferentes precios, en un momento dado.

Por “mercadeo interno”, a su vez, hemos de comprender una actividad íntimamente relacionada con el “mercado”, pero de diverso contenido: la actividad económica de carácter comercial, consistente en la “distribución” de productos derivados de hidrocarburos, bien sea desde su lugar de producción (actividad industrial de refinación) o desde los puertos de importación destinados a los consumidores que desearan adquirirlos y destinados para su consumo en el territorio nacional. Nuestro estudio versa tanto sobre el “mercado interno” (“local market”) como sobre la “actividad de distribución” que hemos llamado “mercadeo” (“marketing”). En realidad y en cuanto a los instrumentos legales constituidos por el Decreto Ejecutivo N° 187 del 3 de noviembre de 1964, la “Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de Hidrocarburos (1973), generalmente llamada “Ley de Mercadeo Interno”, y la “Ley Orgánica (de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos para Uso en Vehículos Automotores” (1998), generalmente llamada “Ley de Mercadeo”; ocurre que todos ellos se contraen en una u otra forma al denominado “mercadeo interno”, término que en nuestro caso incluye aunque no se le mencione de manera expresa, la “actividad de mercadeo” que se realiza en dicho mercado. “Mercado”, según los autores ESTEVES, en su “Léxico Financiero Bancario” Editorial Mobilibros, Caracas, 1993 “más que un sitio físico donde se encuentran vendedores y compradores de un producto representa un proceso en donde se fijan los precios por los vendedores y compradores de un producto”, acertada conceptualización de naturaleza económica. Por su parte, la Ley de Hidrocarburos de 1943 (con sus reformas parciales de 1955 y 1967), hoy parcialmente vigente, es de advertir que no contemplaba una “concesión de mercadeo de hidrocarburos”. Cfr. este último punto con los artículos 1° de la “Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos” de 1975 (LOREICH), de la Ley de Mercadeo Interno (1973) y de la citada Ley Orgánica de 1998. El artículo 1° de la LOREICH, por el contrario, se contrae “...al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas...” La actividad de mercadeo la realizaron los anteriores concesionarios, basado en la idea del “aprovechamiento” (“utilización de una cosa”, “obtención de un beneficio de la misma”,

“percepción de frutos, productos u otras ventajas” conforme a Manuel OSSORIO), “aprovecharlas una vez extraídas”, que le reconoce la Ley de Hidrocarburos en diversas disposiciones (artículo 26, por ejemplo).

III. SU DESARROLLO LEGAL DURANTE EL EXTENSO PERÍODO HISTÓRICO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1964 - 1998. ALCANCE, SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES ATINENTES AL MERCADO INTERNO. INTERPRETACIONES

Es conveniente proseguir nuestro estudio haciendo una comparación, aun somera, entre los aludidos tres instrumentos legales (i.e., promulgados durante los años 1964, 1973 y 1998, respectivamente), de profundo significado tanto jurídico como económico entre nosotros durante más de 30 años y cuyo antecedente se remonta al año 1964, en cuanto concierne al área específica del mercado interno (por oposición al internacional), de los productos derivados de los hidrocarburos.

Para ello nos referiremos, en primer lugar, al Decreto Ejecutivo N° 187 del 3 de noviembre de 1964. Luego, a la “Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de los Hidrocarburos” de 1973 (en algunas ocasiones Ley de 1973 en otras Ley de Mercadeo) y, finalmente, a la “Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos para Uso en Vehículos Automotores” de 1998 (en lo adelante, el texto o la Ley de 1998), advirtiendo a los lectores que los originales de esta publicación fueron entregados al editor durante la primera semana del mes de octubre de 1998.

A. El Decreto Ejecutivo N° 187 del 3 de noviembre de 1964

Este Decreto (G.O. N° 27.583 del 3 de noviembre de 1964) invoca en su apoyo una interesante fundamentación legal base cual habría sido expedido: normas constitucionales (artículos 190, ordinal 10°, 136, ordinal 10°, 98 y 97); disposiciones atinentes al régimen de suspensión de garantías entonces vigente (Decreto N° 674 del 8 de enero de 1962); y disposiciones de la Ley de Hidrocarburos (artículos 1° y 68). (a) Establecimientos de expendio permitidos: Su artículo 1° establecía que sólo “podrán efectuar el expendio de productos derivados de hidrocarburos las personas naturales o jurídicas que hayan previamente obtenido el

permiso del Ministerio de Minas e Hidrocarburos (en lo adelante, MMH), así como los permisos municipales y otros que sean procedentes. Las empresas refinadoras no podrán suministrar dichos productos a quienes no tengan los permisos a que se refiere este artículo". (b) Aprobación de traspasos: De manera adicional, el Decreto sometía los traspasos de instalaciones para expender productos, a la previa aprobación del MMH (artículo 2°). (c) Determinación por el MMH de los lugares específicos donde las empresas de hidrocarburos podrían construir nuevos establecimientos y del establecimiento de "cuotas" a ser cumplidas por las empresas concesionarias: El MMH indicaría (i) los lugares donde serían construidos los nuevos establecimientos de expendio y (ii) "las cuotas correspondientes a las empresas distribuidores de esos productos en el mercado nacional" (artículo 5°). (iv) Ejercicio de la facultad de reserva constitucional atribuido al MMH: El MMH podía "reservar" al Estado, a través de la CVP, la prestación del servicio de expendio, en determinadas áreas (artículo 7°). (v) El Plan de la Nación y las metas de la CVP: A los fines de que la CVP alcanzase la parte alícuota en el abastecimiento de productos que le atribuyese el denominado "Plan de la Nación", las empresas concesionarias de hidrocarburos debían cederle a la CVP los establecimientos necesarios (artículo 9°). Podría afirmarse, pues, que desde la década de los años sesenta comenzó en nuestro país una cada vez mayor intervención del Estado, en las actividades de las empresas de hidrocarburos y se hizo uso de la facultad de "reserva" que prevé el artículo 97 de la Constitución. Este proceso concluyó en 1975, al promulgarse la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), con la cual el Estado agotó su capacidad de reserva, en materia de hidrocarburos. Un año antes lo había hecho en el caso de la explotación del mineral de hierro. Fueron once años durante los cuales las relaciones Estado - Empresas se fueron haciendo cada vez más tirantes y tensas, habida cuenta de las nuevas restricciones y/o obligaciones establecidas a partir de 1964, en cabeza de las empresas concesionarias cuyos títulos comenzarían a vencer a partir del año 1983. Treinta años después de haberse iniciado los mencionados procesos de intervención, es forzoso reconocer que en la inmensa mayoría de los casos resultaron inútiles, desde un punto de vista jurídico, los recursos legales ejercidos por ante los Tribunales de la República, por las empresas concesionarias de hidrocarburos. El fundamental elemento "seguridad jurídica" comenzó a agrietarse en nuestro país, de manera cada vez más notable, no sólo para las empresas petro-

leras, sino para la generalidad de las personas. No es que las ideas y nuevas disposiciones se caracterizasen por su anomalía *per se*. Fue pura y simplemente que no se compadecían con el régimen legal de los concesionarios, cuyo estatuto no puede mortificarse unilateralmente. Advertimos claramente acerca de estos hechos desconocidos por la inmensa mayoría de los venezolanos. ¡Cuidemos nuestra “apertura petrolera” y cualquier otro proceso donde intervengan inversionistas del exterior o de nuestro país!

B. La “Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de los Hidrocarburos” de 1973

Transcribimos seguidamente el artículo 4° del texto legal promulgado durante el régimen de las concesiones de hidrocarburos extinguido el 31 de diciembre de 1975, conforme con el artículo 1° de la LOREICH:

Se declaran como artículos de primera necesidad los productos señalados en el artículo 1° de esta Ley. En consecuencia, el Ejecutivo Nacional regulará y fijará los precios de esos productos, al por mayor y al detal, así como también los fletes para su transporte, mediante resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos [actual Ministerio de Energía y Minas, MEM].

Esta norma legal se caracteriza, entre otros particulares, por lo siguiente:

- a. Contener una declaratoria de “artículos de primera necesidad” recaída respecto de los “productos derivados” expresamente incluidos en el artículo 1° de la Ley de 1973: “(i) combustibles, (ii) gases de petróleo licuado (GPL), (iii) aceites, (iv) lubricantes, (v) grasas, (vi) solventes, (vii) ligas para sistemas de frenos, (viii) fluidos para sistemas hidráulicos, (ix) petrolatos, (x) parafinas y (xi) asfaltos”; única y exclusivamente, de donde aparece que no le está permitido al intérprete incluir cualesquiera otros productos similares, análogos o parecidos, que no califiquen exactamente dentro de las denominaciones (once) expresamente indicadas por el legislador venezolano. El término “combustibles”, por el contrario, está empleado en sentido amplio, de donde aparece que cualquier “combustible” podría ser incluido en esta categoría, —obviamente— estemos realmente en presencia de “un combustible derivado de hidrocarburos”, de donde resulta que

dicho término (combustible) constituiría el “género” y el producto, la “especie”. “Combustible”, en química, en sentido general, es “todo cuerpo susceptible de combinarse directamente con el oxígeno u otro comburente (esto es, la sustancia que provoca la combustión. El cuerpo comburente más activo es el oxígeno). Se sugiere que en textos legales de esta naturaleza, se introduzcan definiciones aportadas por los técnicos o expertos que deberían asesorar al Congreso de la República y al propio Ejecutivo Nacional. Así, por ejemplo, el antes citado término “petrolatos”, es interpretado en formas no coincidentes.

- b. Consecuente con la susodicha declaratoria de “artículos de primera necesidad”, el Ejecutivo Nacional quedó facultado para “regular” y “fijar” los precios (no los fletes, ver infra literal c) de los productos, para su suministro tanto al mayor como al detal.
- c. De igual manera, para establecer “los fletes para su transporte”. La palabra “flete” posee su origen en el idioma alemán *fracht*. En América, “precio del alquiler de una nave o de otro medio de transporte”. El autor SABINO define el término “flete”: “Pago por el transporte marítimo de una mercancía; actualmente el término se usa en un sentido más amplio, incluyendo los pagos por el transporte aéreo o terrestre”. En realidad, la palabra “flete” se ha venido aplicando entre nosotros al transporte terrestre durante más de medio siglo. CABANELLAS coincide con lo aseverado por el autor SABINO: “En América, precio del alquiler de un medio de transporte cualquiera, sea marítimo o terrestre”. “El transporte —de acuerdo con el profesor BROSETA PONT—, constituye una actividad económica esencial, mediante la cual se aproximan las materias primas a los centros de producción y de éstos los productos manufacturados a los centros de distribución y a los consumidores”.

“El negocio jurídico por el que se hace posible la explotación de esta actividad económica —continúa el profesor BROSETA PONT—, es el contrato de transporte, mediante el cual un empresario se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro mediante precio y por un medio de locomoción determinado”. “En el transporte encontramos la trilogía característica de la materia mercantil: empresario, empresa y actividad”, concluye el mismo catedrático.

Nuestro Código de Comercio (1955), por su parte, define el contrato de transporte, a cuyo efecto afirma que el mismo “tiene lugar entre el

expedidor o remitente, que da la orden de transporte, y el empresario que se encarga de hacerlo efectuar en su nombre y por cuenta de otro, o bien entre alguno uno de ellos y el porteador que se encarga de efectuarlos". "Se designa con el nombre de porteador —concluye la norma—, al que se encarga, de cualquier modo que sea, de efectuar o hacer efectuar el transporte" (artículo 154) disposición esta última que regula el denominado "transporte terrestre".

La primera facultad (b) le permitió al Ejecutivo Nacional determinar los "precios" de los productos expendidos "al mayor" y "al detal", lo cual habría de traducirse en la regulación de los precios de venta en las operaciones de ambas modalidades (mayor y detal), cumplidas tanto en las denominadas "plantas de distribución" de la propiedad de las empresas refinadoras, como en las estaciones de servicio (E/S), ambas inclusive, disponiéndose así de un estricto control de parte del Estado venezolano, de las operaciones comprendidas desde la venta (al mayor) en las dichas plantas, incluyendo el expendio (al detal) al público consumidor final de las especies, quedando así comprendidas todas las fases de su comercialización en el mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos.

La segunda facultad (c) en materia de fijación de los "fletes para su transporte", se refería al transporte cumplido entre (a) las refinerías de las operadoras y las plantas de distribución, también de la propiedad de las mismas operadoras desde 1976, y (b) entre las plantas de distribución y las estaciones de servicio.

Por intermedio del mecanismo de los "fletes" (máximos) a ser reconocidos a las empresas propietarias de los servicios de transporte terrestre cumplido mediante la utilización de los denominados camiones-cisternas, se regulaba la participación económica (máxima) de las empresas transportistas derivada de los servicios prestados para el acarreo del combustible desde las refinerías hasta los centros de expendio al público (E/S). En otras palabras, todo el circuito de su comercialización estuvo largo tiempo sometido a un mecanismo "cuasi-policial", donde la intervención del Estado venezolano fue realmente notable, por los numerosos males y problemas de diversa naturaleza que plantea y conlleva generalmente la intervención estatal en materia económica y contractual.

De tiempo en tiempo, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos (creado por el Estatuto Orgánico de Ministerios de fecha 30 de diciembre de

1950 y luego de Energía y Minas, instituido por la Ley Orgánica de la Administración Central del 28 de diciembre de 1976, reformada parcialmente por Ley del 5 de agosto de 1985 y, también en forma parcial por Ley del 30 de diciembre de 1986) procedían a dictar las respectivas Resoluciones por cuyo intermedio se establecían con carácter obligatorio, para su aplicación en el territorio nacional, tanto los “precios”, como los “fletes” a los cuales nos venimos refiriendo. La determinación oficial, tanto de los “precios” de los “fletes” como de los “fletes” mismos, dio lugar a numerosas reclamaciones del sector privado que participaba en estas importantes actividades.

Las reclamaciones versaban, generalmente, sobre los “precios” (?) y los “fletes” instituidos unilateralmente por el sector oficial. Los únicos que no reclamaban eran los consumidores de los combustibles y productos, pues realmente los precios se mantuvieron exageradamente bajos, sin ninguna relación con la realidad y mucho menos con los precios internacionales, apreciablemente superiores. El “contrabando de extracción” fue una de las numerosas consecuencias de la ruinosa intervención del Estado venezolano en esta materia. Los países vecinos tomaron apreciable ventaja de ese contrabando, en evidente perjuicio nuestro, durante largos años.

La acción de nuestras autoridades se produjo tardíamente. Para entonces, ya los daños causados a nuestro país eran irreversibles, “cuasi-obsequiamos” (¡dádivosos como siempre!), un valioso producto que se ha podido vender a precios muy superiores, en los mercados internacionales; y se permitió, en adición, el indebido enriquecimiento de las personas que intervenían en una u otra forma, de uno u otro lado, dentro del mencionado “contrabando de extracción”. ¡Increíble pero rigurosamente cierto!

El contrabando de extracción implicaba fraudes fiscales de inmensa consideración. En efecto, el combustible así extraído del territorio nacional, pagaba el denominado impuesto de manufactura o refinación (llamado “de consumo”) previsto en el artículo 43 de la Ley de Hidrocarburos. En realidad, ha debido cancelar los denominados “valores fiscales de exportación” (*fiscal export prices*, “fep’s”) del impuesto sobre la renta, por valores muy superiores que hubieran ingresado al fisco nacional, no así el impuesto de consumo, por cuanto se trataba, en realidad, de ventas internacionales. En otras palabras, nuestros preclaros gobiernos alegremente renunciaron a “fep’s” (por montos exorbitantes) y recibieron “im-

puesto de consumo” por cantidades irrisorias e impuesto sobre la renta calculado sobre ingresos en bolívares como correspondía hacerlo con las denominadas “ventas locales”. Adelante.

Artículo 6º: “El Ejecutivo Nacional mediante Resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, fijará el volumen de los productos que debe suministrar cada empresa, los precios al por mayor y los fletes para su transporte a través del territorio nacional, tomando en cuenta las zonas del consumo y la distancia de éstas, con la ubicación de las refinerías, plantas de manufactura o elaboración y centros de distribución”.

Esta norma legal nos ofrece los siguientes particulares básicos o fundamentales:

- a. Autorizaba al Ejecutivo Nacional para determinar “el volumen de los productos que debe suministrar cada empresa”, de donde puede colegirse el establecimiento de una “obligación de suministro”, primero, en cabeza de las antiguas empresas concesionarios (hasta 1975, inclusive) y luego, a partir de 1976, en cabeza de las operadoras. ¿Cuál fue el origen de dicha *sui géneris* “obligación de suministro”?

Las leyes de hidrocarburos que rigieron a los concesionarios y posteriormente a las operadoras, siendo la parcialmente vigente en la actualidad, en cuanto no colidiere con la LOREICH, la de 1943, a su vez parcialmente reformada en los años 1955 (exploraciones libres o superficiales) y 1967 (para dar cabida a la denominada etapa de los contratos de servicio del Sur del Lago de Maracaibo, firmados en julio de 1971), no preveían tal “obligación de suministro”. La “obligación de suministro” tuvo su origen en el anteriormente citado Decreto Ejecutivo N° 187 del 3 de noviembre de 1964.

- b. De igual manera, para establecer los precios al por mayor de los productos derivados de hidrocarburos obtenidos en las refinerías.
- c. También se facultaba para señalar, igualmente con carácter obligatorio, los “fletes” para su transporte.
- d. En materia de los referidos “fletes”, la norma bajo análisis ordenaba tomar en consideración, de manera acertada a nuestro parecer, “las zonas del consumo y la distancia de éstas, con la ubicación de las refinerías, plantas de manufactura o elaboración y centros de distribución”. En otros términos, los “fletes” no eran uniformes sino diferenciales.

¿Por cuáles razones, puede preguntarse el intérprete, el legislador de 1973, estableció dos normas (los artículos 4° y 6°, respectivamente), para regular materias de contenido diverso en sus encabezamientos y aparentemente coincidentes o similares en el resto de sus correspondientes articulados?

La diferencia más resaltante entre ambas disposiciones legales es que el artículo 4° de la Ley de 1973 contiene, en su encabezamiento, una declaratoria de contenido general, que considera “artículos de primera necesidad”, todos los productos derivados de hidrocarburos, mientras que artículo 61, por su parte, se hace notorio por haber instituido, en primer lugar, igualmente en su propio encabezamiento, una “obligación de suministro” de combustibles, exigible a las empresas refinadoras existentes para 1973. Tales serían, pues, las materias de contenido obviamente no coincidente, por su propia naturaleza, previstas en los citados artículos 4° y 6° de la Ley.

Continuemos la necesaria comparación entre los artículos 4° y 61 de la Ley de 1973, y a tal fin se observa:

Como consecuencia de la declaratoria de “artículos de primera necesidad”, de los combustibles y demás productos taxativamente (*numerus clausus*) indicados en el artículo 1° de la Ley, el artículo 4° faculta al Ejecutivo Nacional para fijar sus precios tanto al “por mayor como al detal”, así como también los “fletes para su transporte”, declaratorias ambas de contenido amplio y general.

En efecto, quedaban comprendidos dentro de los lineamientos del artículo 4°, en primer término, la totalidad de los precios (al mayor y al detal) de los mencionados combustibles y demás productos y, en segundo término, cualesquiera “fletes” directamente relacionados con el acarreo o conducción de los productos derivados de hidrocarburos incluidos de manera expresa en el artículo 1° de la Ley.

El artículo 6° *ejusdem* se contrae, por su parte, de manera exclusiva, a “los precios al por mayor” y a los correspondientes “fletes”, para su transporte “a través del territorio nacional”. Esta última sería una primera diferencia entre los artículos 4° y 6° de la Ley de 1973.

Ciertamente, el artículo 4° se refiere a los precios de los productos derivados tanto “al por mayor” como “al detal”. Y a la fijación de los fletes para el acarreo o conducción de los productos a ser expandido en cualesquiera de dichas modalidades. El artículo 6°, a su vez se refiere

exclusivamente a los “precios al por mayor” y a los “fletes”, siendo legítimo concluir que los “fletes” aludidos por el artículo 6° son los que se contraen al acarreo de los productos a ser expandidos “al por mayor”, única y exclusivamente.

Una segunda diferencia resultante de la comparación entre ambas normas de la Ley, estaría constituida por el hecho de que el legislador de 1973, se cuidó de establecer los parámetros determinados que deberían tomarse en cuenta para la fijación de estos últimos “fletes”, a cuyo efecto se consideraría tanto las diferentes “zonas del consumo” en el país, como igualmente las distancias entre éstas y la ubicación (específica, para cada caso), de “las refinerías, plantas de manufactura o elaboración y centros de distribución”, vale decir, las denominadas “plantas de distribución” de la propiedad de las empresas operadoras. Esta última circunstancia daba lugar a los “fletes diferenciales” anteriormente aludidos.

C. Expresa referencia a la denominada “Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de los Hidrocarburos para uso en Vehículos Automotores” Promulgada el 2 de septiembre de 1998

1. El novísimo texto legal fue calificado de “orgánico”, lo cual representa una obvia diferencia respecto del texto de 1973.

Acerca de los textos legales orgánicos puede consultarse el artículo 163 de la Constitución: “Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley”. “Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”.

Según lo dispuesto por el artículo 1° de este texto legal, el mismo tiene por objeto, en primer término, “regular el proceso de apertura del mercado interno” de los productos mencionados en la denominación de la Ley y, en segundo término, “crear las condiciones para una adecuada participación de la empresa privada en el mismo”, de donde aparece que el objeto del instrumento legal es dual. En efecto, regular el proceso de apertura del mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso exclusivo en vehículos automotores y, en segundo lugar, crear las condiciones para la adecuada participación de la empresa privada en el proceso de apertura en el mercado interno.

La terminología empleada por el legislador hace aconsejable algunas acotaciones al respecto. Por “regular” hemos de entender aquí, dentro de este contexto, “ajustar, reglar o poner en orden una cosa”, de donde parecería que la voluntad del legislador se contrajo en definitiva a la acción de “reglar”: “sujetar a reglas una cosa”, i.e., el “proceso de apertura del mercado interno” de los referidos productos, “Proceso” indica el “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno”, “serie de fenómenos que constituyen un todo”. De donde puede inferirse que nuestro legislador se dispuso regular un determinado proceso que denominó “de apertura” respecto de un mercado que estuvo estrictamente reglado por el legislador de 1973, que había reservado al Estado la explotación del mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos expresamente seleccionados por el legislador de 1973, acción de “reserva” que en lo atinente a todos dichos productos estuvo vigente durante 25 años.

“Apertura”, vale decir, “acción de abrir”, que precisamente denota aquí la idea, el propósito, de abrir dicho mercado. En efecto, en el mismo artículo 1° de la Ley, su autor dejó claramente establecido que el mencionado “mercado interno”, quedó “abierto a la libre competencia”, en la forma y manera que indicaremos posteriormente. La Ley de 1998, se contrae en su artículo 1° exclusivamente a la “gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores...” mientras que el texto legal de 1973 regulaba los productos enumerados con antelación en este mismo ensayo. Esta última circunstancia, por sí sola, permite advertir que el texto legal de 1973 continúa parcialmente vigente y que la “apertura del mercado interno” prevista en la Ley de 1998 se contrae únicamente a “la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores”, exclusivamente, pudiendo entonces afirmarse sin ningún género de dudas que el “proceso de apertura del mercado interno recientemente consagrado en el texto legal de 1998, posee carácter limitado, parcial, en cuanto al número de productos comprendidos en ella.

2. La noción de “libre competencia” prevista por el legislador de 1998

Conforme con lo expresado por el texto del artículo 1° de la Ley, el mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos, quedó “abierto a la libre competencia en los términos expresados en esta Ley y en las leyes especiales de la materia”. De donde aparece que la apertura a un régimen de “libre competencia” no fue

absoluta, irrestricta ni ilimitada. Antes bien y por el contrario, el legislador prefirió cuidarse *ab initio* acerca de la forma y manera en que en su criterio habría de ser interpretada la “apertura” mencionada y admitida por él, a cuyo efecto señaló a renglón seguido, como para que no quedase duda acerca de su propósito: “... en los términos expresados en esta Ley y en las leyes especiales de la materia”, conforme lo expresado en el artículo 1° *in fine*. Estamos, pues, ante un nuevo texto legal que al propio tiempo que declara que el mercado interno quedaba “abierto a la libre competencia”, seguidamente manifestó a continuación que dicha apertura habría de interpretarse siempre y en todo momento, tanto en los “términos expresados en esta Ley”, como “en las leyes especiales de la materia”, concepto este último que por cierto no definió ni conceptualizó en forma alguna, salvo el elemento de la “especialidad”: “y en las leyes especiales de la materia”.

Al referido último respecto, es de observar desde ya, que la nueva Ley (i) no contiene una declaratoria expresa de derogatoria respecto del texto legal de 1973, ni tampoco (ii) la consabida fórmula de estilo, i.e., “quedan derogadas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley” sino que, por el contrario, (iii) empleó una terminología —mas no el concepto en sí mismo—, poco común en nuestro medio legal, contenida en el artículo 10° de la Ley de 1998: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente en la materia de que trata”. Ya hemos advertido previamente que la Ley de 1973, parcialmente reformada, continúa vigente en cuanto a los productos derivados no incluidos en la Ley de 1998.

3. Concepto de “mercado interno” previsto por el legislador venezolano de 1998

Dispone el artículo 2° que el “mercado interno” al cual se refiere el artículo 1°, “se iniciará a partir del suministro de dichos productos en las plantas de llenado”, pudiendo entonces concluirse que el legislador fijó su comienzo o inicio: “a partir del suministro de dichos productos en las plantas de llenado”, excluyéndose, por tanto, de la noción de “mercado interno”, las fases o etapas anteriores al suministro en sí mismo, debiéndose por lo tanto interpretar que la “apertura del mercado interno”, lo fue o ha sido “no corrientes arriba”, sino precisamente “hacia abajo”, pudiendo entonces participar la “empresa privada” aludida por el legislador, en el mercado interno, en las fases posteriores al suministro de los productos en las plantas de llenado.

El legislador no mencionó de manera expresa el término o conclusión del “mercado interno” (¿hasta dónde llega o alcanza?) en referencia, que no son otros que su venta al consumidor final de la especie, “para (su) uso en vehículos automotores”. Tampoco expresó el legislador de 1998 qué habría de entenderse por “empresa privada”, de lo cual resulta que dicha expresión no podría poseer otro significado que no fuese el que incluso posee en lenguaje común: empresas donde los entes públicos no poseen ninguna participación accionaria.

4. Fijación del precio de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos, por el Ejecutivo Nacional, en las denominadas “plantas de llenado”

El mismo artículo 2° de la Ley de 1998, luego de definir el ámbito o extensión del “mercado interno” accesible por la “empresa privada”, concepto este último que tampoco definió, como acabamos de anotar, consagra el principio de que a los efectos de esta misma Ley, “el precio en dichas plantas (de llenado), será fijado por el Ejecutivo Nacional. No se expresa ninguna fórmula ni caracterización de dicho precio. Tampoco se establecieron parámetros para su determinación. Dicho precio, en las “plantas de llenado”, en cualquier caso de los previstos por el nuevo texto legal, “será fijado por el Ejecutivo Nacional”. No se indicaron tampoco “plazos” ni “términos” ni “oportunidades” especiales, para efectuar la fijación por Decreto.

5. Alcance (extensión) del proceso de apertura del mercado interno

El artículo 3° de la Ley de 1998, se ocupa de indicar “las actividades que se realizarán en el mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos”: (i) el transporte, (ii) el almacenamiento, (iii) la distribución, (iv) el expendio y (v) su importación; mas no de definir las.

En efecto, el citado artículo 3° mencionó las actividades incluidas en el concepto de “mercado interno” regulado por la Ley, pero no se ocupó de su definición. Tal vez porque su utilización en el medio jurídico venezolano ha sido de prolongado (26 años) uso o empleo y por ello no se le consideró necesario al fin propuesto. Las fases o etapas expresamente incluidas por el legislador, nos permiten excluir de plano la actividad de “refinación”, de carácter o contenido típicamente industrial por naturaleza, que no ha de considerarse dentro del nuevo concepto “mercado interno”. En realidad, la Ley de 1973, tampoco la incluyó: “El servicio de

interés público reservado al Estado por la presente Ley comprende las actividades de (i) importación, (ii) suministro, (iii) almacenamiento, distribución y expendio”, conforme con su artículo 1º. Y ésta sería una tercera diferencia notable entre las normas del texto de 1973 y el de 1998, i.e., éste último no incluyó en su articulado, a nuestro juicio en forma acertada, la noción de “servicio de interés público” (acerca de los conceptos de “dominio público”, “utilidad pública” y “servicio público”, en forma comparativa destinada a fines gremiales, puede consultarse nuestra publicación intitulada “Fedecámaras-Comisión de Ambiente”, Caracas, 1994). Obviamente, al profesor Eloy LÁREZ MARTÍNEZ, en su “Manual de Derecho Administrativo” (novena edición, Caracas, 1992), entre otros autores venezolanos de renombre.

Por tanto, las actividades de “refinación” y de “suministro” ex-refinerías continúan reservadas al Estado venezolano, por intermedio de las empresas operadoras, siendo de advertir a este respecto que durante el denominado “proceso de coordinación” cumplido en el año de 1997, la empresa DELTAVEN (originalmente sucesora de la concesionaria TEXACO al materializarse el proceso de nacionalización el 31 de diciembre de 1975), fue encargada del mercado interno de los productos derivados, acuyo efecto asumió las operaciones que venían desempeñando en dicha área LAGOVEN, MARAVEN Y CORPOVEN.

Por lo demás, juzgamos acertada la diferencia legal (tanto en 1973 como en 1998) al “mercado interno” y no a las “actividades de mercadeo”, que encierran concepto distinto al primero. En efecto, reiteramos, el término “mercado” alude a “los bienes producidos (la oferta) y los bienes consumidos (la demanda) se encuentran y se intercambian en un lugar (real o no) que se denomina mercado”, según la definición aportada por PAULET. La palabra “mercadeo”, a su vez, hace referencia a la actividad de “distribuir” un determinado producto, en un mercado.

6. Precios de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos a ser expandidos en el mercado interno

El párrafo único del artículo 3º de la Ley de 1998, expresa lo siguiente:

El Ejecutivo Nacional establecerá mediante Decreto los precios de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos que se expendan en el mercado interno, objeto de esta Ley

La acción de “expende” (en una de sus acepciones en el idioma castellano, “vender al menudeo”, venta por menor), parecería aludir aquí a las ventas dirigidas a los consumidores finales de las especies, de donde resultaría que el precio de venta al público consumidor sería fijado mediante Decretos del Ejecutivo Nacional. No fue precisamente prolijo nuestro legislador de 1998. Tal vez ello se explica por tratarse, precisamente, de su claro propósito de referirse al “proceso de apertura”, de un determinado “mercado interno”. Y sabido es que la ciencia económica y la realidad preconizan que los precios surgen —o han de hacerlo—, de la interacción entre la oferta y la demanda en el mercado, términos que hemos definido con anterioridad.

En efecto, el legislador de 1998, se circunscribió a indicar que en el referido mercado, los precios (de venta al público) serían fijados “por Decreto”. No se señalaron oportunidad, parámetros ni otros particulares, a los efectos de la referida determinación Oficial. Tampoco se expresó el área geográfica a ser comprendida dentro de dichas determinaciones, siendo legítimo que la fijación se hiciera (en lo sucesivo), para “todo el territorio nacional”, sin distingo de ubicación; o partes diferenciadas del mismo (de acuerdo a las distancias existentes con los centros de llenado), o para circunscripciones específicas, esto es, en las que fuesen seleccionadas por el Ejecutivo Nacional, en algunos casos concretos, o de naturaleza especial. La expresión del parágrafo único del artículo 3° de la Ley de 1998, “El Ejecutivo Nacional “establecerá” mediante Decreto los precios de la gasolina y otros combustibles”, puede interpretarse desde un punto de vista jurídico, de diversas formas.

En efecto, como una obligación del Ejecutivo, bien fuera en el sentido de “lo más pronto posible...”, “cuando lo juzgue oportuno o conveniente” u otra equivalente o similar, o *sine die*, sin que se le hubiese prescrito “plazo” u “oportunidad” específica para ello y lo cual quedaría a su discreción mas no a su arbitrio. Esta interpretación sería, en cierta medida, finalmente equivalente a haber establecido en el texto legal: “El Ejecutivo Nacional “podrá” establecer mediante Decreto...”, si bien ésta última previsión hubiera sido realmente de carácter indubitable pues obviamente estaríamos, sin duda, en presencia de una “facultad” o “prerrogativa” del Gobierno Nacional, de carácter eminentemente discrecional.

Cualquiera que fuese la interpretación del texto legal, siempre es previsible la existencia de un “lapso” o “período” para el cual el Ejecutivo no le hubiere sido posible dar cumplimiento a la previsión del legislador,

incluso de breves días, i.e., mientras se prepara o elabora el texto de los respectivos Decretos; o se considera que la intención fue “El Ejecutivo establecerá (cuando ello fuese procedente, conforme con su criterio) los precios de la gasolina y otros combustibles”, en cuyos casos surgiría la necesaria e inevitable interrogante de rigor: ¿Cuál será entonces el precio de venta al público? Aquel que en definitiva le permitiese a los particulares la obtención de un “margen razonable” de ganancia, principio este último acerca del cual no tenemos conocimiento de decisiones judiciales del Supremo Tribunal que expliquen lo que habrá de comprenderse por “margen (neto) razonable”. “Margen”, para los economistas, es “la diferencia entre los costos y el precio de venta de una mercancía” (SABINO). Podría ser aquél observamos que “de no poderse obtener, el inversionista no hubiese asumido el riesgo”. Seguimos con la incertidumbre quizás en menor grado del “*quantum* razonable”. Esperamos por las sabias enseñanzas e ilustraciones de nuestros Jueces. Por cierto, estos conceptos deberían poder ser “definidos” por los magistrados jurisdiccionales, a cuyo efecto podrían solicitar la previa asesoría económica y/o financiera y/o contable que fuere menester, pero el concepto emanará en forma jurídica. Dicho de otra forma, la conceptualización no sería atribuible a la figura venerable de mujer que lleva una corona de olivo, sino por la mujer joven, vestida que lleva libros y un cetro. El olivo, siempre verde, es símbolo de la prosperidad y, a no olvidarlo tampoco, de la paz o, si se prefiere, por la joven o virgen de aire severo, enteramente de frente (símbolo del exacto equilibrio bilateral), sosteniendo una balanza (equilibrio, pero del bien y del mal) y una espada de doble filo (decisión psíquica).

Cabría otra posible interpretación legal: habrá un régimen de “libre competencia”, en el mercado interno que nos ocupa, en la medida en que el Ejecutivo no hubiese considerado procedente la expedición del Decreto previsto por el legislador de 1998.

Determinación Oficial que, por lo demás, teóricamente podría (i) comprender o abarcar algunos o todos los derivados indicados por el artículo 1º de la Ley Orgánica (1998), o (ii) la totalidad del territorio nacional o porciones o áreas geográficas específicas del mismo; de acuerdo con las circunstancias especiales de cada situación que se le fuese planteando a los expertos. O incluso, “precios diferenciales”, de acuerdo con los segmentos de mercado. O un precio máximo o tope (lo cual en ocasiones se ha denominado “techo”), tesis que presenta el grave incon-

veniente que los concurrentes se inclinan notoriamente hacia el techo o lo adoptan, situación que no, crea ninguna competencia ni favorece a los consumidores quienes tendrían entonces que hacer su propia selección basados en otros elementos interesantes pero distintos del precio, tales como: calidad del producto y de la atención recibida, fuentes de aprovisionamiento y su localización en relación con su residencia u oficina o lugar de trabajo, otros “servicios” de interés que también han de formar parte de una competencia sana, equilibrada. Pero no habría competencia en cuanto al “precio”, que es y será fundamental. Si el precio está “cartelizado” con o sin acuerdo previo entre los suplidores, en una u otra forma, con pequeñas o casi imperceptibles diferencias para el consumidor común y silvestre, no puede decirse que exista “competencia”.

En cualquier caso, lo importante es observar ahora que existe una notable y severa contradicción del legislador venezolano de 1998:

En efecto, por una parte, en el artículo 1º, declaró en forma indubitable que el mercado interno de la gasolina quedaba “abierto a la libre competencia” (¡sic!) y en los artículos 2º y 3º (parágrafo único) del mismo texto legal estableció, en primer lugar, que “el precio en dichas plantas será fijado por el Ejecutivo Nacional” (?) y, en segundo lugar, que “el precio de la gasolina... que se expendan en el mercado interno, será establecido mediante decreto” (?). De donde aparece sin la menor duda (y sin el menor rubor), que el “precio” de la gasolina sería fijado en dos oportunidades sucesivas: la primera, en las plantas de llenado (ex-plantas) y la segunda, para su expedición al público consumidor (ex E/S). No hay apertura del mercado a la libre competencia. Lo que existiría es una abierta intervención del Estado en la materia económica. El autor de las presentes observaciones está consciente de las incidencias sociales del problema. Puede revisarse su opinión, por ejemplo, en el Diario “Economía Hoy” (p. 6) del miércoles 23 de septiembre de 1998, bajo el título: “Ley de Gasolina amenaza sistema de libre mercado”.

IV. INTERPRETACIÓN LEGAL DEL TEXTO DE 1998, ANTE LA AUSENCIA DE PRECIOS FIJADOS POR EL EJECUTIVO NACIONAL

Los artículos 2º, *in fine*, o sea, lo concerniente a la expresión “precio en dichas plantas (de llenado) será fijado por el Ejecutivo Nacional”, y 3º, parágrafo único, esto es, el Gobierno Nacional “establecerá mediante Decreto los precios” de los derivados de hidrocarburos “que se expendan en el mercado interno...”; ambos de la Ley de 1998 (que

conforme con una interpretación estarían vigentes, por no contener *vacatio legis*”), requieren ser interpretados, en cualquier caso. A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”, según lo dispuesto en el atinado artículo 4° del Código Civil (cfr artículo 12 del Código Civil italiano de 1942), en sus tres directrices; de donde debe colegirse, conforme con una de ellas, que cuando la norma legal se caracteriza por ser clara, esa misma claridad no nos permitiría interpretaciones ni distinciones. Ver Casación del 4-8-64. ¿Cuál sería nuestro caso? ¿Cuál podría ser su posible interpretación legal, ante el hecho o circunstancia concretos e indubitables de la ausencia (permanente o temporal), de la fijación de dichos precios por el Ejecutivo Nacional? Vayamos por partes.

“Plantas de llenado”, para Aníbal R. MARTÍNEZ, op. cit., son aquellas “instalaciones de distribución en el mercado interno, donde se abastece los grandes camiones-cisternas que llevarán los productos a los expendios a granel”, esto es, exclusivamente al mayor, no para el consumo inmediato.

A nuestro entender, el título contenido en este numeral III), nos plantea la interrogante de fondo, directamente relacionada con la relevante materia de los precios a ser aplicados, primero, en las “plantas de llenado” (artículo 2° de la Ley de 1998) y, segundo, los precios de expendio al público (artículo 30, parágrafo único, *eiusdem*) consumidor de las diversas especies.

Consideraciones de carácter previo:

- 1° La Ley de 1998, no contempla en forma expresa e indubitable *vacatio legis*. Así aparece de su texto, puesto que no consagró *vacatio*.
- 2° No se está en presencia de la excepción prevista en el artículo 226 de la Constitución, al no tratarse, como en efecto, de un texto legal que “establezca o modifique un impuesto u otra contribución”.
- 3° En lo mejor de nuestro conocimiento y conforme con la información disponible para la fecha de la entrega a la imprenta del presente material, todavía no han sido publicadas en la Gaceta Oficial, las determinaciones oficiales que en materia de “precios” de manera

expresa contemplan los artículos 2° de la Ley de 1998 (precios en las plantas de llenado) y 3°, en su párrafo único (precios de venta al público).

- 4° Entendemos nosotros que no es factible ni deseable, desde un punto de vista teórico y práctico, entorpecer, suspender y/o paralizar las actividades concernientes al mercado interno de los productos derivados de hidrocarburos. Y ello por lo que se explica a continuación.
- 5° Que tal suspensión y/o paralización de actividades podrían producir en nuestro país, consecuencias ciertamente impredecibles en los más diversos órdenes.
- 6° El Derecho o, si se prefiere, la Legislación, el Orden Jurídico, no persiguen ni tratan de alcanzar jamás, situaciones absurdas ni vacíos legales. Los autores reconocen la denominada “plenitud hermética” del orden jurídico. El jurista y filósofo italiano Giorgio DEL VECCHIO afirmaba que no hay, no puede haber, interferencia entre los hombres —hoy diríamos, seres humanos—, no hay controversia posible, por complicada que aparezca, que no pueda ser solucionada por el Derecho.

V. INTENTO DE APROXIMACIÓN A UNA POSIBLE SOLUCIÓN JURÍDICA APLICABLE AL CASO EXAMINADO

¿Cuál podría ser entonces el régimen legal aplicable en materia de “precios” (no de “fletes”) reguladores del mercado interno de productos derivados de hidrocarburos en Venezuela, en la situación real y efectiva de que el Ejecutivo Nacional no hubiese establecido los precios a los cuales se contraen los artículos 2° y 3° (párrafo único) de la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de los Hidrocarburos para Uso en Vehículos Automotores de 1998?

Primera hipótesis interpretativa de la Ley de 1998

La mencionada Ley Orgánica de 1998 pretendió instituir un verdadero y auténtico régimen de “libre competencia”. Por ello, podría argüirse, el Gobierno Nacional pudiera no llegar a expedir (durante un determinado período, por lo menos), las normas consagratorias de los “precios” antes mencionados. En consecuencia, podrían las partes convenir los “precios” que a bien tuviesen. Esta posible interpretación significaría un

cambio radical en lo que ha sido nuestra práctica comercial en materia del mercado interno de derivados de hidrocarburos, vigente durante 25 años.

En consecuencia, las partes podrían actuar libremente en materia de “precios” del mercado interno, en la medida en que se acojan en todo momento a las prescripciones y/o restricciones contenidas en la “Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia”, promulgada el 30 de diciembre de 1991, cuyo objeto es precisamente “promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica”, según lo establecido en su artículo 1º monopolio proviene del latín *monopolium* y éste del griego *monopolión*. Del griego *monos*, uno, y *poleo*, vender: venta que hace una sola persona, con exclusión de todas las demás. En su expresión más estricta, existencia de un solo proveedor de un producto o servicio que no tiene sustituto próximo o cercano. En otras palabras, no existiría la competencia.

Conforme con el artículo 97 (encabezamiento) de la Constitución, “no se permitirán monopolios”, disposición que posee excepciones: los denominados “monopolios naturales”, las concesiones mineras y licencias otorgadas conforme con las leyes que materializan “monopolios legales”, por ejemplo. El “oligopolio”, por su parte, una forma de competencia imperfecta, de acuerdo con SABINO existirá en aquella “situación de mercado en que la oferta de un producto (o servicio) está limitada a un pequeño número de empresas”, vale decir, numerosos , compradores y un número bastante reducido de vendedores proveedores, suplidores o prestadores (Paréntesis nuestros). SELDON y PENNANCE nos definen “oligopolio” en la siguiente forma: “aquella situación de mercado en la que un producto lo suministran un pequeño número de empresas cuyas actividades y políticas vienen determinadas por las reacciones esperadas de las otras empresas que componen este mercado”. La esencia del oligopolio, nos dicen los mismos autores, consiste en la interdependencia mutua entre las empresas.

Segunda hipótesis interpretativa de la Ley de 1998

La Ley orgánica de 1998 expresó en su artículo 1º (*in fine*) que el mercado interno de los hidrocarburos quedaba “abierto a la libre compe-

tencia en los términos expresados en esta Ley y en las leyes especiales de la materia”. Por tanto, no se pretendió establecer un régimen de competencia del alcance previsto en la **primera hipótesis**. Por tanto, se requiere “aguardar” hasta tanto el Gobierno Nacional expida los correspondientes Decretos.

Esto significaría que la Ley de 1998, no se encuentra en plena ni efectiva vigencia. No podemos dejar de reconocer la serie de inconvenientes y perjuicios de toda especie que podrían derivarse de la adopción de esta tesis. Esta interpretación nos llevaría a concluir que la Ley no estaría vigente, lo cual no creemos haya sido la intención del legislador. En adición, promueve o causa un “efecto paralizador” de fundamentales actividades económicas.

Tercera hipótesis interpretativa de la Ley de 1998

Dado lo anterior y habida cuenta *inter alia* de las “Consideraciones de carácter previo” anteriormente anotadas, se hace lugar, desde un punto de vista eminentemente teórico, en procura de la “continuidad de las operaciones” relacionadas con el mercado interno de los hidrocarburos y la necesidad imperiosa de garantizar en la medida de lo posible, el eficiente suministro de los productos indicados en el artículo 1° de la Ley de 1998, conservándose así la necesaria paz industrial y comercial y la cumplida satisfacción de los derechos tanto de los consumidores como de la ciudadanía en general; una posible **tercera hipótesis**, a ser considerada por el intérprete, tendiente a resolver de manera favorable para todas las partes, y como una medida de carácter provisional, considerar vigentes durante dicho período, las más recientes determinaciones de precios instituidas por el Ejecutivo Nacional, en relación con el mercado interno de los hidrocarburos, en materia de precios, que continuarán vigentes, hasta tanto se hubiera clarificado la compleja situación que podría afectar elevados intereses nacionales, de los particulares, consumidores y del público en general. Esta tesis estaría conforme con la anotada con anterioridad, en el sentido de que la Ley de 1998 no estaría vigente. La hemos expuesto como necesario ejercicio intelectual, pues nos corresponde tratar de ser lo más extensos y prolijos posibles en nuestra tarea de análisis de tesis de diverso contenido. Estamos conscientes de los problemas de diversa naturaleza que podrían derivarse de esta tesis: los precios no se compadecerían con el mercado actual, por ejemplo. Las empresas suplidoras y las que intervienen regularmente en el

“mercado interno” de los productos derivados de los hidrocarburos, muy seguramente operarían en “condiciones de pérdida”, lo cual no pudo haber sido el espíritu, ni el propósito ni la razón del legislador venezolano cuya experticia en esta materia por lo menos se remonta a 1964. Incluso podría llegar a considerarse que, ante la ausencia —aun temporal—, de fijación por el Ejecutivo Nacional, las partes estarían en libertad de establecerlos.

VI. ALGUNOS PUNTOS JURÍDICOS DE INTERÉS PRÁCTICO RELACIONADOS CON LA LEY DE 1998

A. ¿Quedaron los fletes sometidos a un régimen de “libre competencia”, a raíz de la promulgación del novísimo texto legal de 1998?

El texto de 1998 no prevé la materia de los “fletes”. En efecto, ninguna de sus disposiciones contiene el término directa ni indirectamente. Si bien es cierto que el mercado interno incluye la fase del transporte (que se caracteriza *inter alia* precisamente por la percepción de un determinado “flete”), es lo cierto que el legislador resolvió no prever fijación de “fletes” de parte del Ejecutivo Nacional.

Sabemos ya que el mecanismo de la fijación de los “fletes” significó en la práctica uno de los más importantes y nefastos mecanismos de políticas oficiales que durante 25 años regularon todo lo concerniente a los precios de los combustibles, incluyendo el precio del fundamental elemento del transporte. Todos los precios, incluyendo el correspondiente al “flete”, estuvieron “regulados”, de manera que la “cadena de comercialización”, se mantuvo “regulada” en todas sus fases o etapas, durante dicho amplio período de la historia de nuestro mercado interno de los productos derivados. Uno de los resultados de dicha “regulación” consistió precisamente en, por lo menos, (i) la ausencia de competencia y (ii) la no-realización de nuevas inversiones. Los “márgenes de ganancia” de todos los concurrentes se mantuvieron estrictamente regulados por las autoridades, lo cual jurídica y económicamente significó un exabrupto incalificable y un exceso ilegal e inconstitucional de los sucesivos gobiernos.

La Ley de 1973, en sus artículos 4º y 6º, expresamente facultaba al Ejecutivo Nacional para establecer regulaciones en materia de “flete

para su transporte”, los cuales serían fijados en ambos casos, “mediante resolución del (anteriormente denominado) Ministerio de Minas e Hidrocarburos”.

Ahora bien, debemos señalar que la actividad de “transporte” fue una de las fases industriales expresamente incluidas por el legislador de 1998, en su artículo 3°, dentro de la definición legal de las cinco (5) actividades comprendidas dentro del mercado interno objeto de la apertura: “el TRANSPORTE, el almacenamiento, la distribución y el expendio de dichos productos en el territorio nacional, incluida su importación” (mayúsculas nuestras).

Si el precio de suministro de los combustibles considera para su conformación al elemento “flete”, y el transporte es o fuese efectivamente facilitado al adquirente por el suplidor del producto, no abrigamos dudas de que finalmente los adquirentes de los productos deberían cancelar un determinado “precio” que incluya dicho elemento, debidamente especificado.

En caso contrario, vale decir, si el transporte no es facilitado por las empresas del Estado, serían los adquirentes participantes en la referida “cadena de comercialización” quienes asumirían el costo del flete y, serían por su propia cuenta, los gastos de transporte efectivamente causados, en unidades propias o de la propiedad de terceras personas. Lo determinante en este último aspecto es que no existan “imposiciones” en uno u otro sentido, o “cargos” o “conceptos” que no se correspondan ciertamente con la realidad de las operaciones cumplidas entre las partes.

El elemento “flete” no podría ser incluido por el Gobierno Nacional, dentro de los “precios” a ser fijados en algún momento por el Ejecutivo Nacional ni en relación con los mismos, de conformidad con las expresas disposiciones de los artículos 2° y 3° (*in fine*) de la Ley de 1998, que no lo contemplaron.

Presumimos que habría casos en los cuales el precio pudiera considerar el elemento “flete” (si se presta efectivamente el servicio de transporte) y donde el adquirente prefiera “recoger” bajo su personal responsabilidad, el producto adquirido, en los sitios generalmente asignados para ello por las empresas proveedoras.

Pero lo determinante es dejar sentado que conforme con el texto legal de 1998, el Ejecutivo no podrá intervenir en lo sucesivo, en materia de “fletes” de transporte. Ni en forma expresa, directa, indirecta ni “encubierta”.

Creemos importante señalar que si la operación pactada con el adquirente incluye (en sus condiciones generales), el (efectivo) suministro del transporte desde el sitio de entrega del producto; el monto del mismo expresado en bolívares debería estar contenido aparte, de manera expresa, dentro de la documentación regularmente empleada en estos casos. Tal sería el caso, por ejemplo, de una operación libremente concertada "CIF" (cost, insurance and freight): "costo, seguro y flete" o "C&F" (cost and freight): "costo y flete". Por el contrario, si se tratase de una venta "FOB" (free on board), "libre a bordo", ello significa para el profesor GOLDSCHMIDT, que "el vendedor debe hacer llegar la mercancía a bordo, libre de gastos para el comprador", siendo por su exclusiva cuenta los gastos de transporte incurridos hasta ese momento. "No obstante —continúa GOLDSCHMIDT—, el embarque, a saber, la celebración de los contratos de transporte y de seguro, es, en caso de duda, a cargo del comprador. Si su celebración correspondiese al vendedor, éste debe entregar al comprador los documentos de embarque antes de poder pedir el precio. Por otra parte, contrariamente a lo que ocurre en el caso de la cláusula CIF, el vendedor podrá cargar en tal hipótesis al comprador con los gastos ocasionados por dichos contratos". Acerca de los "términos Incoterms" (C&F, CIF, FOB y muchos otros) de "aceptación universal", adoptados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, puede consultarse a RODNER S., James - Otis, "Elementos de Finanzas Internacionales", Editorial Arte, tercera edición, 1997, especialmente la p. 968 y ss.

Conclusión

Habida cuenta de la expresa e indubitable inclusión de la fase de "transporte" dentro de lo que constituirá el mercado interno de los combustibles, de acuerdo con novísimo texto legal de 1998, parecería que la respuesta ha de ser positiva. En otras palabras, el "flete" no puede ser objeto de regulación Oficial, en ningún momento de las actividades del mercado interno. Y si el servicio llegare a ser prestado, el prestador del mismo estará en libertad de establecerlo, en forma razonable, de conformidad con el mercado, obviamente sin incurrir en excesos ni tratar de "recuperar" por concepto de "flete" lo que no se pudo obtener por estar regulado el precio del combustible de conformidad con los artículos 2º y 3º (parágrafo único) del texto legal de 1998.

B. ¿Está facultado el Ejecutivo Nacional para fijar los “fletes”?

Parecería que la respuesta es negativa. No podría hacerlo porque la Ley de 1998 no se lo permite. El “mercado abierto” en el denominado mercado interno, no admite tal conducta, proceder o política del Ejecutivo Nacional. Cuando se le reconocieron facultades al Ejecutivo Nacional, se hizo en forma expresa: en el caso de los precios, única y exclusivamente.

C. En materia de “fletes”, ¿quedó derogada la Ley de 1973? Nuevamente la respuesta ha de ser positiva.

La Ley de 1998 no contiene, se reitera, la expresión “flete”. Dicho texto legal considera dentro del “mercado interno”, la actividad de “transporte” dentro de las que han sido objeto de apertura, quedando consecuentemente abierto a la libre competencia con o sin fijación de precios determinada por el Ejecutivo Nacional. Por tanto, es legítimo concluir que todas las previsiones contenidas en la Ley de 1973, en la materia específica de los “fletes”, han quedado derogadas. En caso contrario, no tendría objeto considerar “abierto” el mercado interno, una de cuyas más importantes restricciones vigentes durante 25 años fue precisamente, la materia de los “fletes”. Tal derogatoria procede, reiteramos, aun en el caso de que el Ejecutivo hubiere o no establecido los ‘precios’ a los cuales se refieren los artículos 2º y 3º (parágrafo único) del texto legal de 1998.

D. ¿Cuál sería el status de la materia “fletes” ante la Ley de 1998?

- a. No pueden ser fijados por el Ejecutivo Nacional.
- b. Quedaron comprendidos dentro del “proceso de apertura”.
- c. Pueden las partes acordarse al respecto.
- d. La materia de “fletes” no puede vincularse ni relacionarse con la de los “precios”, hayan sido o no fijados por el Ejecutivo Nacional.

E. ¿Cuál sería el status de la materia “precios” ante la ausencia de la fijación prevista por el Ejecutivo Nacional?

- a. Pueden las partes acordarse sobre el “precio”, en ausencia de su determinación por el Ejecutivo Nacional.

- b. La fijación de “precios”, en la forma prevista por el legislador, no podría tener carácter retroactivo sino *ex nunc*, vale decir, desde su determinación por el Ejecutivo Nacional, en su caso.
- c. Los “precios” así convenidos, en ausencia de la determinación Oficial, deberían tener carácter definitivo entre las partes, esto es, no podría haber lugar a “revisiones”, en uno u otro sentido.

F. En ausencia de la fijación de los precios por el Ejecutivo, ¿puede el suplidor del combustible establecer sus propios “precios”? ¿Restricciones al respecto?

La respuesta es positiva. Algunas de las restricciones más importantes estarían comprendidas en la “Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia” de 1991.

G. ¿Incurrió el legislador de 1998 en alguna contradicción?

La respuesta es positiva. Evidentemente que sí.

En efecto, hemos indicado con anterioridad que el legislador venezolano de 1998, incurrió en una grave contradicción: primero, declaró la apertura del mercado interno (artículo 1º) y en segundo lugar, facultó al Gobierno Nacional para fijar el precio en las plantas (artículo 2º) y el precio para el expendio al público (artículo 3º, párrafo único). Al haber excluido la materia “fletes” del texto de 1998, habría que concluir entonces que la “apertura” fue “parcial”, (no integral), pues se facultó al Ejecutivo para establecer los “precios”.

Como consecuencia, pueden las partes establecer los “precios” (en ausencia de la determinación del Ejecutivo Nacional) y, en cualquier caso, los fletes. Establecido el “precio”, las partes sólo podrán convenir libremente en materia de “fletes”.

VII. ASPECTOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS CON LA NECESARIA VIGENCIA DE UN RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN MATERIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE OTROS DERECHOS EN MATERIA ECONÓMICA

Si los “precios” que fueren fijados por el Ejecutivo Nacional, en cumplimiento de los mandatos u obligaciones contenidos en el texto legal de 1998, no le permitiesen a los particulares:

- a. Obtener un “margen de ganancia” suficiente, razonable, compatible en todo caso, con las inversiones que hubieran realizado; estaremos ante una situación grave, no permitida por la Constitución;
- b. Si dicho precio fuese de tales características que no permitiese la recuperación de las inversiones o, incluso, obligase a los particulares a operar el mercado interno incurriendo en pérdidas, descapitalizándose.

No abrigamos duda alguna en cuanto a la legítima procedencia de “acciones legales” de carácter judicial, en contra de dichas determinaciones, en virtud de expresa violación de los artículos 96, 99 y 250 de la Constitución de 1961; cuyos textos son los siguientes:

Artículo 96: “Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones (i) de seguridad, (ii) de sanidad u (iii) otras de interés social” (paréntesis nuestros). Como puede observarse, entre otros particulares, ésta última disposición incluye per se el concepto de “actividad lucrativa”, vale decir, de ocupación “que produce utilidad y ganancia”, en **adición** a satisfacciones espirituales al sentirse “útil” el ser humano.

Artículo 99, en su encabezamiento: “Se garantiza el derecho de propiedad...”

El artículo 250 *ejusdem*, en su parte final, permite al Congreso, por vía excepcional, “decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.”

Si se pretendiese, en algún momento, que la operación del mercado interno, resulte (o pudiese resultar) finalmente el “rentable” para los participantes en el mismo, habida cuenta de que los inversionistas “pudiesen recuperar” a través del mecanismo del “flete” (no regulado por la Ley de 1998, contrariamente a la de 1973, que sí los regulaba), las inversiones realizadas; esta insólita pretensión también sería violatoria de las garantías constitucionales previamente citadas (todas), porque ningún ciudadano está obligado a operar “a pérdidas”, un determinado sector de la economía ni tampoco un “sub-sector” de la misma, cuyo caso concreto

sería, por ejemplo, el de las gasolinas populares o más económicas. Así lo reconocen desde hace tiempo las culturas jurídicas de las naciones más industrializadas, nomenclatura no tan actualizada como lo fue en su momento, según tesis de SABINO, pero que todos comprendemos perfectamente bien.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PAYÁREZ, Germán, *Ley de Hidrocarburos anotada y concordada*, Repertorio Forense, Caracas, 1979.

————— *Breve análisis del Impuesto de Manufactura o Refinación (artículo 43 de la Ley de Hidrocarburos)*, "Repertorio Forense", Tomo 43, abril, mayo y junio, Caracas, julio de 1977.

————— Fedecámaras, Comisión de Ambiente, Caracas, 1994.

————— Diario "Economía Hoy" del 23 - 9 - 98, p. 6.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1991.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981.

ESTEVEZ, Héctor y José Tomás, *Léxico Financiero - Bancario*, Mobilibros, Caracas, 1994.

GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Ediar-Venezolana, S.R.L., Caracas, 1979.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, novena edición, Caracas, 1992.

LUÑO PEÑA, Enrique, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Editorial La Hormiga de Oro, S.A., Barcelona, 1955.

MARTÍNEZ, Aníbal R., *Diccionario del Petróleo Venezolano*, Editorial Ateneo de Caracas, 1984.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L. República Argentina, 1984.

- PAULET, Jean Paul, *Dictionnaire d' Economie*, Editions Eyrolles, París, 1993.
- RODNER, S., James - Otis, *Elementos de Finanzas Internacionales*, tercera edición, Editorial Arte, Caracas, 1997.
- RUNES, Dagobert D., *Historia Ilustrada de la Filosofía*, Ediciones Grijalbo, S.A., Barcelona - México, 1967.
- SABINO, Carlos, *Diccionario de Economía y Finanzas*, Editorial Panapo, Caracas, 1991.
- SELDON (Arthur) y PENNANCE (F.G.), *Diccionario de Economía*, segunda edición en castellano, oikos - tau, s.a. - ediciones, Barcelona, 1975.
- VECCHIO, Giorgio del, *Filosofía del Derecho* (traducción española, con adiciones y comentarios del profesor español Luis Recaséns Siches).
- VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo Único, Quinta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

**LA REINCIDENCIA EN EL PROCESO
PENAL VENEZOLANO**



MARÍA GABRIELA D' ANGELO

Abogado (1995), Especialista en Derecho Penal (1998), Universidad Santa María. Posee conocimientos de inglés e italiano.

Dentro del campo laboral se ha desempeñado como abogado litigante de los Despachos Jurídicos Naranjo Díaz y Asociados, Arteaga Parilli y Rodríguez y Asociados.

Actualmente se desempeña como abogado en la Dirección de Investigaciones Especiales de la Oficina de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Agricultura y Cría.

La reincidencia en el proceso penal venezolano

María Gabriela D' Angelo

INTRODUCCIÓN

En vista de la situación actual de nuestro sistema penitenciario, cobra relevancia el estudio de la figura de la reincidencia, a la cual hasta ahora no se le ha dado mayor importancia.

Puesto que el hacinamiento que existe en las cárceles de nuestro país es producto de una serie de factores, dentro de los cuales se encuentra la reincidencia, la finalidad del presente trabajo es examinar varios puntos de esta interesante problemática, lo cual haremos en tres capítulos conformados de la siguiente manera:

1. El problema: se justifica la realización de este trabajo monográfico, se señala el contexto y el planteamiento del problema, así como los objetivos perseguidos.

2. Marco Teórico: donde se definirán y se ampliarán los conceptos de reincidencia; se hará un recorrido por los antecedentes históricos y legislativos de esta institución, también se analizarán los requisitos, los efectos, la habitualidad y algunas reformas propuestas por diversos autores en relación con la reincidencia.

También se examinará el artículo 100 del Código Penal Venezolano, donde se erige esta figura jurídica. Entre otros tópicos que se tocarán, sin lugar a dudas el de mayor importancia y donde se hará mayor énfasis, es el relativo a los beneficios procesales; en el cual precisamente se fundamenta este trabajo.

3. Conclusiones y recomendaciones: se presentan las conclusiones y las recomendaciones más resaltantes para mejorar la problemática existente.

1. EL PROBLEMA

1.1. Contexto del problema

Se ha escogido el estudio de los artículos 100, 101 y 102 del Código Penal Venezolano, los cuales representan quizás uno de los aspectos más importante en las ciencias penales y criminológicas: la reincidencia; pues son conocidas por todos las consecuencias jurídicas que derivan de la sentencia condenatoria penal. Más aún, si a dicha sentencia condenatoria, precede otra de iguales características. Este punto ha tenido gran controversia y ha sido tratado por diversos y reconocidos autores, así como también por la Jurisprudencia nacional y extranjera.

Entre los diferentes autores nacionales que han tratado el tema de la Reincidencia, se puede mencionar a Rafael Mendoza Troconis, Hernando Grisanti Aveledo y Alberto Arteaga Sánchez, entre los extranjeros, se destaca el maestro Luis Jiménez de Asúa, amplio conocedor de la legislación penal venezolana y en general de toda latinoamericana y Carlos Fontán Balestra autor de reconocida trayectoria. Todos ellos han examinado la norma penal pertinente y han conceptuado y clasificado la reincidencia, de acuerdo con sus características y consecuencias jurídicas. Asimismo son contestes en señalar la importancia del conocimiento de dicha Institución. Pues la vigencia de la misma, es cada vez mayor, a raíz del aumento desmesurado del índice delictivo.

1.2. Planteamiento del problema

Tal como se mencionó en el contexto del problema, del análisis de la normativa penal relativa a la reincidencia, se puede extraer una serie de problemas, los cuales merecen especial atención por su vigencia y actualidad. A la vez se buscó una situación problemática, un caso real del ejercicio del derecho, de la loable labor de la defensa del ciudadano.

La reincidencia no debe verse sólo como una figura abstracta e independiente de otras instituciones del derecho y, por ello, se ha querido relacionar o conjugar con otra figura muy importante en el derecho penal, como lo es el Beneficio Procesal. Ya que en el actual e imperfecto derecho adjetivo venezolano, dominado primordialmente por el sistema inquisitivo, se violan principios consagrados al hombre de forma universal, especialmente el principio de la presunción de inocencia. Por ello, se piensa que el estudio de esta figura, servirá para revisar y ampliar los

conceptos que de ella se tienen. A continuación se presenta el problema en cuestión.

¿Por qué se excluye de los beneficios procesales al procesado venezolano, cuando éste posee antecedentes judiciales, como consecuencia de haber sido condenado anteriormente?

El planteamiento de este problema constituye, más que una inquietud, una gran interrogante que lleva a la reflexión y revisión del actual sistema de beneficios procesales. La misma está inspirada en una experiencia real, en la cual un ciudadano fue condenado por un delito contra la propiedad y posteriormente, mientras cumplía su pena (gozaba del beneficio de Suspensión Condicional de la Pena), se vio involucrado en una investigación penal, por un delito en el cual nunca participó, sin embargo y a pesar de no existir pluralidad indiciaria, se le dictó auto de detención y por supuesto, al no gozar de ningún beneficio por el nuevo delito, tuvo que esperar un penoso proceso de casi dos años hasta su sentencia absolutoria.

1.3. Importancia y justificación del problema

La actual es una sociedad marcada y sometida por la delincuencia, este fenómeno se ha ido acrecentando poco a poco, hasta llegar a límites sorprendentes e inimaginables. Esto trae como consecuencia la apertura de más averiguaciones penales y un aumento de la detención de personas investigadas por los diferentes delitos.

El hacinamiento juega un papel primordial en este punto tan neurálgico, pues en Venezuela no se han construido centros penitenciarios desde hace mucho tiempo, y los existentes no poseen la infraestructura necesaria para albergar a la gran cantidad de presos que existe en la actualidad. Es por todos conocido, que en Venezuela un proceso penal se sabe cuando comienza, pero no cuando termina. Esto trae como resultado que la población penal crezca en proporción geométrica en relación con el número de causas que se sentencian, creando un grave problema penitenciario y de hacinamiento.

Este trabajo pretende de un modo objetivo que se reformen en varios puntos las leyes que prevén los beneficios procesales, puesto que en la mayoría de éstas, se le da un trato de Reincidente a los procesados que poseen "Antecedentes Judiciales", excluyéndolos de varios beneficios, que sin lugar a dudas, podrían ayudar al descongestionamiento de

las cárceles y centros penitenciarios, no se pretende que se otorguen beneficios a delincuentes peligrosos, pero no entendemos cómo una persona procesada —por ejemplo— por estafa, y posea antecedentes judiciales, no pueda ser acreedora de libertad provisional, si a favor de toda persona, obra el principio procesal de la “Presunción de Inocencia”.

1.4. Objetivos de la investigación

Objetivos generales:

Establecer la importancia de la reincidencia, examinando sus antecedentes históricos y el nacimiento de la Institución. Analizar la clasificación Legislativa y Doctrinal, con la opinión de diversos autores, tanto nacionales como extranjeros diferenciándola con la Habitualidad y con el Concurso Real de delitos.

Objetivos específicos:

- a. Recalcar la importancia de la Reincidencia en el otorgamiento de los beneficios procesales.
- b. Realizar críticas constructivas sobre la actual normativa que rige los beneficios procesales.
- c. Aportar ideas concretas, sobre la modificación de la actual estructura de los artículos que señalan los requisitos para la concesión de los beneficios procesales.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Fuentes históricas y legislativas de la reincidencia

Si nos remontamos al derecho antiguo, podremos observar que en el Derecho Romano, se consideraba la reincidencia como una circunstancia agravante, lo cual traía como consecuencia que el delincuente fuese excluido de los beneficios que provenían de la buena conducta anterior e incapacitado para el perdón de los delitos cometidos.

Por su parte en el Derecho Canónico, castigaba al reincidente (*recidivus*) con la negación de la absolución; y si se trataba de reincidencia por herejía, la sanción era la pena de muerte.

En el Derecho Germánico también se castigaba severamente al reincidente, incluso en caso de cometerse el tercer robo, se castigaba con la pena de muerte.

Examinando las fuentes históricas de la reincidencia en la legislación nacional, se puede apreciar que en el año de 1863, específicamente el día 19 de abril, se instaura en Venezuela quizás el primer intento de codificación de las leyes penales. Este código, que viene a ser una variante del Código Penal español de 1848, comienza a regir a partir del 5 de julio de ese año, derogando todas las leyes penales anteriores.

Se encuentran en el Libro Primero las Disposiciones Generales, Delitos y Faltas y la Responsabilidad Criminal; a continuación se enumeran las circunstancias que eximen la Responsabilidad Criminal, las que la atenúan y las que la agravan; es en este último punto en donde queremos hacer hincapié.

En el ordinal 17º del artículo 10, de la Sección IV, del Título Primero del Libro Primero, se observa este agravante de la reincidencia codificada por vez primera y la cual se transcribe a continuación:

“Son circunstancias agravantes:

17º. La condenación anterior del culpable por un delito de la misma naturaleza o especie”.

Asimismo, en el artículo 4º, Sección Segunda, del Título IV, Ley Única, también del Primer Libro, se puede apreciar que se contempla el tratamiento que se les da a los reincidentes; agravándoles la pena, haciéndoles sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, destinándoles los trabajos más duros y penosos.

En los códigos posteriores, de 1873 y de 1897, así como los de 1904 y 1912, se observa que no varía la concepción de la reincidencia, sino más bien, siempre se refieren a una circunstancia de agravación de la pena; aunque es a partir del Código Penal de 1897, cuando aparece una disposición más extensiva en relación con la explicación de la reincidencia; específicamente en su artículo 80. Este artículo, seguramente tiene su origen igualmente en el artículo 80 del Código Penal italiano de 1889, que reza de la manera siguiente:

Quien después de una condena, y dentro de los diez años del día en que la pena fue cumplida o la condena extinguida, y si la pena era superior a los cinco años, y no mayor de cinco años en los otros casos, comete otro hecho punible, no puede ser penado con el mínimo de la pena prevista para el nuevo hecho punible.

Si el nuevo hecho punible es de la misma índole de aquél por el cual ha sido pronunciada la condena precedente, el culpable queda sujeto a una agravante de la pena prevista para el nuevo hecho punible, según las normas siguientes...

Como sabemos, el Código de 1897 está inspirado en el llamado Código italiano de Zanardelli, a lo cual no escapa el artículo 80.

No podrá la pena reducirse al *mínimum* en favor de un individuo que, ya condenado, se haya hecho culpable de una nueva infracción, siempre que la reincidencia hubiere tenido lugar dentro de los cinco años siguientes al día en que se hallase cumplida o extinguida la primera condena, si su duración era mayor de tres años. Y sucederá lo mismo cuando la reincidencia se efectuare dentro de este último término, si se trata de cualquier otra pena.

Luego de los códigos de 1904 y de 1912, se promulgó —a escasos tres años de vigencia del código anterior el Código de 1915— en cuyo artículo 99 se encuentra una sustancial reforma de redacción con respecto al artículo anterior que regía la reincidencia, simplificándola de la manera siguiente:

El que después de una sentencia condenatoria y antes de los diez años de haberla cumplido o de haberse extinguido la condena, cometiere otro hecho punible, será castigado por éste con pena comprendida entre el término medio y el máximo de la que le asigne la ley.

Si el nuevo hecho punible es de la misma índole que el anteriormente perpetrado, se aplicará la pena correspondiente con aumento de un cuarto.

En el Código Penal de 1926, que derogó el de 1915, se puede apreciar que la redacción de este artículo no varía; por el contrario, permanece casi idéntico al vigente artículo 100 del Código Penal de 1964.

Vale la pena mencionar que reconocidos autores penalistas, tales como los Dres. Chiossone y Mendoza, se esforzaron por reformar las disposiciones relativas a la reincidencia, en varios Proyectos de Reforma, pero con resultados infructuosos.

2.2. Concepto de reincidencia según la doctrina

Establece la doctrina penal diferentes conceptos y definiciones de reincidencia; todos ellos muy similares entre sí por lo universal del término. A continuación transcribimos varias de estas definiciones:

El autor Manuel Ossorio en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (1974), cita al de la Real Academia de la Lengua Española, el cual define la reincidencia de la siguiente manera:

Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa (p. 658).

Asimismo, Guillermo Cabanellas en su *Diccionario de Derecho Usual* (1968) establece que la reincidencia es:

Repetir una misma falta, culpa o delito. Estrictamente, la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal, por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad (p.525).

La Enciclopedia Jurídica Omeba (1976) conceptúa muy acertadamente la reincidencia de esta manera:

Es una suerte de comisión múltiple de delitos, que se hallan separados teórica y fácticamente, principalmente en el tiempo, dado que hay algo fundamental que los distancian, excluyendo su tratamiento simultáneo, la existencia de un castigo ya cumplido que al parecer, según algunos, no ha hecho mella en el sujeto, según otros, demuestra su peligrosidad o que la pena ordinaria es insuficiente (p. 546).

También el autor Fontán Balestra en *Tratado de Derecho Penal* (1977), señala lo siguiente:

Gramaticalmente, reincidir significa tanto como volver a incurrir; en lo nuestro, en un delito. Pero esta noción no nos resulta suficiente desde el punto de vista jurídico, puesto que también vuelve a incurrir en un delito el que es juzgado de una vez por varios hechos independientes, y ya sabemos que tal hipótesis es constitutiva del concurso real o reiteración. En la reincidencia el autor comete el segundo o los sucesivos delitos habiendo sido ya, al menos, condenado por el o los hechos anteriores (p. 207).

En la doctrina nacional, el penalista Grisanti Aveledo en sus *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (1991) manifiesta que la reincidencia:

Es la situación de la persona que ha delinquido, que ha perpetrado un delito, que ha sido condenada por tal delito en virtud de sentencia con-

denatoria definitivamente firme, y que ha vuelto a delinquir, ha perpetrado otro delito, en las circunstancias, condiciones y términos previstos en el Código Penal venezolano vigente (p. 258).

Por su parte el doctor Tulio Chiossone en su obra *Manual de Derecho Penal Venezolano* (1981), no señala un concepto de reincidencia, sino que al dividir a los delincuentes lo hace en dos categorías, primarios y secundarios; indicando que los segundos son:

...los que al cometer determinado hecho punible, ya habían sido juzgados por otro u otros delitos. Esta repetición de hechos punibles por parte de un sujeto que no es delincuente habitual ni profesional, es lo que se llama reincidencia (p. 175).

Alberto Arteaga Sánchez, examina la reincidencia en *Derecho Penal Venezolano Parte General* (1989), desde el punto de vista de agravantes de la responsabilidad penal y expresa:

La circunstancia de que un sujeto cometa un nuevo delito después de haber sido condenado anteriormente, comporta de acuerdo a nuestro sistema penal, un aumento o agravación penal de la responsabilidad penal (p. 342).

Por su parte, Mendoza Troconis en su *Curso de Derecho Penal Venezolano Tomo III* (1986), presenta un concepto muy sencillo:

En términos generales, la reincidencia es la situación de una persona que vuelve a incurrir en un delito después de haber sido condenado por otro (p. 95).

A su vez, Luis Jiménez de Asúa en *La Ley y el Delito* (1981) dice que:

... el individuo delinque varias veces sucesivas, recae en la comisión de delitos; entonces se dice que hay, o concurso real y reiteración, o reincidencia, ... fue apreciada desde los primeros tiempos como una agravante de responsabilidad, sin que se diera por legislación alguna mayor trascendencia a este concepto que la de estimarse como un motivo para la imposición de la pena más grave (p. 535).

2.3. Clasificación de la reincidencia

El autor Grisanti Aveledo, clasifica la reincidencia en genérica, específica y multirreincidencia, señalando que esta última forma parte de la específica, pero de una manera más grave.

2.3.1. Reincidencia genérica

El Código Penal Venezolano contiene en su artículo 100 los requisitos de este tipo de reincidencia, los cuales son:

- a. Existencia de una sentencia condenatoria definitivamente firme, basada en autoridad de cosa juzgada.
- b. Que el nuevo hecho punible sea de distinta índole que el anteriormente perpetrado.
- c. Como último requisito, se tiene que es necesario que el nuevo delito se cometa antes de que haya transcurrido un lapso de diez años, que comienza a contarse desde el momento de haber cumplido la condena anterior o de haberse extinguido la misma.

2.3.2. Reincidencia específica

Este tipo de reincidencia se encuentra tipificada en el único aparte del artículo 100 del Código Penal Venezolano y contiene como requisito lo siguiente:

- a. Que se haya dictado una sentencia condenatoria, que la misma sea definitivamente firme y que tenga carácter de cosa juzgada.
- b. Como segundo requisito y el que determina la diferencia entre la reincidencia genérica y la específica, es que sea necesario que el nuevo hecho punible sea de la misma índole que el anteriormente perpetrado, que determinó la sentencia condenatoria definitivamente firme.
- c. También se tiene que es menester que el nuevo delito (el de la misma índole que el anteriormente perpetrado), se cometa en el mismo lapso señalado en el último requisito de la reincidencia genérica, es decir, en un lapso de 10 años, luego de la condena impuesta o su extinción.

2.3.3. Multirreincidencia

Consiste en una clase particular agravada de la reincidencia específica. Un concepto claro de lo que en sí es este tipo de reincidencia, lo encontramos previsto en el Código Penal, en su artículo 101, ya que es considerada como una clase particularmente grave de reincidencia específica. En cuanto a los requisitos de la multirreincidencia están:

- a. Tienen que existir dos o más sentencias condenatorias definitivamente firmes, con fuerza de cosa juzgada.
- b. Que tales sentencias condenen a penas corporales.
- c. Es necesario que el nuevo delito acarree también pena corporal.
- d. Es preciso que el nuevo delito sea de la mismo índole que los anteriores.
- e. Es necesario que el nuevo delito sea cometido antes de haber transcurrido un lapso de 10 años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la última de las condenas impuestas anteriormente; o de la extinción de la misma.

Por su parte, el doctor Tulio Chiossone expresa que según los tratadistas, se distinguen dos clases de reincidencia: la general y la especial.

La general: consiste en agravar la pena, porque se ha cometido un nuevo delito, después de una sentencia definitivamente firme y éste, también sentenciado, es un delito de diferente naturaleza al del primero.

La especial: se caracteriza por la sucesiva violación de la misma disposición legal, aunque no con unidad intencional, o sea, con actos ejecutivos de la misma resolución.

Este autor hace especial énfasis en relación con las sentencias penales dictadas por Tribunales extranjeros, expresando que la legislación penal vigente, no permite el reconocimiento de sentencias penales extranjeras a los efectos de establecer la reincidencia. Pero existe un caso que el autor llama de “reconocimiento implícito”, que es el caso previsto en el artículo 107 del Código Civil Venezolano, el cual señala lo siguiente:

La condenación penal recaída en el país extranjero por homicidio consumado, frustrado o intentado en la persona de un cónyuge, tendrá el mismo efecto que si hubiese sido dictada en Venezuela, en cuanto a impedir el matrimonio del reo con el otro cónyuge.

El maestro Chiossone indica que este tipo de reconocimiento de sentencia penal extranjera, se refiere únicamente a efectos de impedir el matrimonio del reo con el otro cónyuge; pero una vez reconocida la sentencia en los términos indicados, podría servir para establecer la reincidencia en el delito de homicidio consumado, frustrado o intentado.

2.4. Clases de reincidencia

Existen distintas especies de reincidencia, que derivan:

2.4.1. Según la especie de los delitos

Reincidencia genérica: cuando se cometen hechos de distinta índole.

Reincidencia específica: cuando se cometen varios delitos de la misma especie. Y esta a su vez se subdivide en:

Los que resuelven la cuestión conforme al bien jurídico lesionado.

Los que lo hacen tomando en cuenta el móvil.

2.4.2. Según se exija o no el cumplimiento de la pena

Reincidencia real o verdadera: es aquella donde el condenado vuelve a delinquir después de haber cumplido la pena que se le impuso por los delitos o el delito precedente.

Reincidencia ficta o impropia: es aquella en la cual no es necesario que la pena sea cumplida, es decir, basta con que exista la condena.

Este tipo de reincidencia es considerada muy importante, ya que tiene como característica servir de advertencia suficiente para evitar la recaída en el delito.

2.4.3. Según la forma de culpabilidad

Delitos dolosos y culposos: existe una teoría, la cual se inclina a no aceptar la reincidencia en los casos de condenas por un hecho doloso y por otro culposo.

2.4.4. Según la especie de pena

Ésta depende del sistema que aplique cada país y la legislación que se adopte, ya que puede suceder que no siempre una condena anterior definitiva sea presupuesto de la reincidencia. Un ejemplo de esto, lo tenemos en el código penal argentino, que en uno de sus artículos referentes a las penas privativas de la libertad, las declara como las únicas para dar lugar a la declaración de reincidencia.

2.5. Efectos de los diferentes tipos de reincidencia

De la reincidencia genérica: estos efectos se encuentran establecidos en el mismo encabezamiento del artículo 100 del Código Penal Venezolano. Dicho efecto es el mismo que producen las circunstancias agravantes genéricas, previstas en el artículo 77 *ejusdem*, quiere decir entonces, que se aplicará entre el término medio y el límite máximo de la pena correspondiente.

De la reincidencia específica: igualmente el artículo 100 *ejusdem*, señala en su aparte único el efecto de esta reincidencia, el cual será la aplicación de la pena correspondiente al nuevo hecho punible pero aumentada en una cuarta parte.

De la multirreincidencia: el efecto de este tipo de reincidencia lo encontramos previsto en el artículo 101 *ejusdem*, este efecto consiste en la aplicación de la pena correspondiente al nuevo hecho, pero aumentada en la mitad.

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, según criterios de diversos autores, señala que existen efectos agravantes y efectos atenuantes.

- a. *Efectos agravantes:* Este autor dice que Rossi, influido por las normas del Código Napoleónico manifiesta que la reincidencia es un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, ya que el delincuente al repetir las infracciones legales, se revela como tenaz menospreciador del orden público. A su vez Carrara, también defiende esta tesis, pero con base en la pena, ya que considera la reincidencia como un agravante en el castigo.
- b. *Efectos atenuantes:* Por otra parte, los autores Bucellatti y Kleinschrod sostienen, en contraposición a la anterior tesis, que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse; por lo tanto menor imputabilidad en el agente, y concluyen que la pena en vez de agravarse con la comisión del nuevo delito, debe aminorarse. Estos autores para basarse en su anterior argumento, resaltan los problemas sociales —tanto los de índole familiar como los políticos y económicos— que influyen directamente en el delincuente.

2.5.1. Especificación de los efectos de la reincidencia

1. Como principal efecto se tiene el de agravación de la pena ya señalado y estudiado en los requisitos.

2. Impide la concesión de la libertad bajo fianza, señalada en el artículo 13 de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza.
3. Interrumpe la prescripción de la pena, establecida en el artículo 112 del Código Penal.
4. Causa la negativa de determinados beneficios, que acuerda la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.
5. Revocatoria de la libertad provisional, consagrada en el artículo 324 del Código de Enjuiciamiento Criminal.
6. Modificación del término de prescripción en la acción penal, señalado en el artículo 111 del Código Penal.
7. La negativa a la conmutación de la pena de presidio en confinamiento, la cual aparece establecida en el artículo 56 del Código Penal.
8. Exclusión de reducción de pena en los delitos contra la propiedad, de acuerdo con el artículo 184 del Código Penal.
9. El aumento especial de la pena en el delito de daños (artículos 478 y 479 del Código Penal).
10. Estimación especial en las faltas (artículos 500, 501, 502, 504, 507, 508, 510, 532, 543 y 546 del Código Penal).

2.5.2. Delitos de la misma índole

Este punto reviste mucha importancia, puesto que se debe conocer lo que se comprende por delitos de la misma índole, para entender los efectos tanto de la reincidencia específica, como de la multirreincidencia. En tal sentido el Legislador patrio establece en el Código Penal, específicamente en el artículo 102, el concepto en cuestión:

Para los efectos de la ley penal, se consideran como delitos de la misma índole no sólo los que violen la propia disposición legal, sino también los comprendidos bajo el mismo mote del mismo Título de este Código y aún aquellos que comprendidos en Títulos diferentes, tengan afinidad en sus móviles y consecuencias.

En consecuencia, establece el anterior artículo tres elementos que serán explicados a continuación:

- a. Aquellos delitos que violen la misma disposición legal .

- b. Aquellos delitos que aunque no violen la misma disposición legal, sin embargo estén contenidos en el mismo Título del Código Penal.
- c. Aquellos delitos que no violen la misma disposición legal, o que no estén previstos bajo el mismo Título del Código Penal, pero guarden entre sí, afinidad por sus móviles o consecuencias.

En tal sentido, se puede apreciar que dicho artículo se acoge al principio de “identidad de delito”, cuando el legislador señala “la propia disposición de la ley”, con lo cual no quiere indicar el “mismo artículo del código”, sino la “identidad de resolución delictuosa”, así el hurto puede ser simple y calificado: hay hurto campestre, hurto de ganados, hurto calamitoso, con violencia y éstas subespecies están contenidas en los artículos 453 y 456 del Código Penal. Al decir “la misma disposición de la ley”, entiéndese que pueden repetirse las distintas clases de hurto.

Vale la pena aclarar el concepto de delito de la misma índole, ya que éste como vemos en la cita anterior es amplio, puesto que no se trata de repetir el mismo delito, sino que se consideran delitos de la misma índole los que se agrupan bajo el mismo título del código, poniendo en peligro el bien jurídico allí especificado y también, aquellos delitos que, a pesar de estar comprendidos en diferentes títulos, son realizados con consecuencias afines, como por ejemplo los delitos que lesionan el honor de las personas o instituciones.

Los delitos comprendidos en el mismo título del código son las especies y subespecies que se agrupan en las diez categorías genéricas o títulos en la Parte Especial, Libro Segundo. Como ejemplo de hechos punibles ligados por “afinidad en motivos y fin”, aunque estén comprendidos en títulos diferentes, se tiene: la difamación, en la cual el agente o sujeto activo tiene por afinidad afectar o atacar la honra o reputación de una persona, puede haber difamación contra el Presidente de la República, altos funcionarios públicos y particulares, los delitos están colocados en distintos títulos, pero existe el mismo impulso criminal de difamar.

2.5.3. Requisitos específicos de la reincidencia

Se tiene un primer requisito:

Que se cometa el nuevo delito después de una sentencia condenatoria.

Para que se pueda hablar de reincidencia es necesario que exista una sentencia anterior condenatoria definitivamente firme, este es el pri-

mer requisito que exige la ley penal venezolana, ya que si no existe esta condena no se podrá aplicar la agravación. Entonces, se puede decir que el Código Penal patrio, toma en cuenta lo relativo a la sentencia condenatoria firme y no el cumplimiento de la misma, es decir, no requiere la efectiva expiación de la pena.

Es importante señalar que en este punto no se está refiriendo a decisiones en materia disciplinaria, ni sentencias dictadas por tribunales extranjeros, ni cualquier medida que no constituya pena como es el caso de la reclusión de un enfermo mental inimputable, lo que se quiere decir, es que se refiere únicamente a sentencias que impongan una pena.

Se pregunta entonces: ¿Qué sucedería si la sentencia ha sido pronunciada bajo un código derogado? o ¿Cuáles son las consecuencias si ese hecho quedara comprendido en una medida de amnistía?

Ante estas interrogantes existe un comentario realizado por el autor Majno, quien indica que es indiferente que la sentencia haya sido dictada por un código que esté derogado, claro que en el vigente debe estar tipificado como delito.

Ahora bien, en cuanto a la segunda pregunta, relativa a que si ese hecho ha quedado comprendido por ejemplo en una medida de amnistía, se observa que en virtud de esa medida, cesan todos los efectos de la condena, incluida la reincidencia, lo que no sucede en el supuesto del indulto, por ser ambas instituciones de distinta naturaleza, y que buscan diferentes fines.

El segundo requisito es el siguiente:

Que no haya transcurrido un lapso de diez años entre el cumplimiento de la condena o su extinción y el nuevo delito.

Significa que si transcurren 10 años a partir del cumplimiento de la condena o su extinción sin que se cometa un nuevo delito, cesa o prescribe el derecho a computar la condena a los efectos de la reincidencia.

2.6. La reincidencia en las diferentes legislaciones latinoamericanas

En la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la reincidencia suele ser llamada reiteración y está contemplada dentro de las circunstancias agravantes. En algunas legislaciones como las de Cuba, Chile,

Honduras y Panamá, se aprecia que tratan la reincidencia genérica en forma separada; mientras que legislaciones como la colombiana, argentina, costarricense, ecuatoriana, guatemalteca, peruana y mexicana, la tratan en forma general. Además, en algunos países se establecen plazos de prescripción de la misma y en otros se requiere para que haya reincidencia, que la pena por el primer delito se haya cumplido o extinguido de cualquier modo, en todo o en parte, refiriéndose al cumplimiento.

Para conocer un poco más a esta figura, a continuación transcribimos los artículos referidos a la reincidencia, de algunas legislaciones latinoamericanas.

El Código Penal de la República Argentina, establece a partir del artículo 50 todo lo relativo a la reincidencia:

Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda según la ley argentina, dar lugar a extradición.

A los efectos de la reincidencia, no se tomará en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistiados.

La condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65 y otro tanto más, que nunca excederá de diez años.

Se puede observar en la anterior norma, como expresamente no se toman en cuenta a los efectos de la reincidencia, que se trate de delitos militares, políticos, ni los amnistiados.

Es importante señalar la opinión de Carlos Fontán Balestra, quien conceptúa al reincidente como aquella persona que comete nuevos delitos, es decir, sucesivos hechos punibles, luego de haber sido condenado por los anteriores. Para que un sujeto sea declarado reincidente es necesario que exista "el pronunciamiento de una sentencia condenatoria definitiva anterior". El Código Penal Argentino, en su artículo 50 señala en cuanto a la sentencia, que debe ser definitiva y no sentencia firme.

Por su parte, el autor Soler sostiene que la sentencia sólo está firme cuando es notificada, lo que no ocurre en la mayoría de los casos de condenas no cumplidas.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación penal patria, en la que el requisito para la reincidencia es que exista una sentencia anterior condenatoria, por supuesto, definitivamente firme, ya que si no es así no puede aplicarse la agravación de reincidencia.

Ahora se presenta la siguiente interrogante que tiene que ver con el sujeto en sí, y es: ¿Cuándo un sujeto comete un nuevo delito, realmente no ha sido eficaz la pena anterior?

Si se analiza la personalidad del delincuente, quizás se consiga una respuesta al planteamiento anterior y lo que ocurre es que el reincidente revela que no ha ejercido efecto sobre él la misión reeducadora que constituye el fin de la pena. El estudio de la reincidencia lleva a otro problema ya conocido, y no es otro sino el sistema penitenciario, que guarda relación con la eficacia de la pena, la personalidad del delincuente y su reacción en la sociedad.

La reincidencia es una condición personal del sujeto y éste debe ser sensible a la pena impuesta. Por eso se observa que ciertos sujetos que tienen antecedentes penales muestran mayor peligrosidad que otros que han sido condenados por primera vez, dependiendo también del lugar donde estén reclusos cumpliendo la pena, para que ejerza sobre ellos influencia en su personalidad. Se dice que volver a delinquir depende de condiciones sociales no imputables a un individuo en particular.

Por su parte, el Código Penal Boliviano señala en el artículo 41 lo siguiente:

Hay reincidencia, siempre que el condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.

A su vez, el artículo 42 *ejusdem*, establece cuales son el delincuente habitual y el delincuente profesional y como hecho resaltante en esta legislación, observamos que el artículo 43 *ibidem*, no indica un aumento de la pena como sí lo vemos en otras legislaciones; lo único que establece es que el juez impondrá las medidas de seguridad más convenientes.

Por otra parte, el Código Penal de Brasil establece en el artículo 46:

Existe la reincidencia cuando el autor comete nuevo delito, después de la sentencia firme que, en el país o en el extranjero, lo haya condenado por delito anterior.

También establece este mismo artículo, como clases de reincidencia, la genérica y la específica; y en el artículo siguiente, se prevé lo relativo a los agravantes como efectos de la reincidencia.

El Código Penal de Colombia, vigente a partir del año de 1937, señala en su artículo 34:

El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en él una tendencia persistente al delito.

Se destaca, que a diferencia del Código Penal Boliviano, en esta legislación si se prevé un aumento de la pena al reincidente, o dicho de otra manera, se trata de un agravante de la pena.

En la legislación penal de Costa Rica, específicamente en los artículos 39, 40 y 41, se prevé todo lo relacionado con la reincidencia:

Artículo 39. Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición.

Se puede apreciar en esta norma penal, cierta similitud con lo establecido en el artículo 50 del Código Penal Argentino, comentado anteriormente, pues en ambos se excluyen a los delitos políticos y amnistiados como posibles de reincidir. Y en los artículos 40 y 41 *ejusdem*, el legislador costarricense habla del delincuente habitual y del delincuente profesional. Más adelante, específicamente en el artículo 78 *ibidem*, se establecen los efectos (agravantes) en relación con el reincidente y al delincuente profesional, en los cuales podemos ver cierta rigidez en comparación con otras legislaciones.

Artículo 78. Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho punible cometido, aumentándola a juicio del Juez, sin que pueda pasar de veinticinco años. La misma agravación de la pena podrá imponerla el Juez al delincuente profesional.

En el Código Penal de Cuba se aprecia una particularidad en relación con este punto:

Artículo 39. Son circunstancias agravantes personales:

- A. La reincidencia. Hay reincidencia cuando el agente ha sido ejecutoriamente sancionado por otro delito de la misma especie.
- B. La reiterancia. Hay reiterancia cuando el agente ha sido ejecutoriamente sancionado por dos o más delitos de diferente especie al cometido...

Lo primero que se debe comentar respecto a este artículo, es que como en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la legislación penal cubana, toma la reincidencia como una circunstancia que agrava la responsabilidad criminal, tal como lo indica el mote del Capítulo IV de este código. Se puede destacar también, que se manejan la reincidencia y la reiteración, conceptuándose cada una de ellas en la misma norma.

2.7. Diferencias entre el delito continuado y la reincidencia

Es frecuente que muchas veces se confunda el delito continuado y la reincidencia. Como se considera de vital importancia diferenciar estos dos conceptos, a continuación se señalarán las dos diferencias que existen entre ellos según Tulio Chiossone:

1. *Según su naturaleza*: el delito continuado, es un caso *sui generis* de concurso de delito, mientras que la reincidencia se trata de una circunstancia agravante.
2. *Según sus elementos*: en el delito continuado, cuando entre las distintas acciones se interpone una sentencia, se interrumpe el nexo de la continuación, pues es necesario un nuevo propósito o designio para la realización de los hechos posteriores; como consecuencia falta la unidad indispensable para establecer esta continuación. Mientras en la reincidencia es imprescindible que antes de que el culpable comience a ejecutar los hechos posteriores, ya haya sido condenado por sentencia definitivamente firme por un delito anterior.

2.7.1. Diferencia entre habitualidad y reincidencia

Antes de indicar la diferencia que existe entre la habitualidad y la reincidencia, es necesario señalar lo que se conoce como habitualidad. El hábito criminal, de acuerdo con la opinión de Luis Jiménez de Asúa en su obra *La Ley y el Delito* (1981) es la siguiente:

Costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica, en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones (p. 542).

Ahora bien, entre la habitualidad y la reincidencia se puede distinguir que la habitualidad no implica el solo hecho de repetir infracciones, sino que esa actitud sea costumbre y forme parte de la manera como es y como actúa el sujeto. A diferencia de lo que ocurre en la reincidencia, en la que el sujeto incurrir en la comisión de un nuevo delito, luego de una sentencia condenatoria.

Como segunda diferencia se tiene que para que exista la habitualidad, no hace falta que exista la reincidencia, es decir, la condena ejecutoria, ya que ella sola puede demostrarse por las diversas infracciones que forman parte del concurso real de delitos.

2.7.2. La reincidencia y el estado de reiteración

Estos dos términos a primera vista parecieran significar lo mismo, pero entre ellos existe una notable diferencia que los separa, es necesario distinguir el estado de reiteración del estado de reincidencia, por lo cual conviene decir que mientras en la Reincidencia la segunda infracción se comete después que la primera ha sido sentenciada irrevocablemente, en la reiteración, al contrario, los delitos cometidos simultánea o sucesivamente, no están separados por ninguna condena.

Tenemos también, que la reincidencia agrava la responsabilidad en el segundo delito cometido, y la reiteración da lugar, bien a la aplicación de la pena que corresponde al delito más grave, a una acumulación real de pena o a una acumulación jurídica. Para evitar confusión en la legislación penal patria, se entiende por reiteración el concurso de delitos.

2.8. Naturaleza del hecho punible

Debe señalarse que en varias legislaciones, por ejemplo, la italiana (Código de Zanardelli), se dispone que no se tomarán en cuenta, a los

efectos de la reincidencia, las condenas por faltas en relación con las condenas por delitos y viceversa; las condenas por delitos culposos, en relación con las condenas por otros delitos, ni condenas por delitos militares ni aquellas que provengan de tribunales extranjeros. En Venezuela, el legislador omitió toda consideración al respecto, por lo que el criterio señalado anteriormente no tiene aplicación en el país; sin embargo, siendo el reconocimiento de una sentencia extranjera una materia de excepción, debería constar por expresa disposición su reconocimiento, lo que no hace el legislador a los efectos de la reincidencia, pero sí lo acepta en materia de extraterritorialidad de la ley penal venezolana, contemplada en el artículo 4° del Código Penal Venezolano.

Acerca de este punto tan importante como es la naturaleza de los delitos, estos deben tomarse muy en cuenta para la estimación de la reincidencia. Los autores y los códigos excluyen los “culposos”, los “políticos”, los “militares” y aquéllos que “presuponen ya una condena”.

El autor Manzini sostiene que el Código Penal italiano de 1889, acogió el proyecto de 1876, según el cual los delitos culposos no podían constituir reincidencia respecto de los delitos dolosos. Ésta también es la doctrina exacta en el derecho venezolano. Sin embargo, no excluye los delitos políticos y esto ha sido criticado por muchos penalistas. Por su parte, Eugenio Florián citado por el maestro Mendoza Troconis en su *Curso de Derecho Penal* (1986) comenta que:

El delincuente vulgar que lleva fuera de su patria la vergüenza y el deshonor y que tiene que ver con la justicia resulta favorecido en comparación con aquel otro, completamente especial, que las más de las veces procede inspirado por móviles elevados y nobles, cual es el delincuente político. Hoy se busca considerar el terrorismo como delito internacional, aún cuando el fin sea político (p. 104).

Ahora bien, en cuanto a los delitos militares, se dice que están consagrados en otro código, el cual es un código distinto y por supuesto sentenciados por jueces diferentes. En los casos de la justicia militar, si el condenado comete otro delito de índole exclusivamente militar, se estaría ante la figura de reincidencia.

También existirá reincidencia, en el ámbito de la justicia ordinaria si el delito que condenan los tribunales militares a ese sujeto, está previsto en el Código Penal como hecho punible. Para valorar la reincidencia, hay que señalar que se toman en cuenta varias figuras delictuosas, entre

algunas están: la tentativa, el delito frustrado, la complicidad y otra participación criminal.

2.8.1. Sistemas de reincidencia

- a. **Sistema de agravación:** es considerada como “agravante”, para algunos tratadistas, basándose en que como se castigó el delito anterior, no puede decirse que el nuevo delito merezca pena más grave, porque ya el reo había saldado su cuenta; ni que aumente la alarma, porque el nuevo delito no puede causar daños a personas distintas de la víctima, sino que la primera pena fue insuficiente. Por tanto, es necesario completarla y se aplica al segundo delito la pena de éste aumentada en una parte.
- b. **Sistema que no aprecia la reincidencia:** para los que apoyan este sistema, la reincidencia no debe constituir una agravación de la responsabilidad en el segundo delito, porque sería condenar dos veces a un mismo reo, con manifiesta violación del principio general de derecho *non bis in idem*; por lo tanto, al segundo delito corresponde sólo la pena que tiene señalada.
- c. **Sistema de atenuación:** contrario a lo que señala el primer sistema, éste considera que la reincidencia debe atenuar la responsabilidad, porque la comisión de un segundo delito sólo demuestra la insuficiencia de las leyes y de la sociedad para prevenir y corregir la delincuencia, la inutilidad en el sistema de las penas. El autor Roeder afirmaba que el ladrón se interna en una prisión, se pone en contacto con delincuentes avezados, sale más corrompido y dispuesto a continuar robando; la sociedad contribuye a la corrupción por deficiencia del tratamiento penitenciario.
- d. **Sistema de la Escuela Positivista:** esta escuela rechaza para la reincidencia la noción de agravante de la responsabilidad, porque la recaída en el delito es un síntoma que puede servir para una valoración de peligrosidad, pero no siempre es así. De aquí la distinción que hace de delincuentes primarios y reincidentes y dentro de éstos, delincuentes por tendencia, habituales o profesionales. De acuerdo con esta teoría, hoy no puede continuarse admitiendo que el reincidente sea un criminal ordinario que añada otro delito a los anteriormente castigados. Es considerado un delincuente de una naturaleza especial, tiene su género especial de vida, pertenece a una categoría de-

terminada, y sus recaídas sucesivas le hacen entrar en ciertos momentos en la clase social que se ha llamado siempre peligrosa, que debe ser regida por especiales disposiciones de la Ley y cuyos individuos exigen, no la apreciación objetiva del delito nuevamente realizado, sino la del peligro social que proviene del carácter de este criminal y de su modo de ser particular.

2.8.2. Causas de extinción y de exención de la reincidencia

Para la valoración de la reincidencia, en el sentido de no tomarse en cuenta la condena precedente, se tienen varios elementos o causas que extinguen el delito, entre ellas tenemos: la amnistía, la anulación de la sentencia por revisión del proceso y una ley abolutiva. En cambio, el indulto o la prescripción de la pena son elementos valorativos de la reincidencia, porque no borran el delito, sólo impiden el cumplimiento de la condena. Las causas de exención de la responsabilidad por justificación, anulan el estado de reincidencia. Así también y particularmente la declaración de irresponsabilidad por enfermedad mental, por sordomudez o por minoridad del sujeto, pues aunque el Tribunal dicta medidas de seguridad contra estos inimputables, no hay condena.

2.8.3. Tratamiento de la reincidencia

El problema de la reincidencia, como ya es sabido, se inició hace mucho tiempo, y en vista de las consecuencias que trae su aumento, se han venido creando una serie de “tratamientos penales para los reincidentes”. En algunos países se deportan a las colonias, mientras que en otros se les recluye perpetuamente o se les condena a una prisión suplementaria, que se cumple después de sufrida la condena normal. También existe otro tratamiento, señalado por la Escuela Positivista, y se refiere a un “Internado en una colonia agrícola o en una casa de trabajo”.

En Venezuela, el artículo 6 de la Ley de Régimen Penitenciario, establece que en las penitenciarías se atenderá a la separación de los reos por razón de la “reincidencia” y por la especie del delito; al reincidente se le niega la gracia de conmutación de las penas de presidio o prisión, en confinamiento (artículo 56 del Código Penal) y también se le niega la conversión en amonestación (artículo 57 *ejusdem*).

2.8.4. Prescripción de la reincidencia

En cuanto a la prescripción de la reincidencia existen tres sistemas que la explican, los cuales son;

- a. El de la temporalidad.
- b. El de la perpetuidad.
- c. El mixto.

En relación con la temporalidad, existen diversas opiniones relativas a esta prescripción, ya que sostienen algunos autores que si los delitos prescriben, también puede prescribir la reincidencia una vez que ha transcurrido cierto tiempo. Y ese tiempo demuestra que ya no existe, o por lo menos no perdura, la tendencia al delito, puesto que durante mucho tiempo no se manifestó.

Por otra parte, Garófalo, Nicéforo y otros quienes se inclinan hacia la Escuela Positivista, señalan que la reincidencia “no puede sujetarse a ningún término”, con lo cual evidencian su oposición a la temporalidad.

Existen autores que sostienen el criterio del sistema mixto, por ejemplo Francisco Carrara, quien opina que sí se puede encontrar un vía conciliadora entre la perpetuidad y la temporalidad. Este sistema que condena la prescripción, consiste en disminuir la agravante de una manera proporcionada al tiempo transcurrido entre la pena anterior y el nuevo delito, pero tratando de mantener el primer sistema, es decir, la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia.

Ahora bien, existen países que han admitido en sus códigos la prescripción de la reincidencia, entre ellos están Bolivia, Paraguay, en Argentina por ejemplo, los plazos de prescripción no exceden de 10 años, también Panamá, Venezuela, Colombia y Costa Rica que tienen como plazo 10 años. Por otra parte están Perú y Uruguay, donde el plazo de prescripción de la reincidencia es de 5 años.

Observan algunos autores que no puede hablarse de prescripción de la reincidencia, puesto que ésta es un estado o situación no susceptible de desaparecer por vía de prescripción. Lo que entra en cuestión es la prescripción del antecedente delictual a los efectos de que un sujeto pueda ser declarado reincidente.

2.8.5. Significado que se asigna a la condición de reincidente

Existen autores como Baumann, citado por Fontán Balestra en su Tratado de Derecho Penal (1977), quien sostiene que el hecho de cometer un nuevo delito no debe considerarse como agravación de la pena y por lo tanto señala:

Un nuevo delito debe ser reprimido con idéntico criterio, y no puede modificarse por el hecho de que un delito anterior motivara una condena (p. 209).

Tenemos también la opinión de Francisco Carrara, citado igualmente por Fontán Balestra (1977), quien comparte el criterio de la corriente doctrinal que sostiene los efectos agravantes de la reincidencia:

Al castigar más al reincidente, no se le reprocha de nuevo el delito precedente; no se toma en cuenta la maldad del hombre no se mortifica porque no se haya sido correcto. No sucede nada de esto. La imputación queda la misma. Pero el hecho ha probado que la pena es insuficiente en relación a la sensibilidad de ese hombre. Por lo tanto, para no realizar un acto insuficiente de defensa, es necesario aumentarla (p. 210).

Antolisei, en su Manual de Derecho Penal (1960) comparte esta misma posición doctrinaria que atribuye efectos agravantes a la reincidencia, cuando manifiesta que la razón que justifica el aumento de la penalidad en los casos de reincidencia:

...se haya en el hecho de que la recaída en el delito demuestra una voluntad persistente en delinquir y por ello, una mayor capacidad criminal (p. 484).

Un número reducido de autores sostienen que la responsabilidad atenuada de los sujetos que reinciden, se debe a una presunción de libertad disminuida.

Eugenio Florián, quien se inclina hacia el positivismo penal, señala que no debe considerarse la reincidencia como una figura abstracta, ya que debe estudiarse en el delincuente, para lograr comprobar si revela o no en él una mayor peligrosidad, una antisociabilidad más manifiesta. La doctrina del positivismo penal cuando se refiere a la reincidencia su criterio es muy preciso ya que lo enfoca desde el punto de vista de la peligrosidad como único elemento relativo a la delincuencia.

Al respecto, citado por Fontán Balestra (1977) señala:

La reincidencia no debe y no puede representar siempre aumento de pena, sino que el aumento debe ser facultativo y dejarse al prudente arbitrio del Juez (p. 211).

2.8.6. Reincidencia y culpabilidad

Hay quienes prestan atención al modo en que se relacionan la personalidad del delincuente y la culpabilidad, pero no a la culpa esto se refiere en sí, sino a la vinculación que existe entre esta y la declaración de reincidente.

El autor R. Maurach dice que “la reincidencia en sentido estricto, representa una propia causa de incremento de la culpabilidad”. Esto quiere decir que mientras más culpa exista, mayor será el castigo al autor del hecho que produjo la reincidencia. Por su parte, Guillermo Sauer, señala que la reincidencia comprende “un grado entre los tipos de intensidad de la culpabilidad crónica, que hace ir desde la que llama mera reincidencia del mismo delito o de los tipos relacionados entre sí hasta la culpabilidad elevada de energía y tenacidad de quienes hacen del delito su medio de vida”.

2.8.7. La prueba de la reincidencia

En la doctrina se plantean dos tipos de pruebas para comprobar la situación de la reincidencia y son:

1. La prueba de la condena anterior

Esta prueba es utilizada para demostrar la existencia de una condena anterior, y para ello se acude a los registros de sentencias. Por ejemplo en Francia todos los tribunales llevan obligatoriamente un registro de sentenciados, y estos son centralizados en el Ministerio de Justicia y en la prefectura de policía de París.

En Venezuela antiguamente, venía funcionando el “Registro Carcelario Judicial”; la Ley de Régimen Penitenciario de 1937 creó una oficina de centralización de sentencia para obtener una mayor información sobre la duración de las condenas, y esta oficina funcionaba en la Dirección de Justicia del Ministerio de Relaciones Interiores.

Para el año de 1939, se ordenó la creación de un “Archivo de Antecedentes Penales”, éste contaba con los datos necesarios que serían suministrados a los Tribunales, que deseaban tener conocimiento de la personalidad del delincuente.

El 18 de marzo de 1940, se reorganizó el registro y fue llamado: “Registro de Recluidos y Antecedentes Penales y Correccionales”. Este nuevo registro operaba de la siguiente manera: a cada procesado se le elaboraba una ficha que contenía datos relativos al delito cometido, así como también filiación, nombres de los padres, nacionalidad y lugar de nacimiento, entre otros elementos de identificación. Para el mes de diciembre de ese mismo año, las fichas escritas, llegaron a las 20.000 unidades, ésta iniciativa se le debe al doctor Tulio Chiossone.

En la actualidad, existe una “Dirección de Antecedentes Penales”, adscrita al Ministerio de Justicia, la cual se encarga de llevar el registro y récords de los antecedentes penales en Venezuela.

2. La identificación del delincuente

De un modo ilustrativo se describen los métodos para la identificación del delincuente, ellos son el antropométrico y el dactiloscópico. Estos son todavía utilizados en algunos países, pero el predominante sigue siendo el dactiloscópico.

- a. **Método Antropométrico:** Creado por Alfonso Bertillon, quien fue jefe del servicio de identificación en el depósito de la prefectura de París. Bertillon dio a conocer su sistema en diversos congresos; en Roma (1885), Bruselas (1892), París (1895), también se extendió a todos los Estados Europeos, Estados Unidos, Argentina y posteriormente al Japón.

Mendoza Troconis señala en su obra “Curso de Derecho Penal Venezolano”, Tomo III (1986) que la antropometría consiste:

En la identificación de los criminales mediante fichas conservadas en los archivos bien seleccionados, que contienen: la especificación de las medidas del cuerpo humano entre las que no sufren alteración alguna o casi ninguna, durante la vida de la persona (talla, busto, longitud, pie izquierdo...)

.... la descripción de los caracteres cromáticos (color de los ojos, del cabello, de la barba y de la piel) y ciertas marcas particulares (cicatrices, tatuajes, deformaciones, mutilaciones, lunares, etc.) p. 109.

b. *Método Dactiloscópico*: Vino a sustituir al método Antropométrico. El maestro Mendoza Troconis lo define así:

Consiste en el estudio y conservación de los dibujos digitales para determinar la identidad de las personas. (p. 109).

Cuando dejamos una huella, porque teñimos el dedo, sobre un papel o cristal, se observan unas líneas salientes llamadas “crestas papilares” y “surcos papilares”. El conjunto de crestas y surcos es el “Dactilograma”, que puede ser Natural o Artificial. Será natural si se obtiene del mismo dedo y artificial si su imagen se reproduce por impresión, fotografía u otro medio.

Francis Galton, médico inglés, llevó a cabo en 1830 el primer estudio sobre las impresiones digitales desde el punto de vista biológico. Según la conformación del “delta” o “núcleo”(figura triangular que forman las líneas papilares) y de las líneas se hacen clasificaciones dactilográficas, que son tres, de acuerdo con el sistema ideado por Galton: Arco, Presillas y Verticilos.

En el sistema de Vucetich, son cuatro tipos, llamados: Arco, Presilla Interna, Presilla Externa y Verticilo. Este sistema fue creado por Juan Vucetich, nacido en Lesima (Dalmacia), quién fue jefe de identificación en el Departamento de Policía de Buenos Aires, organizó prácticas científicas en el servicio de identificación sobre impresiones digitales, basándose en los estudios de Galton dándole el nombre de “Ignofalangometría”. Posteriormente, Francisco Latzimia, propuso sustituir ignofalangometría por “Dactiloscopia”, significando: daktilos: dedo y skopein: examinar.

2.9. Exclusión al procesado de los beneficios procesales:

¿Por qué se excluye de los beneficios procesales al procesado venezolano, cuando éste posee antecedentes judiciales como consecuencia de haber sido condenado por una sentencia anterior?

En el diario quehacer en los Tribunales se observa con preocupación, cómo abogados y funcionarios judiciales (de todos los rangos), confunden o tildan de “reincidentes”, a personas que habiendo sido condenadas con una sentencia definitivamente firme por la comisión de uno o varios delitos, son objeto de una nueva averiguación penal por un nuevo delito. Lo anterior aunque no justificable, es comprensible, en vista de que el propio legislador creó dos leyes que establecen beneficios proce-

sales, y en las cuales como requisito *sine quanon*, se requiere entre otros, no haber sido condenado anteriormente a pena privativa de libertad, o lo que es lo mismo, no tener antecedentes penales. Quiere decir, que no se le conceden beneficios procesales a quien no cumpla con el anterior requisito.

En tal sentido, la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, en su artículo 5° establece lo siguiente:

El Tribunal competente deberá dictar auto de sometimiento a juicio cuando llenos los extremos el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, concurren además los siguientes requisitos:

Que el indiciado no tenga antecedentes penales, ni haya estado sujeto anteriormente a esta medida, salvo que hubiese sido absuelto por sentencia definitivamente firme...

Asimismo, la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza, en su artículo 13° establece lo siguiente:

Para obtener la Libertad Provisional Bajo Fianza, el imputado deberá cumplir acumulativamente los siguientes requisitos:

- a) No haber sido condenado a pena privativa de libertad, en el curso de los diez (10) años inmediatamente anteriores por la comisión de un hecho punible, ni haber quebrantado el Sometimiento a Juicio o la Libertad Provisional Bajo Fianza que le hubiere sido concedidos...

A su vez, la Ley de Registro de Antecedentes Penales, en su artículo 3°, establece el concepto de "Antecedente Penal":

Se considera Antecedente Penal de conformidad con esta Ley, únicamente la existencia de una o varias sentencias condenatorias definitivamente firmes, privativas de la libertad.

Observando lo anterior, nos preguntamos el porqué de esta situación por demás injusta.

Al revisar los llamados "Principios Procesales", los cuales, a juicio de los doctrinarios y conocedores de la materia penal, deben existir y cumplirse en toda legislación que se considere respetuosa de los derechos humanos, se encuentran tres de suma importancia, en el sustento de los razonamientos que se exponen en la presente controversia, los cuales son:

El Principio de Favor Rei.

El Principio del Indubio Pro Reo.

El Principio de que al procesado se le debe considerar inocente, mientras no se le pruebe lo contrario.

El Principio del "Favor Rei", aparece enunciado por la mayoría de los doctrinarios, como parte fundamental de toda legislación penal, pero también es considerado, que se encuentra subsumido en el principio "Indubio Pro Reo", el cual es análogo de aquél y el que a su vez incluye al principio de que la carga de la prueba le corresponde al Estado, el cual está representado tanto por el Juez, como por la Vindicta Pública; aunque esta última, actuando como supervisor de la legalidad y parte de buena fe. Pero más allá de que estos dos principios incluyan que la carga de la prueba le corresponda al Estado, está el hecho de que éstos consagran una gran amplitud y se extienden a la favorabilidad en beneficio del reo en la interpretación y aplicación de las normas penales tanto sustantivas, como adjetivas. En opinión de diversos autores, el artículo 9º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional de Francia, el 26 de agosto de 1789, viene a ser la matriz de los principios prenombrados, dicho artículo 9º reza de la siguiente manera:

Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.

Asimismo, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes, del 2 de mayo de 1948 establece:

Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

A su vez, el artículo 6º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, reza lo siguiente:

Toda persona acusada de un delito se presume inocente hasta que su culpabilidad no haya sido legalmente establecida.

En consideración de varios autores, también se oponen a estos principios las llamadas *Presunciones Juris Tantum* que establecen responsabilidad penal, puesto que las mismas implicarían imponer al imputado la carga de la prueba de su inocencia, invirtiendo la carga de la prueba y dejándola en cabeza de quien sufre tal presunción.

El “Principio de la Presunción de Inocencia”, es considerado consecuencia de los dos principios mencionados anteriormente y a decir de algunos doctrinarios, los tres forman parte integral del llamado “debido proceso”. Autores como Giuseppe Bettiol, califican este principio como presunción, pero otros como el argentino Alfredo Vélez Mariconde, consideran que no se trata de “una presunción, sino de un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que no sea declarado culpable, por una sentencia firme”. (Alfredo Vélez Mariconde. Estudios de Derecho Penal, Tomo II. Pág. 26).

Por todo lo antes expuesto, se piensa que el trato que se le da en nuestro sistema procesal penal, al procesado que posee antecedentes penales, es el de reincidente, puesto que se crea una especie de presunción en su contra, al no permitírsele la obtención de Beneficios Procesales de libertad, situación ésta que viene representada por la existencia del antecedente penal. En relación con este punto, es importante aclarar, que con este trabajo no estamos invitando a la administración de justicia a mostrarse menos severa con los delincuentes, que cada vez se muestran más agresivos y peligrosos. No se está proponiendo la libertad para homicidas y violadores; al contrario, se piensa que parte del éxito de bajar los índices delictivos, lo comprende el hecho de una firme, severa, pero justa aplicación de las normas y sus penas. Únicamente se refiere al otorgamiento de beneficios a los sujetos a los cuales se les concede actualmente, y también a un tipo de sujeto, que teniendo antecedentes por una sola condena anterior, es objeto de una nueva investigación. En tal sentido se piensa que fue muy sabia y justa la decisión del Legislador de establecer respectivamente tanto en el Sometimiento a Juicio como en la Libertad Bajo Fianza, los requisitos de que el delito presuntamente cometido merezca pena corporal que no exceda de cinco (5) años en su límite máximo y de excluir taxativamente una serie de delitos, que por su gravedad obviamente no deben ni pueden ser objeto de beneficio alguno. Lo que se piensa, es que se sigan otorgando beneficios para los mismos delitos que se prevén en las leyes de beneficios procesales, con sus mismos requisitos (artículo 5º de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y artículo 13º de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza), pero modificando el relativo a que la persona no posea antecedentes penales, para que se siga otorgando dicho beneficio, después de una sentencia condenatoria.

El resultado de no aplicar lo propuesto anteriormente, es que además de crear un grave problema social, se crea un problema de hacinamiento en las cárceles, puesto que individuos que posean un antece-

dente judicial y sean investigados nuevamente en un proceso penal, permanecerán encerrados, así sean inocentes y se les impute el más leve de los delitos.

En relación con el problema social que se planteó se pregunta: ¿quién le repone el tiempo perdido a este individuo?, ¿quién le indemniza por el tiempo que ha dejado de producir? Además, por todos es conocido que entrar en una cárcel venezolana, es entrar en la universidad del crimen; en consecuencia, si a quien tiene antecedentes no se le otorga un beneficio y resulta absuelto después de permanecer encerrado un largo tiempo por la lentitud de la administración de justicia, entonces sale a la calle con gran resentimiento, odiando, despreciando y ensañado contra la sociedad. Y todo esto, por no haberle otorgado un beneficio que le corresponde según el principio de inocencia.

Como se dijo, pensamos que se deberían reestructurar las leyes que otorgan beneficios, no buscando impunidad, comodidad u otra forma de facilidad para los delincuentes, sino para evitar que se cometan injusticias como en el siguiente caso de la vida real: Un sujeto "A" es aprehendido en compañía de su hermano "B" y de su compadre "C" en una procedimiento policial (redada); durante esta redada, es localizado un vehículo, el cual fue robado con anterioridad. Por la proximidad en que se encontraban los sujetos "A", "B" y "C" del vehículo recuperado, los funcionarios policiales "concluyen" que éstos son los ladrones y proceden a remitirlos al C.T.P.J. , quien a su vez los pasan a Tribunales. Durante la instrucción del proceso, los funcionarios aprehensores (2) declaran que estos sujetos se encontraban dentro del vehículo recuperado; también se cita al denunciante del robo, el cual no reconoce a ninguno de los tres sujetos como los que lo atracaron; y por su parte, los tres indiciados son contestes en señalar su inocencia puesto que no se hallaban dentro del vehículo. A pesar de que sólo existe un indicio en contra de los tres individuos, consistente en las declaraciones de los funcionarios aprehensores, que como lo ha dicho reiterada jurisprudencia, sólo pueden constituir en su conjunto un sólo indicio, el Tribunal de la Causa les dicta Auto de Detención por el delito de Aprovechamiento de Cosas Provenientes del Delito. Los sujetos "B" y "C", no poseen antecedentes, pero el sujeto "A" sí posee antecedentes penales por una sentencia dictada en su contra hace ya ocho (8) años. A los sujetos "B" y "C" se les otorga el beneficio de Sometimiento a Juicio, pero al sujeto "A", se le negó tal beneficio, en vista de no cumplir con el requisito de no poseer

antecedentes penales. Después de casi dos años de iniciarse este proceso y por supuesto de la detención del sujeto "A", el Tribunal de Primera Instancia dicta sentencia absolutoria, la cual es confirmada por el Tribunal Superior, el cual le otorga Libertad Bajo Fianza. Se pregunta entonces, ¿se cometió o no una injusticia con este ciudadano?, pudiendo habersele otorgado algún beneficio en virtud del delito imputado, el cual merece una pena corporal leve.

Además del caso anterior, podríamos exponer miles de casos hipotéticos, como el siguiente: supongamos que un sujeto tiene antecedentes, y desplazándose de la manera más prudente y diligente, se ve involucrado en un accidente de tránsito con fallecidos. Este ejemplo, muy sencillo, demuestra que cualquier persona que posea antecedentes penales se haya reformado y al verse involucrada en una situación como las planteadas, corre el riesgo de permanecer privado de su libertad por largo tiempo, con los peligros que eso conlleva (violaciones, vejaciones, enfermedades tanto físicas como mentales e incluso la muerte) por lo lento del sistema, los traslados, huelgas, vacaciones judiciales, etc.

Por lo tanto sería prudente revisar este requisito, y no asumir la culpabilidad de un sujeto porque posea antecedentes penales, violando con esto el principio procesal consagrado universalmente, como lo es el Principio de Inocencia, que debe proteger a todo investigado o procesado.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

- a. No se respeta en algunos casos los Principios de: *Favor Rei, del Indubio Pro Reo* y el más elemental, el Principio de Inocencia, que consiste en considerar al procesado inocente hasta que se le pruebe lo contrario, puesto que al procesado que tiene en su haber una sentencia condenatoria anterior, al abrirse un nuevo contra él por la supuesta comisión de un nuevo delito, se le da tratamiento de reincidente, al no concedérsele en determinados casos, beneficios procesales.
- b. El hacinamiento que existe en nuestras cárceles, es producto de una serie de factores, dentro de los cuales se encuentra la reincidencia.
- c. La reincidencia es una circunstancia agravante de la pena.

- d. Nuestra legislación penal vigente no permite el reconocimiento de sentencias penales dictadas por Tribunales extranjeros a los efectos de establecer la reincidencia.
- e. La reincidencia no interrumpe la prescripción de la pena establecida en el artículo 112 del Código Penal Venezolano.

3.2. Recomendaciones

- a. Reformar en varios puntos las leyes que prevén los beneficios procesales, ya que se excluyen de los mismos a los procesados que tengan antecedentes judiciales, sin haberse dictado sentencia condenatoria definitivamente firme. Específicamente, eliminar el numeral 1º del artículo 5º de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal y el literal a del artículo 13 de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza.
- b. La revisión urgente de las leyes de beneficios, para conseguir mejor administración de justicia. Reestructurar las leyes que otorgan beneficios, no significa buscar impunidad, comodidad u otra forma de facilidad para los delincuentes, sino evitar que se siga acrecentando el problema del hacinamiento carcelario, evitar que se cometan injusticias como las señaladas en este trabajo y evitar que personas procesadas por delitos de "poca peligrosidad" y amparadas por el principio de presunción de inocencia, pasen un tiempo en la cárcel, período en el cual son objeto de todo tipo de vejaciones y más propensos a corromperse; asimismo, evitar el resentimiento social generado por una injusta encarcelación, que termina en una absolutoria.

FUENTES CONSULTADAS

ABOUHAMAD D, Guitta. *Casación Penal. Jurisprudencia Comentaristas*. Editado por el Consejo de la Judicatura. Caracas, 1982

ANTOLISEI, F.. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Octava. Edición. Bogotá, 1988.

ARTEAGA SÁNCHEZ, A. *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Editado por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. U.C.V. Cuarta Edición. Caracas, 1986.

CABANELLAS, G. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo 3. Editorial Ormeba. Sexta Edición. Buenos Aires, 1968.

- CHIOSSONE, T. *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Imprenta Universitaria. Caracas, 1981.
- Código de Comercio*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 (Extraordinario), 1955.
- Código de Enjuiciamiento Criminal*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 748. (Extraordinario), 3-02-62.
- Código Penal Venezolano*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 915. (Extraordinario), 30-06-64.
- DÍAZ C, F. *30 años de Casación Penal*. Editorial Livrosca. Bogotá, 1990.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXIV. Editorial Ancal. Buenos Aires, 1976.
- FONTÁN B, C. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Parte General. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, 1977.
- GRISANTI A, H. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Editorial Mobilibros. Tercera Edición. Valencia, 1991.
- INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. *Código Penal de Venezuela*. Volumen II. Art. 68 al 127. Editado por la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.
- MENDOZA T, J. *Curso de Criminología*. Editorial El Cojo. Séptima Edición. Caracas, 1991.
- MENDOZA T, J. *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Parte General. Imprenta El Cojo. Octava Edición. Tomo III. Caracas, 1986.
- OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Obra Grande S.A. Montevideo, 1974.
- PINATEL, J. *Tratado de Criminología*. Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1984.
- RUA D, J. *La Codificación Penal Latinoamericana*. Editado por la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1982.

SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

AMABLE LECTOR

En este número de la *Revista de Control Fiscal* le ofrecemos “Sistema Nacional de Control”, sección en la cual publicaremos la información técnica y doctrinaria que venía siendo difundida a través del boletín bimestral *Control al día*.

Esta sección, con un contenido más amplio que *Control al día*, tiene idéntica finalidad que el antiguo boletín: posicionarse como medio de divulgación del Sistema Nacional de Control y como canal de comunicación efectivo entre los órganos de control de los diferentes entes de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, de los estados y municipios, y de la Contraloría General de la República, como órgano rector del Sistema.

SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

RECTORÍA NORMATIVA Y TÉCNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que entró en vigencia el 01-02-96, establece en sus artículos 69 y 72 que la Contraloría es el órgano rector de los sistemas de control externo e interno de la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada, y que en tal carácter le corresponde dictar las normas e instrucciones y formular las recomendaciones que considere necesarias para el funcionamiento coordinado de dichos sistemas, y que en lo concerniente a las contralorías estatales y municipales, dictará las normas para coordinar el ejercicio de las potestades de control que le confiere el Título V de la Ley, con las que correspondan a esos órganos de fiscalización externa.

En estas precisiones legales se concretan las modernas tendencias del control de la administración gubernamental expresadas en forma reiterada en los Informes Anuales presentados por el Contralor General al Congreso de la República, así como en diferentes ponencias, estudios e investigaciones acerca del control de las finanzas públicas adelantados por la Contraloría venezolana y debatidos en eventos latinoamericanos y mundiales de Entidades Fiscalizadoras Superiores. La realidad es que hay un consenso generalizado acerca de la necesidad de que la Administración Pública sea competente para atender con prontitud los problemas de los ciudadanos, y que lo haga con transparencia, honestidad y eficiencia. La materialización de estos propósitos requiere que en la gestión fiscalizadora se unifiquen los distintos actores del Control de Estado, para mancomunar esfuerzos en beneficio de una mayor cobertura de la vigilancia fiscal, abaratar el costo del control, evitar duplicaciones en su ejercicio y mejorar su capacidad para promover la eficiencia y la ética en el manejo de los recursos públicos.

CONTROL DE ESTADO: ÁMBITO DE ACCIÓN

El Control de Estado tiene diferentes manifestaciones según la naturaleza del objeto sobre el que recae su acción. No obstante, en principio todas tienen como punto de origen el derecho que tiene la sociedad de elegir sus gobernantes, de disponer de reglas de conducta que rijan el desenvolvimiento de la vida social, de administrar los caudales públicos, y de requerir el cumplimiento voluntario o coactivo del ordenamiento jurídico. Consustancial a ese derecho, la sociedad tiene la potestad de exigirle a quienes en su nombre, interés y representación crean las leyes, administran justicia, manejan los recursos fiscales o vigilan su manejo, que le rindan cuenta de esos actos y que respondan con respecto a ellos, por los resultados obtenidos.

El Control de Estado que ocupa la atención de esta Institución Contralora, y sobre el cual ejerce función rectora, es el que tiene por objeto la vigilancia, evaluación y auditoría de la gestión pública, con el propósito de verificar y promover la eficacia, la productividad y la calidad en la administración del Patrimonio Público, así como el cumplimiento de las normas legales, de las políticas y de los planes de acción gubernamentales, relativos a dicho patrimonio. Por obvias razones constitucionales y legales, se excluye del ámbito de esta noción el control que ejerce el Parlamento Nacional y Regional y el de las instancias deliberantes locales, sobre el manejo de la Hacienda Pública Nacional, Estadal y Municipal.

COMPONENTES ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DEL CONTROL DE ESTADO

El Control de Estado involucra un vastísimo escenario de entidades públicas nacionales, regionales y locales, cuyo universo se sitúa en 1.870 estructuras organizativas, señaladas con detalle en el Capítulo I de este Informe, con disímiles cometidos, sometidas en su regulación presupuestaria y financiera a leyes muchas de las cuales en su concepción, en su alcance y en los objetivos propuestos inicialmente en su formulación, han devenido ineficaces para lograr la concreción de una administración coherente, con sistemas y procedimientos uniformes, hoy cada vez más desarticulada a pesar de los esfuerzos dirigidos a procurar su integración funcional.

Además del inmenso patrimonio material, cuya cuantificación ha demandado con perentoriedad el Contralor General de la República en

las Instrucciones contenidas en la Resolución No. 01-00-00-000019 del 12-05-97, ese universo de entidades públicas manejó durante el año 1997 una cifra que se aproxima a los Bs. 37,59 billones, manejo que involucró la formulación de planes, programas, proyectos, así como cuantiosas operaciones de autorizaciones, verificaciones, contrataciones, pagos y trámites documentales de la más variada naturaleza, como corresponde a un Estado que a lo largo de los años ha sobrevenido en gigantesca maquinaria burocrática.

En toda esa urdimbre de estructuras y procesos administrativos el Control de Estado está presente en las políticas, sistemas, procedimientos y tramitaciones, especialmente por conducto de las numerosas dependencias encargadas del control interno y externo, las cuales tienen niveles de intervención con potestades específicas y propósitos claramente establecidos, vinculados con la fiscalización previa y posterior de la gestión pública; a la fecha de corte de este Informe, la Contraloría General de la República tenía incorporados en sus registros 268 de esos órganos de control interno, 22 contralorías estatales y 139 contralorías municipales.

MISIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DEL CONTROL DE ESTADO

La misión del Control de Estado, en el contexto antes descrito, es la de *vigilar, evaluar y auditar la administración del Patrimonio Público, para promover su eficiencia, prevenir y combatir la corrupción, y propiciar el bienestar de la sociedad venezolana.*

Sin embargo, son numerosos los factores que limitan y en algunos casos hacen nugatoria la materialización, a través de acciones y resultados concretos, de aquella misión del Control de Estado. Un diagnóstico general de la situación de la fiscalización gubernamental nos permite arribar a las conclusiones siguientes:

Los lineamientos estratégicos son deficientes, cuando no inexistentes; los planes operativos, cuando se formulan, obedecen más a una actividad rutinaria que a un ejercicio técnico con el debido rigor metodológico.

En general responde más a requerimientos casuísticos que sistemáticos, de consiguiente no suele perseguir la consecución de metas y objetivos concretos debidamente jerarquizados.

Numerosos órganos de control actúan sin coordinación; su desempeño no está enmarcado en planes que potencien los recursos, guíen la acción fiscalizadora y articulen los esfuerzos para evitar la dispersión y las duplicaciones innecesarias.

Débil desarrollo organizativo de los órganos de control: es frecuente que las funciones no estén delimitadas, que las responsabilidades de los funcionarios no hayan sido normativamente establecidas, que los procesos de control carezcan de uniformidad y que su conducción gerencial sea errática.

La jerarquía y ubicación de los órganos de control en la estructura organizativa de las entidades, en general no es la más adecuada para preservar su independencia funcional y ejercer con legitimidad y autoridad las funciones contraloras.

La autonomía funcional, financiera y presupuestaria es débil y en algunos casos inexistente. Esta situación es generalizada en las contralorías estatales y municipales, y en los órganos cuyos titulares son seleccionados mediante concurso, es utilizada como medio para mediatizar y limitar el ejercicio de la función fiscalizadora.

Ausencia, insuficiencia y uso inconsistente de instrumentos de control, de sus metodologías, sus procedimientos y sus técnicas.

Fallas de calidad en las auditorías que se practican y ausencia de instrumentos metodológicos para medirla y promoverla.

Existencia de funciones de cumplimiento obligatorio y procesos obsoletos (burocratizados) que restringen la unilateralidad, selectividad y por lo tanto, la eficiencia y efectividad de las funciones de control.

Prevalecen procedimientos manuales en las tramitaciones. El uso de las tecnologías de información y de control es bajo.

Persistencia de tareas y procesos repetitivos y rutinarios.

El seguimiento de las acciones correctivas que deben emprender las entidades controladas no es sistemático; esto, unido a la escasa o nula voluntad de los administradores para actuar con prontitud ante las recomendaciones que formulan las entidades contraloras, hace que resulte frecuente la persistencia de fallas y deficiencias que son reiteradamente advertidas por tales órganos, y que la acción de éstos luzca inefectiva y de poca utilidad.

Deficiente profesionalización en los niveles directivos y supervisorios.

Marcada e indebida inmiscuencia de factores político-sindicales y de otros intereses en el reclutamiento y estabilidad de los funcionarios.

Generalizada inexistencia de sistemas de calificación de servicios en el desempeño del personal; por ende, las promociones, reconocimientos y remuneraciones dependen más de factores subjetivos que de criterios técnicos.

Bajo nivel de remuneración, experiencia y capacitación de los funcionarios que ejercen el control.

Alta rotación de personal.

El ejercicio del poder sancionatorio sigue siendo débil e inconsistente, a pesar de los esfuerzos que hacen algunos importantes agentes del control para incrementar su efectividad.

Insuficiente integración y coordinación de los órganos del Estado en la lucha contra la corrupción.

Para la superación de esas fallas y deficiencias es fundamental la disposición de instrumentos normativos que establezcan con claridad las competencias, el alcance y los factores claves de coordinación funcional de los agentes del control. En los últimos 3 años se han hecho serios esfuerzos en este sentido:

Se promulgó la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El Ejecutivo Nacional formuló el Programa de Modernización de la Administración Financiera del Estado, en el cual se enmarca el desarrollo del Proyecto del Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF), que a juzgar por sus propósitos, permitirá desarrollar un sistema de información dirigido a integrar y automatizar los procesos de Presupuesto, Contabilidad, Tesorería y Crédito Público del sector público, paralelo con las modificaciones que en materia legal, administrativa, operativa y de control, sean menester.

El Contralor General de la República, mediante sendas Resoluciones publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.229 del 17-06-97, dictó las Normas Generales de Control Interno, las Normas Generales de Auditoría de Estado y las Normas para el

Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno:

- **Con las Normas Generales de Control Interno, se establecen criterios básicos y programáticos a ser observados por los entes u organismos que conforman el sector público en las distintas áreas financieras y operativas, los cuales constituyen estándares mínimos aceptables para facilitar a las instituciones el establecimiento de los sistemas de control interno y a los auditores la evaluación de los mismos.**
- **Por su parte, las Normas Generales de Auditoría de Estado vienen a constituir orientaciones generales dirigidas a promover la uniformidad y optimización de la labor auditora en el sector público, señalándose requisitos y condiciones para que los auditores y los órganos de control realicen sus actividades e informen de manera oportuna y eficaz.**
- **En las Normas para el Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno, se desarrollan disposiciones orientadas a lograr que las funciones propias de control en los distintos niveles y sectores donde se materialice la actividad del Estado, se lleven a cabo de manera estructural y coordinada.**

A las citadas normas se agregan las dictadas durante el año 1996, referidas, unas a la Contabilidad del Sector Público, en las que se definen los conceptos básicos y postulados dirigidos a lograr que la contabilidad cumpla sus objetivos de facilitar el proceso de toma de decisiones y el ejercicio del control; y otras, a las Bases de los Concursos para la Designación de los Titulares de los Órganos de Control Interno, orientadas a promover la necesaria imparcialidad y objetividad en la selección y escogencia de esos importantes funcionarios.

El Ejecutivo Nacional, con el Decreto N° 1.664 de fecha 27-12-96, dictó el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, en el cual, entre otros importantes aspectos, se dispone la creación de la Superintendencia Nacional de Control Interno y Contabilidad Pública.

Asimismo, mediante Resolución N° 3791-A del 11-12-97 del Ministerio de Hacienda, se estableció la organización y funcionamiento de la citada Superintendencia, como órgano responsable de la orienta-

ción del control interno y de la dirección de la auditoría interna en las dependencias y organismos de la Administración Pública Nacional.

Para algunos órganos de control interno han sido dictados particulares instrumentos reglamentarios dirigidos a regular su estructura y funciones.

Sin embargo, de nada servirían las leyes, reglamentos, manuales, sistemas y procedimientos, si no están acompañados de una vigorosa acción gerencial que fomente la participación y el compromiso con una visión ampliamente compartida acerca del futuro del control de las finanzas gubernamentales.

La consideración de este aspecto ha orientado la actuación del Organismo Contralor, promoviendo actividades dentro de la propia organización y hacia los órganos de control externo e interno de la Administración Pública, como mecanismo para dar a conocer la noción filosófica y conceptual del Sistema Nacional de Control y fomentar el mejoramiento del Control de Estado. Se procura con ello, además, integrar y potenciar los esfuerzos institucionales dirigidos a superar los escollos que limitan la eficacia del control gubernamental, pero principalmente, a concretar la estructuración de un cuerpo normativo de rango sublegal y a avanzar en la normatización y sistematización de la actividad contralora, en consonancia con los preceptos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en armonía con los criterios doctrinarios más recientes elaborados por los organismos internacionales que agrupan las Entidades Fiscalizadoras Superiores, y sustentada en la experiencia de la gestión fiscalizadora desarrollada por los órganos de control externo e interno del Estado venezolano.

En ese sentido, la gestión de la Contraloría General de la República en el desarrollo de las bases del Sistema Nacional de Control, ha estado fundamentada en los lineamientos siguientes:

Adecuación de la Institución Contralora en sus aspectos organizativos, funcionales y operativos, a la exigencia que plantea el ejercicio eficaz de la rectoría de los sistemas de control externo e interno, encomendada en su Ley Orgánica.

Definición, en el marco de esa rectoría, de los propósitos estratégicos del Control de Estado.

Promoción del fortalecimiento y desarrollo de los controles internos y de los sistemas de información, como pieza clave del control de

gestión que le incumbe a las dependencias y organismos de la administración gubernamental.

Desarrollo de la auditoría de gestión como metodología fundamental para evaluar la eficacia de la gestión de los recursos públicos.

Intensificación de la coordinación y complementación del control externo con el que corresponde a los órganos de control interno, mediante el desarrollo de mecanismos que faciliten la comunicación interinstitucional, el seguimiento de los planes operativos y el intercambio de experiencias y tecnologías de control.

PRIMERAS JORNADAS SISTEMA NACIONAL DE CONTROL ORGANIZADAS POR LA CONTRALORÍA

En el marco de aquellos lineamientos, la Contraloría General de la República instituyó como evento permanente, bajo la modalidad de talleres, foros y seminarios con intenso trabajo técnico, las Jornadas alusivas al Sistema Nacional de Control. Estas Jornadas, en su primera realización, se planificaron para ser ejecutadas en 2 fases: una interna con los auditores de la Contraloría General de la República y la otra externa con los Contralores Estadales, Municipales e Internos de la Administración Pública Nacional.

El propósito de las Primeras Jornadas en su fase interna fue reforzar en el personal auditor de esta Contraloría General la filosofía, noción conceptual y operativa del Sistema Nacional de Control e incorporar a ese grupo de funcionarios a la discusión de los proyectos de Normas Generales de Control Interno, de Auditoría de Estado y del Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno.

En la fase externa de las Primeras Jornadas, se enfatizó en el proceso de divulgación de la noción filosófico-conceptual del Sistema Nacional de Control y en la propuesta estratégica del Organismo para promover los cambios requeridos a fin de crear las bases para su implantación. A tal efecto, fueron realizados 9 eventos regionales, en los cuales participaron 220 Contralores Estadales, Municipales e Internos de la Administración Pública, y el Superintendente Nacional de Control Interno y Contabilidad Pública. El resultado final de este esfuerzo fue el Primer Encuentro Nacional de Contralores, celebrado el 02-10-97.

AVANCES EN LA DEFINICIÓN DE OBJETIVOS ESTRATÉGICOS PARA EL ESCLARECIMIENTO DEL DESARROLLO FUTURO DEL CONTROL DE ESTADO

Primer encuentro nacional de contralores

Este Primer Encuentro de Contralores, en el cual participaron 100 Contralores Estadales, Municipales e Internos, el Superintendente Nacional de Control Interno y Contabilidad Pública, e invitados especiales de las distintas áreas de la sociedad civil del país, tuvo como principal objetivo la presentación del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado 1998-2000, concebido como instrumento para procurar el esclarecimiento del desarrollo futuro del Control de Estado; fomentar la participación del mayor número posible de actores para comprometerlos en su mejoramiento; integrar y potenciar los esfuerzos institucionales; superar las fallas, debilidades y deficiencias que limitan su eficacia; y desarrollar las bases del Sistema Nacional de Control.

Los diferentes agentes y actores del control gubernamental comparten las líneas básicas que en lo conceptual y operativo definen el Sistema, el cual fue tema de discusión en el evento de referencia, así como en los encuentros regionales, sectoriales y corporativos de contralores que durante el año 1997 lo precedieron, y que en general pueden ser resumidas así:

Elementos integrantes del Sistema

El Organismo Superior de Control Externo: la Contraloría General de la República.

Los órganos de control externo de la administración descentralizada político-territorialmente.

Las dependencias de control interno de la administración central y de la descentralizada funcional y político-territorialmente, así como de los organismos con autonomía funcional.

La Superintendencia Nacional de Control Interno y Contabilidad Pública.

Los organismos y entidades sujetos al control del órgano rector del sistema (administradores).

Las sociedades de auditoría y auditores independientes, cuando presten servicios profesionales en la materia a la Administración Pública.

El substrato normativo técnico.

Cobertura del Sistema (totalidad de la gestión del Estado)

La Administración Pública Nacional Centralizada.

La Administración Nacional Funcionalmente Descentralizada.

La Administración Descentralizada político-territorialmente.

Rectoría del Sistema

A cargo de la Entidad Fiscalizadora Superior, orientada a establecer el substrato normativo para el funcionamiento del Sistema, orientar su actividad y coordinar el esfuerzo de los entes involucrados, en el contexto de que los controles internos son de la responsabilidad de la gerencia administrativa.

Jerarquización de normas reguladoras

El instrumento regulador del Sistema Nacional de Control debe tener rango de Ley para integrar a todos sus componentes, y estar sustentado en un conjunto sistemático y coherente de normas de general y obligada aceptación, sin lesionar la autonomía que corresponda a los distintos órganos de control.

Planificación y seguimiento

Como garantía de la unidad y universalidad que se pretende asignar al Sistema, vinculada con la planificación de la propia administración.

Para procurar la coherencia de su orientación y conducción estratégica.

Como mecanismo de ampliación de la cobertura de la fiscalización, reducción de costos y prevención de duplicaciones.

Como factores de promoción de mejoras en el desempeño del Sistema, de sus órganos y de sus mecanismos, mediante su evaluación periódica y persistente en el tiempo.

Alcance

Incorporación de la Auditoría de Gestión como elemento que introduzca al Sistema el carácter de contemporaneidad y efectividad, sin descartar a priori ninguna de las modalidades de control, ni las técnicas o procedimientos de auditoría que resulten pertinentes.

Aprovechamiento de las tecnologías modernas, para hacer más eficiente la gestión fiscalizadora.

Recursos Humanos

Según perfiles de una alta capacitación profesional y técnica.

Reclutamiento y selección, considerando factores de moralidad, méritos y honestidad.

Estabilidad en aras de lograr independencia de la actividad fiscalizadora.

Mejoramiento continuo. Promoción de centros especializados de capacitación de los funcionarios que ejercen control y los de la administración activa, bajo la rectoría y coordinación técnica del Órgano Superior de Control.

Remoción de los titulares de los órganos de control interno, como un acto debidamente substanciado y razonado, precedido de la consideración del Órgano Superior de Control.

Coordinación con la administración activa

Para minimizar los inconvenientes de tipo práctico referidos, básicamente, a la subestimación del control y a la resistencia para acatar sus observaciones y recomendaciones.

Efectiva comunicación con la administración controlada, a fin de mancomunar esfuerzos en el logro de los fines del Estado.

Abandono de propósitos represivos con la incorporación de tendencias sistematizadoras, preventivas y correctivas, privilegiando la oportunidad en el control, el seguimiento a la acción administrativa y la vigilancia para la corrección de los errores y fallas determinados, lo que no excluye, cuando resulte imprescindible, una amplia capacidad sancionadora.

Coordinación con el poder legislativo y judicial

Fluida interacción entre los poderes Legislativo, Judicial y Administrador con el Sistema Nacional de Control, en aras de coordinar y propiciar mejoras en el manejo del Patrimonio Público, prevenir y luchar contra la corrupción, contribuir al desarrollo integral, armónico y sostenido del país, y garantizar un ambiente de bienestar compartido.

VISIÓN ESTRATÉGICA DEL CONTROL DE ESTADO: INSTRUMENTO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Estos elementos conceptuales de lo que la Contraloría General de la República y los demás importantes agentes del Control de Estado asumen como el Sistema Nacional de Control, no pueden verse desarticulados, incoherentes y desconectados de la realidad de la Administración Pública; pero principalmente, no pueden ser sustraídos de la dinámica de los cambios que es inherente al desenvolvimiento de las instituciones. Conforme a las modernas doctrinas del desarrollo organizativo, que ha sistematizado lo que en el pasado quedaba al arbitrio de las intuiciones mejor avisadas, el acierto y el éxito de las organizaciones dependen en buena medida de su proyección estratégica. La visualización del futuro de los negocios que las constituyen, y la intensificación de los esfuerzos dirigidos a materializarla, se convierten en piezas claves de la gestión y la gerencia.

La rectoría que legalmente le corresponde a la Contraloría General de la República en el control de las finanzas públicas del país, entraña la altísima responsabilidad de la definición de los rumbos estratégicos del Control de Estado. El Primer Encuentro de Contralores compartió, asumió y se comprometió con la visión estratégica formulada por este Organismo Contralor, en el sentido de que *el Control de Estado debe consolidarse como instrumento eficaz de la sociedad venezolana para propiciar el mejoramiento continuo de su ejercicio, promover la productividad, la calidad, la responsabilidad y los valores éticos en la administración del Patrimonio Público.*

En paralelo, esa visión del Control de Estado debe estar acompañada de serios y consistentes esfuerzos por parte de los agentes de control, encaminados a consolidar y desarrollar los principios y atributos de la autonomía, la independencia, el apoliticismo, la objetividad, el carácter técnico, la oportunidad, economía y celeridad administrativa, en los cua-

les descansa la credibilidad y aceptación social de la función fiscalizadora, los cuales, sin que su descripción agote significado, contenido y alcance, pueden ser resumidos así:

La autonomía, expresada en la potestad que tiene la entidad contralora para organizarse, administrarse, ejercer sus funciones y adoptar decisiones, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Independencia, objetividad y apoliticismo, según los cuales la acción de control debe estar desprovista de la influencia de factores subjetivos, con capacidad de decidir bajo criterios técnicos, aplicación consistente de métodos y técnicas, y sustentación de la calidad y pertinencia de sus resultados.

Acción contralora oportuna y económica, en el entendido de que la actividad y los resultados del control deben ser lo más contemporáneos posibles con la gestión administrativa para que tengan el indispensable impacto correctivo, disuasivo o sancionatorio, procurando, además, que el costo de la acción contralora no exceda del que resulte de la suma de los beneficios esperados.

Celeridad como garantía de que el control no se convierta en barrera para la normal fluidez de la gestión administrativa.

El Plan Estratégico, enmarcado en aquella visión del control, viene a constituir un instrumento para la promoción de la modernización de la Administración Pública y el reordenamiento del Estado. Está estructurado a partir del establecimiento de objetivos estratégicos que persiguen la mayor eficacia en la vigilancia y protección del Patrimonio Público y en el funcionamiento de los sistemas de control externo e interno como apoyo a la promoción de la eficiencia gubernamental. Esos objetivos a alcanzar en el período 1998-2000, son: *el establecimiento y consolidación de las bases para el desarrollo del Sistema Nacional de Control, y el incremento de la eficiencia, efectividad, calidad e impacto en el ejercicio de la función contralora.*

La consecución de esos objetivos entraña la realización de importantes tareas y acciones, en las que fundamentalmente deben participar y comprometerse quienes tienen a su cargo la responsabilidad del Control de Estado, sin soslayar la intervención de otras instancias públicas que interactúan, por acción o reacción, como agentes o destinatarios de la función fiscalizadora.

Estas tareas y acciones, definidas a partir de los aspectos considerados en el diseño del Sistema Nacional de Control, persiguen:

Disponer de un cuerpo normativo de rango legal y sub-legal que unifique estratégica, conceptual y operativamente la acción de control.

Mantener información actualizada sobre el ámbito y alcance del control.

Procurar que los órganos de control dispongan de estructuras organizativas, de normas y procedimientos y de recursos humanos y materiales, adecuados a la naturaleza y escala de la actividad de control que les toca adelantar.

Modernizar los sistemas de información y control de los organismos integrantes del Sistema.

Institucionalizar la celebración de eventos corporativos, regionales, locales y nacionales de contralores, para la formulación y seguimiento de los planes, introducir mejoras en las operaciones de control y fomentar el acervo técnico y doctrinario.

Los acuerdos del Primer Encuentro Nacional de Contralores y el plan estratégico nacional de Control de Estado

Si bien la Contraloría General había realizado, en años anteriores, otros 3 eventos de similar naturaleza, los cuales tenían como propósito establecer mecanismos permanentes de coordinación entre las entidades fiscalizadoras del país, este Primer Encuentro de Contralores es la iniciativa más coherente y con proyección estratégica que la Institución Contralora haya promovido durante todo el período democrático.

El evento concluyó con la aprobación de 14 acuerdos y recomendaciones, orientados a materializar los objetivos del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado 1998-2000, los cuales fueron:

1. Institucionalizar, mediante Resolución del Contralor General de la República, con carácter de normas, los encuentros nacionales y las reuniones semestrales de contralores, considerando la posibilidad de que se efectúen encuentros extraordinarios, de ser requeridos. Respondiendo a este planteamiento, el Contralor General dictó la Resolución N° 01-00-00-042 del 27-11-97, la cual contiene las Normas que Regulan el Encuentro Nacional de Contralores y las Reuniones Semestrales de los Contralores del Sector Público.

2. Que todos los Contralores participen en el Encuentro Nacional.
3. Que cada 2 años el Encuentro Nacional de Contralores tenga como temática la discusión de aspectos doctrinarios y la evaluación de técnicas de control y que se cree una Secretaría Técnica Permanente bajo la responsabilidad de la Contraloría General de la República, para coordinar la temática de los encuentros.
4. Que las reuniones semestrales de contralores se realicen a nivel Estatal, Municipal, Sectorial y/o Corporativo en razón a las afinidades desde el punto de vista de su misión y objetivos institucionales.
5. Que para materializar los objetivos formulados en el Plan Estratégico Nacional de Control de Estado 1998-2000 y definir mecanismos que viabilicen su ejecución, se constituyan comités coordinadores para cada área temática contenida en el Plan: Legislación, Organización, Recursos Humanos, Metodologías y Técnicas de Control, Planificación y Eventos, y Automatización.
6. Que cada Comité Coordinador, por área temática, esté conformado por 2 integrantes de las Contralorías Estadales, 2 de las Contralorías Municipales, 2 de las Contralorías Internas de la Administración Central, 2 de las Contralorías Internas de la Administración Descentralizada, 1 representante de la Superintendencia Nacional de Control Interno y Contabilidad Pública y 2 representantes de la Contraloría General de la República.
7. Que la Contraloría General de la República designe los integrantes de cada Comité Coordinador, procurando la mayor representatividad de los distintos niveles considerados.
8. Llevar el contenido del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado hasta los niveles operativos de los organismos a los fines de definir las acciones que correspondan.
9. Convertir los lineamientos del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado en planes de acción concretos que contengan: actividades a realizar, metas a alcanzar, responsabilidades y tiempo.
10. Diseñar y establecer los mecanismos de control que permitan hacer un seguimiento apropiado a la gestión vinculada con el Plan.
11. Darle continuidad al proceso de cambio que se inicia en materia de Control de Estado con la formulación del Plan Estratégico Nacional

de Control de Estado 1998-2000, manteniendo actualizado y documentado dicho proceso.

12. Exhortar a los cuerpos legislativos del país a la aprobación o modificación de los textos legales vinculados con el Control de Estado, enmarcados bajo un criterio netamente técnico, despolitizando la actuación de las Contralorías.
13. Exhortar a las máximas autoridades de los organismos y entidades sujetos al Control de Estado a desarrollar las actividades que les corresponden, enmarcadas dentro del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado y de los Planes Operativos de Control, entre las cuales pueden destacarse las relativas a las áreas de presupuesto, recursos humanos, finanzas y normativa interna.
14. Que la Contraloría General de la República dirija comunicación a las distintas instancias nacionales, estatales y municipales informando el contenido y propósito del Plan Estratégico Nacional de Control de Estado 1998-2000, así como a aquellos organismos que complementan la acción de control en la lucha contra la corrupción.

El Plan Estratégico Nacional de Control de Estado 1998-2000, dictado por el Contralor General de la República mediante la Resolución N° 01-00-00-041 del 27-11-97, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.353 de fecha 11-12-97, contiene, además de los aspectos relativos a los propósitos del Plan y los principios en que se fundamenta, el ámbito, misión y visión del Control de Estado, importantes precisiones relativas a las acciones que se prevén sean llevadas adelante para la consecución de los objetivos estratégicos contenidos en el mismo.

En lo que respecta al objetivo de *establecer y consolidar las bases para el desarrollo del Sistema Nacional de Control*, las acciones están dirigidas a crear y afirmar mecanismos que permitan avanzar en el año 1998, en la concreción de las metas siguientes:

Introducción en el Congreso de la República, de un proyecto de Ley del Sistema Nacional de Control.

Disposición de información general básica sobre el perfil institucional, programático, presupuestario y de control de los organismos sujetos a control y promoción de acciones para su actualización permanente.

Diagnóstico de la situación operativa y de efectividad en el ejercicio del control, de una muestra representativa de órganos de control interno, contralorías estatales y contralorías municipales, y dejar sentadas las bases para ampliar su cobertura en los años 1999 y 2000, que permita:

- **Avanzar en el diseño de los estándares mínimos de funcionamiento de los órganos de control en cuanto a ubicación jerárquica, estructura organizativa, recursos técnicos y presupuestarios, según la naturaleza, características y funciones de los organismos y entidades sujetos a control.**
- **Definir políticas en materia de recursos humanos para el personal que ejerce labores de control, que prevean la fijación de perfiles para ingreso, mejoramiento continuo (profesionalización y capacitación) y motivación al logro.**

Enfatizar en el proceso de normatización y sistematización en el ejercicio del control (normas, guías metodológicas, pautas o lineamientos, entre otros).

Desarrollar mecanismos operativos de coordinación previstos en las Normas para el Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno.

Lograr que los órganos de control interno y externo avancen en la automatización de sus procesos y tengan acceso a los sistemas de información desarrollados por los organismos y entidades sujetos a control.

Definir criterios generales para la formulación de indicadores que permitan evaluar la gestión de control, considerando la naturaleza, características y funciones de cada tipo de órgano de control.

Divulgar e implementar los instrumentos metodológicos básicos para el ejercicio de la auditoría de gestión, diseñados por la Contraloría General de la República.

Definir criterios generales para la formulación de indicadores de gestión en los organismos y entidades de la Administración Pública Nacional, Regional y Local, tomando en consideración su naturaleza, características y funciones.

La consecución de estas metas permitirá que para los años 1999-2000, se concrete:

La discusión y aprobación de la Ley del Sistema Nacional de Control.

La fijación de estándares únicos de funcionamiento de los órganos de control y el establecimiento de políticas en materia de recursos humanos para el personal que ejerce labores de control.

La existencia de un cuerpo normativo básico que en lo metodológico y operativo oriente la acción de control de manera coherente y uniforme.

La automatización de importantes procesos de control, para hacerlos más ágiles y oportunos.

La disposición de indicadores que sirvan de base para evaluar la gestión de los organismos y entidades.

En cuanto al objetivo de *incrementar la eficiencia, efectividad, calidad e impacto en el ejercicio del Control de Estado*, las actividades a cumplir deben orientarse a lograr que en el año 1998 se materialicen las metas y objetivos siguientes:

Que las leyes estatales, las ordenanzas y la Ley Orgánica de Régimen Municipal estén en concordancia con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a la organización y ejercicio del control.

La realización de actividades de autodiagnóstico de cada órgano de control, para evaluar el alcance y resultados de su gestión, adoptar las acciones en el orden operativo y técnico que se requieran, y para mejorar su eficiencia.

Que cada órgano de control formule y ponga en práctica un plan anual de capacitación para su personal, que incorpore, además de adiestramiento en técnicas y procedimientos de control, los aspectos vinculados con el desempeño gerencial, supervisorio y de crecimiento personal.

El ajuste de los recursos presupuestarios a los requerimientos de los órganos de control, atendiendo a sus necesidades óptimas de funcionamiento, y tomando en consideración, la misión, naturaleza, características y funciones de los organismos y entidades sujetos a control.

Que los órganos de control dirijan como mínimo el 50% de las actividades de control posterior hacia áreas críticas, determinadas en función del interés nacional, regional, local y/o corporativo.

Que se diseñen e implanten sistemáticos mecanismos de control para el seguimiento de la acción correctiva, a partir de las observaciones y recomendaciones formuladas por el órgano de control.

Con especial énfasis se ha desarrollado en el Plan un punto especial vinculado con los retos estratégicos, en el entendido de que, paralelo al desarrollo de las actividades anteriormente expuestas, es necesario optimizar las capacidades y oportunidades disponibles en el ámbito del Control de Estado, mediante la concentración de esfuerzos en áreas que incrementen, de manera inequívoca, la efectividad, la cooperación institucional, la autonomía de los órganos contralores, la formación ética de los funcionarios y la educación ciudadana en materia de control. Esos desafíos, tal como se resumen en el Plan, están referidos a la temática siguiente:

Efectividad en el ejercicio del control

Para asegurar e incrementar la efectividad en el ejercicio del control, es necesario:

La coordinación de los planes y programas de control de los diferentes organismos y unidades fiscalizadoras, para evitar la dispersión de esfuerzos. Esa coordinación debe ser permanente, como fórmula para fortalecer la función contralora y ampliar la cobertura de esa gestión.

El ejercicio oportuno de las potestades sancionatorias. La imposición de sanciones, cuando sea procedente, debe efectuarse de manera inmediata a la detección del hecho irregular, para profundizar el combate a la impunidad y ejercer una influencia disuasiva hacia el resto de la administración y hacia los sectores sociales que la promuevan.

Colaboración institucional

En función de la eficiencia y de la economía en el ejercicio de las actividades de control, es necesario emprender acciones dirigidas a lograr:

Mayor colaboración entre los órganos de control y los organismos que complementan su acción en la prevención y lucha contra la corrupción.

Esfuerzo coordinado entre los órganos de control, el Ministerio Público, el Poder Legislativo y los diferentes órganos del Poder Judicial, a los fines de emprender acciones conjuntas y coherentes que permitan agilizar los procesos de lucha contra la corrupción y hacer visible la utilidad de la acción fiscalizadora.

Compromiso del Ejecutivo Nacional, Regional y Local en la adopción de medidas que propicien el eficiente ejercicio del Control de Estado, y promuevan el correcto manejo del Patrimonio Público, en el entendido de que esa función de control es inherente a la función de administración de la Hacienda Pública.

Autonomía funcional, presupuestaria y financiera

Es primordial que los órganos de control estén dotados de autonomía funcional, presupuestaria y financiera. La normativa que los rige debe ser clara y categórica en cuanto a las potestades para tomar decisiones referidas a la orientación de sus actuaciones y a la selección de sus métodos y procedimientos de control, participar en la formulación de sus presupuestos y mantener independencia en su ejecución, así como en el manejo de sus recursos humanos y financieros.

Ética y educación

Como ejercicio profesional y para garantizar la ética y la eficacia en su desempeño, en la actividad de control se deben reforzar y maximizar:

La formación ética del funcionario que ejerce el control. Esta actividad requiere una sólida formación moral, arraigada en principios del comportamiento personal, familiar y social.

La educación ciudadana en materia de control. Los ciudadanos deben estar en condiciones de mantener una actitud reflexiva y crítica frente a la administración del Patrimonio Público y frente a las acciones que ejecuten los órganos en los cuales se ha delegado la función de vigilancia y control de su manejo.

Finalmente queremos destacar, que son significativos los resultados obtenidos en el desarrollo de precisiones conceptuales relativas al Control de Estado en general y en particular al Sistema Nacional de Control; y a la par, que son importantes los pasos que se han dado en el propósito de asignarle orientación estratégica a su conducción y manejo. Sin em-

bargo, en ese proceso ha quedado comprobado que esta es una labor de Estado en la que no sólo es suficiente una rectoría normativa y técnica meramente formal y rutinaria, expresada en una sola dirección desde el Organismo Superior de Control, sino que, sin la constructiva y permanente participación de los demás agentes del Control de Estado, o mejor, sin su compromiso con las formulaciones estratégicas, no habrá posibilidad alguna de concretar la aspiración de un Estado moderno con una administración eficaz, esto es, capaz para retribuir las contribuciones a los ciudadanos bajo la forma de provechosos, oportunos y eficaces servicios.*

*Fuente: *Informe al Congreso 1997*. Contraloría General de la República. Caracas. 1998.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO DE FECHA 8 DE DICIEMBRE DE 1998, QUE DECLARA SIN LUGAR LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA CONTRA LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 8 NUMERAL 1, ARTÍCULOS 11, 12; EN LOS NUMERALES 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 13; EN LOS ARTÍCULOS 16, 41, 45, 54, 70, 71, 73, 76, 77, 92, 97, 100 Y 102; EN EL NUMERAL 15 DEL ARTÍCULO 113; Y EN LOS ARTÍCULOS 115, 122, 124, 126, 129 Y 136 DE 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 13 DE DICIEMBRE DE 1995.

**LA REPÚBLICA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE**

**LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EN SALA
POLÍTICO- ADMINISTRATIVA**

**EN PLENO
MAGISTRADO-PONENTE: HUMBERTO J. LA ROCHE**

INTRODUCCIÓN

En fecha 30 de octubre de 1996, la ciudadana **ANA IRENE VIDAL COLORADO**, abogada, procediendo en ejercicio de sus propios derechos e intereses, propuso acción de nulidad por inconstitucionalidad contra las disposiciones contenidas en los artículos 8, numeral 1; artículos 11, 12, numerales 1 y 2 del artículo 13; en los artículos 16, 41, 45, 54, 70, 71, 73, 76, 77, 92, 97, 100, 102; en el numeral 15 del artículo 113; y en los artículos 115, 122, 124, 126, 129 y 136 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017, Extraordinario, de fecha 13 de diciembre de 1995.

El 05 de noviembre de 1996 se dio cuenta ante la Corte en Pleno de la interposición de la acción, ordenándose remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación. Dos días después, el Juzgado de Sustanciación admitió la acción aludida, ordenando la notificación de los ciudadanos Presidente del Congreso de la República, y Fiscal General de la República. Igualmente, se ordenó emplazar a los interesados mediante cartel, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El 02 de abril de 1997, el ciudadano Fiscal General de la República consignó escrito contentivo de su opinión respecto a la acción de nulidad interpuesta, solicitando se la declarase sin lugar. Posteriormente, el 13 de mayo de 1997, se hizo parte interesada en el proceso la Contraloría General de la República, a través de escrito consignado por las abogadas Inés Marcano y Lunilda Sánchez, representantes de dicho organismo, en virtud de designación hecha por el ciudadano Contralor General de la República.

En fecha 20 de mayo de 1997 se designó Ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo. Más adelante, el día 28 de mayo de 1997, oportunidad fijada para que tuviese lugar el acto de informes, comparecieron, tanto la accionante, como los representantes del Congreso de la República y de la Contraloría General de la República.

Cumplida la relación de la causa y siendo la oportunidad para decidir, pasa a hacerlo esta Corte Suprema de Justicia en Pleno, formulando previamente las siguientes consideraciones:

Con antelación a la exposición y argumentación, en la cual cuestiona la accionante cada una de las normas jurídicas presuntamente viciadas de inconstitucionalidad, formula exposición doctrinaria acerca del “principio de separación de poderes” y otros tópicos propios del Derecho Constitucional. Lo mismo hacen los representantes del Congreso de la República y de la Contraloría General de la República. La Corte, sin embargo, al practicar el análisis de tales argumentos, prefiere referirse a los mismos *adinfra*, en la parte motiva de este fallo.

CAPÍTULO I MÉTODO DE EXPOSICIÓN

Para mayor claridad en la metodología a seguir, la Corte procederá a explorar individualmente cada una de las disposiciones impugnadas, señalando tanto los argumentos de la accionante, como los de las partes opuestas a la procedencia de la acción: esto es, el Ministerio Público, el Congreso de la República y la Contraloría General de la República.

Posteriormente, en la parte motiva, se examinará y se tratará de dirimir todas y cada una de las impugnaciones, no sin antes expresar ciertas consideraciones acerca de distintos aspectos de tipo constitucional. Tales puntos de vista, aun cuando conforman en su mayoría ratificación de la constante jurisprudencia propugnada por este Supremo Tribunal de Justicia, merecen ser tratados nuevamente con ocasión del presente caso.

A continuación pasa la Corte a referirse en forma individualizada a las disposiciones impugnadas:

Sección 1: Artículo 8, numeral 1º de la Ley.

En dicha disposición se señala que el presupuesto de gastos preparado por la Contraloría General de la República será remitido al Ejecuti-

vo Nacional para su incorporación, **sin modificaciones**, al respectivo proyecto de la Ley de Presupuesto para ser sometido al debate parlamentario.

La accionante considera, en primer lugar que: “la facultad de elaborar el Presupuesto le corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo....” según lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución.

Por otra parte, opina que: “sólo las Cámaras pueden alterar las partidas presupuestarias, quedando obligadas a respetar el monto de las estimaciones de ingresos”.

Se pregunta entonces la accionante cómo el legislador somete en este caso al Ejecutivo la función orientada a modificar el proyecto de presupuesto elaborado por la Contraloría General de la República.

Así mismo, hace alusión a la imposibilidad del Congreso de la República para modificar el proyecto de Ley de Presupuesto elaborado por el Ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución, citando al efecto, jurisprudencia de esta Corte, de fecha 16 de diciembre de 1991. Se pregunta entonces lo siguiente: “si el Congreso se encuentra limitado en cuanto a las modificaciones que pueda hacer del Proyecto de Ley de Presupuesto por el Ejecutivo Nacional ¿debemos aceptar que el órgano auxiliar, encargado del control fiscal, dotado de autonomía funcional esté exento de toda limitación? ¿podría el órgano auxiliar someter al Ejecutivo Nacional a una limitación que está prohibida al propio Congreso por la propia Constitución? Toda respuesta afirmativa —agrega—, resultaría contraria al ordenamiento.”

Frente a tal argumentación, el Fiscal General de la República afirma que la disposición impugnada no es sino una ratificación del artículo 2. párrafo tercero de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. La Contraloría General de la República, como organismo auxiliar del Congreso en el control de la Hacienda Pública, debe disponer de una absoluta libertad económica en lo que se refiere a la elaboración del presupuesto. A continuación, y para finalizar, alude a la concepción flexible con que debe entenderse el principio de separación de los poderes, lo cual deriva de la forma como se encuentra formulado en el artículo 118 de la Constitución.

Al argumento sostenido por el Fiscal General, la accionante replica señalando en su escrito de informes que, cuando se afirma que el artículo 8 numeral 1º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Repú-

blica es una ratificación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se está confundiendo el uso de los créditos presupuestarios con la formulación del presupuesto de gastos.

Por su parte, la representación del Congreso de la República sostiene que la accionante lleva implícita en su argumento una visión parcializada de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución, al sostener la limitación con que se encontraría el Congreso de realizar modificaciones al proyecto de Ley de Presupuesto, pues ello no implica que el Congreso carezca de autonomía financiera. El artículo 158, ordinal 5° de la Constitución señala que una de las atribuciones privativas del Congreso es la de acordar y ejecutar su presupuesto de gastos, con base en la partida anual de la Ley respectiva. Dicha autonomía financiera ha sido analizada por esta Corte y está claramente justificada en la necesidad de garantizar la libertad de acción que deben tener las Cámaras. Por ende, esta misma libertad de acción e independencia en el ejercicio de sus funciones ha de tener la Contraloría General de la República, a los efectos de garantizar la autonomía funcional y organizativa que el artículo 236 de la Constitución le asigna.

Sección 2: Artículo 41.

El artículo 41 de la Ley “in comento”, dispone que, cuando el Ejecutivo Nacional resuelva declarar la prescripción de créditos a favor de la República, remitirlos parcial o totalmente, cederlos, conceder prórrogas para su pago o celebrar cualquier transacción relacionada con los mismos o con sus intereses, será necesario el dictamen previo de la Contraloría General de la República.

La parte actora considera que dicha disposición inviste a la Contraloría de facultades dirigidas a condicionar la gestión cotidiana de la Administración, pues se otorgaría —a su criterio— al ente Contralor de la decisión sobre la declaratoria de prescripciones o remisiones de créditos a favor de la República. Ello constituiría usurpación de funciones por parte de la Contraloría en la gestión y dirección de la Hacienda Pública. Tales funciones corresponden al Presidente de la República, conforme a lo previsto en el ordinal 12° del artículo 190 de la Constitución.

El Fiscal General de la República, citando opinión doctrinaria del especialista chileno E. Silva Cimma, sostiene que el dictamen de la Contraloría es sólo un requisito necesario para una mejor ponderación de la

decisión que adopte el Ejecutivo, pero dicho dictamen no es vinculante, y por ello no constituye intromisión alguna en las funciones del Ejecutivo. A ello, opone la accionante el hecho de que la norma impugnada omite expresamente que el dictamen no sea vinculante.

Los representantes del Congreso de la República, por su parte, y fundamentándose en la tesis de Sayagüez Lasso, así como en la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución, afirman que este dictamen es sencillamente una manifestación típica del llamado control que constitucionalmente ejerce la Contraloría General de la República y que, en todo caso, su opinión deja de ser vinculante.

En fin, la Contraloría General de la República ratifica que tal dictamen no tiene carácter vinculante, y por tanto, no constituye un acto de administración.

Sección 3: Artículo 45.

El artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al igual que el 41 *ejusdem*, prescribe la necesidad de dictamen previo de la Contraloría General de la República, en este caso, a los efectos de que el Ejecutivo Nacional decida acerca de la procedencia de las denuncias sobre bienes, derechos o acciones pertenecientes a la República, ocultos o desconocidos, o que se encuentren indebidamente en posesión de terceros.

Respecto a esta disposición, tanto la accionante, como el Fiscal General de la República, los representantes del Congreso y de la Contraloría General de la República, sostienen las mismas posiciones referentes al artículo 41, en cuanto a la constitucionalidad del dictamen previo. Por consiguiente, deben ser considerados como reproducidos en este espacio.

Sección 4: Artículo 71.

Dicha disposición estatuye, entre otras cosas, la necesidad de que para que pueda ser destituido el titular del órgano de control interno de los organismos y entidades referidos en los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 5 de la propia Ley, se exige autorización de la Contraloría General de la República. A juicio de la accionante, ello: "somete al Ejecutivo Nacional y las demás personas de derecho público a una condición no

prevista en la Constitución, que elimina todo carácter de discrecionalidad en la destitución de los funcionarios, a cargo de los órganos de control interno, interfiriendo de esa manera en la administración de los respectivos organismos”.

Todo ello se consideraría como restricción a la facultad del Presidente de la República establecida en el ordinal 18 del artículo 190 de la Constitución.

Finalmente, dicha disposición constituiría inconstitucional intromisión de la Contraloría en los niveles estatal y municipal del Poder Público.

El Fiscal General de la República sostiene que el propio ordinal 18 del artículo 190 de la Constitución implica que la remoción de los Contralores Internos se encuentra sometida a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Adicionalmente, considera que la disposición resulta conveniente, en tanto se da autonomía al control interno de la gestión pública. Lo propio sostiene la representación del Congreso, la cual considera inexistente toda posible intromisión en los Poderes Estatal y Municipal, pues la remisión al artículo 5 de la Ley excluye de plano al numeral 2 del mismo.

La representación del Ente Contralor de la República, por su parte, hace énfasis en que el mismo tiene potestades referentes, tanto al control interno como externo de la Administración Pública, dadas las atribuciones que la Constitución le confiere.

Sección 5: Artículo 11.

Con referencia a esta disposición, la parte actora objeta la necesidad de previa autorización del Congreso de la República o de la Comisión Delegada, para que el Contralor General de la República pueda designar al Sub-Contralor. Ello, según —afirma—: “no está previsto constitucionalmente y constituye una intromisión en la autonomía de la Contraloría General de la República”.

Por otra parte, objeta la potestad reglamentaria que la norma atribuye al Contralor, aduciendo que la misma viola la reserva legal establecida respecto a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República por el artículo 234 de la Constitución, y que tal tipo de reglamento, por ser organizativo, sólo podría ser dictado por el Presidente de la República.

El Fiscal General de la República, en su aludido escrito, explana al respecto varias apreciaciones generales en torno a la autonomía funcional de la Contraloría. La representación del Congreso, por su parte, insiste igualmente en la referida autonomía funcional y rechaza la presunta inconstitucionalidad de la necesidad de autorización parlamentaria para designar al Sub-Contralor, pues: “si el legislador tiene libertad para determinar quién debe suplir la falta del Contralor, nada obsta para que establezca como requisito para su designación el requerimiento de una autorización previa del Congreso”.

La representación de la Contraloría conceptúa que la potestad reglamentaria atribuida al Contralor, es de naturaleza organizativa, y en tal sentido no puede afectar a la reserva legal.

Sección 6: Artículo 12.

En relación al artículo 12, la accionante sostiene igualmente que se confiere al Contralor cierta potestad reglamentaria, violatoria también de la reserva legal. “Sólo la Ley —señala—, por mandato constitucional, puede determinar la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, por lo que no puede el Contralor General de la República tener la facultad de regular materia que es de la reserva legal”.

A tal respecto, el Fiscal General de la República explana las mismas consideraciones expuestas respecto al artículo 11 de dicha Ley. La representación del Congreso puntualiza, por su parte, que la potestad de autonormación de la Contraloría es consecuencia lógica derivada de la autonomía funcional que le es propia. El Constituyente, según afirma, habría querido que la regulación de la organización de la Contraloría, se hiciera de manera flexible y abierta, de manera que la Ley pudiese adaptar sus funciones a la necesidades del Estado; por tanto —concluye— no se quiso reservar absolutamente a la Ley lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría.

Sección 7: Artículo 13, numerales 1 y 2.

En dichos numerales se atribuye al Contralor General de la República la potestad de dictar normas reglamentarias sobre la estructura, organización y funcionamiento de las Direcciones y demás dependencias de la Contraloría (numeral 1) y dictar el Estatuto de Personal de dicho ente.

A juicio de la accionante tales potestades constituyen una deslegalización, particularmente la del numeral 1. Por otra parte, la facultad de dictar un Estatuto de Personal de la Contraloría, violaría lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente: “La Ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social”.

El Fiscal General de la República, citando sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 26 de noviembre de 1980, sostiene que la Ley de Carrera Administrativa resulta aplicable a la Contraloría General de la República, en tanto no entrase el ejercicio de la autonomía funcional que le es propia. En consecuencia, siendo de tal importancia la autonomía funcional de la misma, la atribución conferida al Contralor para dictar su Estatuto de Personal, no constituye violación alguna a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución.

La representación del Congreso de la República, en relación al numeral 1 del artículo 13, opone las mismas razones esgrimidas respecto al artículo 12; y en cuanto al numeral 2, sostiene igualmente que dicha facultad es consecuencia de la autonomía funcional de la Contraloría. La representación de la Contraloría General de la República, por su parte, ratifica lo afirmado por los representantes del Congreso.

Sección 8: Artículo 16.

Dicho dispositivo ratifica la facultad del Contralor de dictar el Estatuto de Personal de la Contraloría, y específicamente, regular lo relativo al régimen de pensiones y jubilaciones. Tal normativa, según la accionante, resulta violatoria de lo dispuesto en el artículo 2 de la Enmienda N° 2 de la Constitución, el cual está redactado al siguiente tenor: “El beneficio de pensión o de jubilación se regulará en una Ley Orgánica, a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la administración central o descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios, sólo podrá disfrutarse más de una jubilación o pensión en los casos que expresamente se determine en dicha ley”.

El Fiscal General de la República ratifica lo señalado respecto al artículo anterior. Las representaciones del Congreso y de la Contraloría General de la República, por su parte, advierten que el Ente Contralor no

es un órgano de la Administración Pública Nacional Central o Descentralizada, por lo cual no le sería aplicable lo previsto en el artículo 2 de la Enmienda N° 2 de la Constitución.

Sección 9: Artículo 54.

El artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República atribuye a ésta la potestad de dictar normas que regulen el control interno en los entes del sector público nacional descentralizado.

A juicio de la accionante, dicha atribución constituye una remisión ilimitada por parte del legislador a la Contraloría. Según sostiene, citando a García de Enterría, en dicha remisión se ha debido regular, al menos, el núcleo esencial de la normativa a dictarse por la Contraloría, lo cual no se hizo. Todo ello conllevaría una violación a la reserva legal.

El Fiscal General de la República, por su parte, hace énfasis en la utilidad y justificación del hecho según el cual la Contraloría General de la República pueda normar y fiscalizar el control interno de los Institutos autónomos, Estados y Municipios. Tal disposición, en su opinión, no es sino un desarrollo del artículo 229 de la Constitución.

La representación del Congreso señala que según los artículos 139 y 230 de la Constitución, lo que comprende la reserva legal es la creación de Institutos Autónomos, y no la regulación del control interno de los mismos. Por otra parte, basado en la potestad de determinar la intervención de la Contraloría que el artículo 234 de la Constitución le confiere, el Congreso puede determinar que dicha intervención implique el establecimiento de una normativa respecto al control interno.

La Contraloría General de la República, refiriéndose a la impugnación, tanto del artículo 54 como de los artículos 70, 73, 76 y 77, numeral 1 de la Ley Orgánica que regula sus funciones, afirma que la Contraloría General de la República funge como órgano rector de los sistemas de control, tanto interno como externo de la Administración Pública, y por tal razón, tiene la facultad de dictar normas e instrucciones y formular las recomendaciones necesarias para el correcto funcionamiento de ambos sistemas. Asimismo, la Contraloría ha de tener la potestad de evaluar, coordinar y prescribir los sistemas y normas de contabilidad fiscal de la Administración. Ello sería compatible con la función de control ejercida por la Contraloría. En todo caso, considera que la regulación de los sistemas de control interno, e igualmente, los sistemas y procedimien-

tos de contabilidad, no pueden establecerse en detalle en la Ley, y por lo tanto, sí pueden ser regulados por normas de rango sub-legal.

Sección 10: Artículo 70.

Según dispone el artículo 70, la Contraloría tiene la potestad de prescribir los sistemas y normas de control interno de la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada. Ello, a juicio de la accionante, resulta una escandalosa deslegalización en la cual se dota a la Contraloría General de la República de un poder legislativo secundario. Según considera la accionante, lo lógico, es que se dicte Ley para regular la materia en cuestión.

El principio de separación de poderes, a juicio de la impugnante, también resultaría vulnerado, en tanto el control interno de la Administración Pública es propio de la actividad del Poder Ejecutivo, en particular de los Ministros como órganos directos del Presidente de la República, en el caso de la Administración Pública Descentralizada.

El ejercicio de tales atribuciones por parte de la Contraloría, constituiría entonces una subordinación del Poder Ejecutivo a aquélla, y esto no se encuentra previsto en la Constitución.

El Fiscal General de la República explana en su escrito una serie de consideraciones acerca de la justificación de la norma. En primer lugar, advierte que la misma estatuye que la potestad de prescribir sistemas y reglas de control interno puede ser utilizada por la Contraloría, únicamente cuando ello sea **necesario**. “Dicha necesidad —opina el Fiscal General— viene determinada por el control de gestión, que es una evaluación resultante de la ‘labor fiscalizadora de la Contraloría’, cuyas conclusiones son a título de recomendaciones para el ente controlado, vale decir, no obligantes, or lo que, no puede acogerse el criterio del recurrente, de que tal intervención viola el principio de separación de poderes”.

Enfatiza igualmente la necesidad de un sistema de control interno eficiente y adecuado, el cual hasta ahora no había sido suficientemente eficaz, en virtud de la subordinación jerárquica existente entre los contralores internos y las máximas autoridades de los organismos controlados. La nueva norma, sin embargo, propicia una mayor dependencia técnica respecto de la Contraloría General de la República.

Por su parte, la representación del Congreso, además de suscribir lo señalado por el Fiscal General de la República, considera que: “la normativa de los sistemas de control interno no puede ser objeto de una Ley, ya que es una materia que necesita flexibilidad en aras de una mayor eficiencia y adaptabilidad a la realidad. Si se determina en la evaluación que tal sistema no es idóneo para los fines perseguidos, sería necesario reformar la Ley”.

Sección 11: **Artículo 73.**

El artículo 73 está referido a la potestad del Ministerio de Hacienda de establecer los sistemas de contabilidad para todos los ramos y organismos que componen el Poder Nacional. Dichos sistemas de contabilidad, han de ser sometidos, antes de su implantación, a la aprobación de la Contraloría General de la República.

Al igual que en la impugnación de los artículos anteriores, la accionante considera que tal potestad, en cabeza del Ministro de Hacienda, constituye clara deslegalización, y que tal materia ha debido ser regulada mediante ley. A su juicio, ello constituye violación a la reserva legal. Por otra parte, la necesidad de aprobación de los sistemas, atribuida a la Contraloría, resulta a su juicio, otra violación al principio de separación de poderes.

El Fiscal General de la República, en su escrito, considera que sí existen parámetros y pautas de rango legal, respecto a los procedimientos de contabilidad, suficientes como para dejar de lado determinada deslegalización en la materia. Existen además ciertos rangos integrados por normas reglamentarias, instrucciones, planes, programas y metas, a los cuales deben someterse los entes controlados.

La representación del Congreso sostiene que la regulación de sistemas de contabilidad y prescripción de libros, asientos o registros, no puede ser materia de Ley por su naturaleza detallista y cambiante. Además, la necesaria aprobación, por parte de la Contraloría, de los sistemas establecidos por el Ministerio de Hacienda, no constituye violación al principio de separación de los poderes, sino más bien “una manifestación del principio de colaboración entre los poderes”. (Subrayado del sentenciador).

Sección 12: Artículo 76.

Esta disposición faculta a la Contraloría para prescribir las normas e instrucciones correspondientes a los Estados, Municipios, Territorios Federales y Distrito Federal. Ello es considerado también, por parte de la accionante, como una deslegalización.

Adicionalmente, considera que tal normativa es contraria al principio de separación de poderes, en el sentido de que sería violatoria de la autonomía, tanto del Poder Estatal como del Municipal.

El Fiscal General de la República considera, por su parte que: “cuando el artículo 235 de la Constitución, dispone que las funciones de la Contraloría General de la República “podrán extenderse por la Ley a las Administraciones Estadales o Municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente constitución”, tal autonomía debe entenderse en el sentido de independencia para crear sistemas de control. Este implica que, en Venezuela, en el ámbito de la Administración territorialmente descentralizada, habrá un doble sistema de control, paralelo y conciliable, por una parte —señala— el que establezcan los Estados y Municipios, de acuerdo a su autonomía constitucional y, por la otra, el que la Ley otorga a la Contraloría General de la República, como órgano superior y constitucional de control externo”.

Concluye, el Fiscal señalando que la existencia de Contralorías Municipales no anula en los Municipios la función contralora de la Contraloría General de la República, la cual es incluso consagrada en algunos artículos de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. La representación del Congreso sostiene lo mismo al respecto.

La Contraloría General de la República, por su parte, trae a colación sentencia de este Alto Tribunal, en Sala Político-Administrativa, de fecha 06 de agosto de 1985, conforme a la cual habría de concluirse que la norma impugnada no menoscaba la autonomía estatal o municipal.

Sección 13: Artículo 77, numeral 1.

Dicho numeral establece entre las facultades propias de la Contraloría, la de prescribir las normas generales a las cuales deben sujetarse los sistemas de contabilidad fiscal. La accionante sostiene nuevamente, al respecto, que ello constituye una deslegalización, o sea violación de la reserva legal.

La representación del Congreso y de la Contraloría General de la República, en este punto, ratifican lo señalado, respecto a los artículos anteriores y en lo que atañe a la reserva legal, la cual es flexible y no existe, por lo tanto, violación alguna de la misma.

Sección 14: Artículo 92.

La accionante no fundamenta su impugnación a la mencionada norma. No obstante, el Fiscal General de la República advierte que dicha regla no es sino una manifestación del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, pasando a continuación a citar doctrina sobre el mencionado principio.

Sección 15: Artículo 113. numeral 15.

En dicho numeral se establece como hecho generador de responsabilidad administrativa: “el incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos, así como el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa”.

La accionante afirma que: “la norma carece de todo contenido sustantivo, por cuanto sólo consagra una remisión general y abstracta sometida a las consideraciones discrecionales de la administración contralora sobre una interpretación teleológica de la norma, de donde podría surgir el ilícito.”

Todo ello a su juicio, sería otra deslegalización de una materia propia de la reserva legal, como por ejemplo, la legalidad de las penas y delitos, principio también aplicable a las sanciones administrativas.

El Fiscal General de la República conceptúa al respecto, que el principio de legalidad en Derecho Administrativo no es tan rígido como en materia penal, específicamente en lo relativo a la libertad y seguridad personales.

Considera entonces, que la norma llena los principios de tipicidad y no resulta, por ello, contraria al artículo 60, ordinal 2º, ni mucho menos, contra el artículo 69 de la Constitución.

La representación del Congreso de la República, trae a colación la sentencia de fecha 15 de abril de 1997, dictada por esta Corte, en cuyo texto se declaró sin lugar la impugnación hecha por otros accionantes contra la misma norma ahora cuestionada: el numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Sección 16: Artículo 115.

En dicha disposición se remite a un Reglamento, el establecimiento del plazo para sustanciar las averiguaciones administrativas. Ello, a juicio de la accionante, conforma violación de la reserva legal en materia de procedimientos, establecida en el ordinal 24 del artículo 136 de la Constitución.

El Fiscal General de la República sostiene que, dadas las potestades de averiguación que a la Contraloría General de la República se atribuyen, resulta ajustada a derecho la disposición impugnada, pues a dicho ente se confieren competencias que implican sustanciar casos de responsabilidad civil, administrativa o penal, debiendo tener facultades amplias para ello.

La representación del Congreso, no sólo se refiere al artículo 115 sino también al artículo 130, considerando que la reserva legal en materia de procedimientos es flexible, y por lo tanto no habría violación de la misma.

La Contraloría General de la República, por su parte, considera que el artículo 136 ordinal 24 de la Constitución, no establece reserva legal alguna en materia de procedimientos, tratándose en cambio, de una situación que puede ser perfectamente regulada a través de normas reglamentarias.

Sección 17. Artículo 130.

Respecto a tal disposición, la accionante fundamenta su impugnación en las mismas razones en que explica la nulidad del artículo 115. Las representaciones del Congreso y la Contraloría, como se señaló *supra*, ratifican lo señalado acerca del artículo 115 de la Ley.

Sección 18. Artículo 129.

Tal disposición remite a normas reglamentarias la definición de circunstancias agravantes o atenuantes para la aplicación de multas, lo cual implicaría, a juicio de la accionante, también violación a la reserva legal y al principio de no sufrir pena que no esté establecida en ley preexistente. (nulla poena sine lege).

La representación del Congreso sostiene por su parte, que toda vez que lo remitido a la norma reglamentaria es la definición de las circuns-

tancias agravantes y atenuantes, y no la definición de los delitos y penas en sí mismos, por ende, no existe violación alguna de la reserva legal.

La Contraloría General de la República, por su parte, además de suscribir lo señalado por el Congreso, advierte nuevamente la diferenciación del principio de legalidad de las penas entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, trayendo a colación sentencia proveniente de este Alto Tribunal en Sala Político-Administrativa, de fecha 5 de junio de 1996. Igualmente cita en su opinión, lo referente a la aplicación de agravantes y atenuantes, jurisprudencia de esta Corte de fecha 4 de agosto de 1994.

Sección 19. Artículo 102.

En el señalado artículo se prevé que para interponer recurso contencioso administrativo contra decisiones de la Contraloría, tendentes a confirmar o reformar reparos relativos a materias no reguladas por el Código Orgánico Tributario, el lapso de caducidad será de veinticinco (25) días hábiles, a partir de la respectiva notificación.

A juicio de la accionante, “resulta irrazonable, incongruente y violatorio del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, que el legislador pretenda reducir a veinticinco (25) días hábiles el lapso de interposición del recurso en vía contencioso-administrativa, mientras la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 134, prevé un lapso de seis (6) meses para interponer el recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos particulares”.

El Fiscal General de la República opone a lo señalado por la accionante, el hecho de que, a su juicio, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es especial respecto a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, sostiene que la aplicabilidad de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República deriva del propio artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual, según considera, remite a los Códigos y Leyes respectivas la regulación de los procedimientos especiales, y por cuanto: “la materia de los recursos contra los reparos, está prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”.

Esta (la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República), sería la aplicable en su especialidad.

Sobre este punto, la representación del Congreso no comparte los argumentos del Fiscal General de la República.

La representación de la Contraloría General de la República va más allá y sostiene inicialmente que el artículo 68 de la Constitución, según así lo sostendría la jurisprudencia, es una norma programática, que no puede ser violada en sí misma. Luego, después de hacer ciertas consideraciones acerca de la jurisdicción contencioso-administrativa, concluye sosteniendo igualmente que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República prevalece en esta materia sobre la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sección 20. Artículo 103.

Dicha disposición establece un lapso de tres (3) días de despacho para que el Tribunal contencioso administrativo admita el recurso, después de darle entrada al expediente. A juicio de la accionante resultaría incongruente disminuir el lapso previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para decidir acerca de la admisibilidad.

El Fiscal General de la República y las representaciones del Congreso y la Contraloría, sostienen los mismos argumentos esgrimidos acerca del artículo 102.

Sección 21. Artículo 124.

Tal norma establece una presunción *juris tantum* de veracidad de todas las diligencias efectuadas por la Contraloría, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial.

La misma, a juicio de la accionante, constituye violación al derecho a la defensa, por cuanto confiere fuerza probatoria a un elemento que no ha podido ser controlado por el administrado.

El Fiscal General de la República argumenta al respecto que: “según el contenido del artículo impugnado, se mantiene naturalmente la libre determinación del Juez para desestimar todas las pruebas suministradas por la Contraloría (diligencias, actas, incluida la prueba testimonial), cuando éstas sean desvirtuadas en el debate judicial, con lo cual no se menoscaba el derecho a la defensa”.

La representación del Congreso y la Contraloría, por su parte, sostienen que debido a la circunstancia según la cual, las diligencias que realiza la Contraloría son actuaciones administrativas, están revestidas de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos.

Sección 22. Artículo 136.

En esta disposición se establece la potestad del Contralor General de la República de suspender los efectos de los actos de la Contraloría que hayan sido recurridos, pudiendo exigirse en este caso, la caución que se considere suficiente.

La accionante considera que dicha norma consagra el requisito de *solve et repete*, rechazado jurisprudencialmente por esta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la sentencia de fecha 14 de octubre de 1990, caso “Scholl Venezolana, C.A.” En particular, sostiene que no puede dejarse en cabeza de la Administración un poder discrecional absoluto en cuanto a la suficiencia de la caución a constituirse.

Sobre este punto, tanto el Fiscal General de la República, como las representaciones del Congreso y la Contraloría General de la República, concuerdan en sostener que la norma consagra la posibilidad de exigencia de una caución previa, no para interponer el recurso contra el acto, sino para suspender los efectos del mismo, lo que en modo alguno implica la consagración del principio de *solve et repete*.

Igualmente sostienen que la norma en cuestión lo que hace es flexibilizar las exigencias de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, contenidos en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Finalmente, las representaciones del Congreso y la Contraloría, en cuanto a la impugnación hecha por la accionante, de los artículos 92, 97, 100, 122 y 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, solicitan que se las declare sin lugar por cuanto la accionante no las fundamentó en su escrito contrariando así lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para decidir, esta Corte observa:

Diversos y complejos son los problemas de Derecho Constitucional planteados en el presente caso. Pueden, sin embargo, identificarse dos en particular, los cuales se encuentran profundamente imbricados con la impugnación que se hace de la mayoría de las normas cuestionadas en la presente acción: a) el principio de división de poderes, por un lado, y b) el de la reserva legal, por el otro.

No pretende la Corte hacer meticulosa y extensa disquisición acerca de materias prolijamente analizadas por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, se considera necesario emitir algunas reflexiones, en tomo a la presente acción de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO III EL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES

Antetodo, en lo que atañe a la impugnación de los artículos 8 numeral, 1, 41, 45 y 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, debe la Corte referirse a ciertas opiniones formuladas por la accionante respecto al "principio de separación de los poderes". Al analizar cuidadosamente las mismas, se estima conveniente transcribir algunas afirmaciones expuestas por la interesada: "...el artículo 118 de la Constitución consagra uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, como es la división de poderes. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, se dijo que aquella Constitución que no consagre la división de poderes y el reconocimiento de los derechos humanos no podía calificar de tal y ya, desde esa declaración se sostuvo, con toda razón, que la materia de la división de los poderes era materia constitucional y no legal.

En este orden de ideas, uno de los criterios que sirvieron para clasificar las formas de gobierno, sobre todo para distinguir el presidencialismo del parlamentarismo, fue el de la división de poderes. En el sistema presidencialista existía una división rígida de poderes y, en cambio en el sistema parlamentario había una división atenuada de poderes o una colaboración de poderes.

El carácter constitucional de la división de los poderes se deduce claramente si se piensa que la forma del Estado, la forma de gobierno o del sistema político o económico, es una decisión que corresponde al poder constituyente. Cualquiera que sea la forma del Estado o la forma de gobierno o el sistema político, ella implica una distribución del poder que no puede quedar en manos del legislador, por la simple razón de que éste podría, a través de una reforma legal, cambiar cualquiera de las disposiciones fundamentales sin acudir al procedimiento de la enmienda o reforma constitucional”.

Después de transcribir el contenido del artículo 118 de la Constitución, continúa señalando:

“En la división horizontal, la Constitución creó y definió principalmente el poder legislativo, el poder ejecutivo, el poder judicial y el poder contralor. Es claro que de la redacción del propio artículo 118 se desprende la voluntad de establecer, no una división de poderes rígida, sino una división atenuada o la colaboración de poderes. Sin embargo, no es menos claro que del mismo artículo 118 se desprenda el rango constitucional de la definición de esa colaboración entre los poderes y que esa colaboración de poderes es materia de la reserva constitucional, no pudiendo acto normativo alguno pretender regularla o definirla”.

“Expresa que si bien, la Contraloría es por naturaleza y en virtud de la norma expresa que la consagra, un órgano auxiliar del Parlamento, y si su independencia radica, en palabras del jurista patrio Eloy Lares Martínez, en que ‘dicho organismo no está sujeto a recibir instrucciones de ninguna de las ramas del Poder Público’, ello no significa que la Contraloría se encuentra por encima del propio orden Constitucional, ni que goza de una total autonomía que resultaría incontrolable por los poderes constituidos”.

“La Contraloría, según dice como parte del poder contralor, se encuentra sometida al principio de separación de los poderes”.

“Es particularmente interesante observar cómo la Contraloría no se corresponde exactamente a ninguna otra entidad pública dentro de nuestro ordenamiento, y podríamos decir que tiene una naturaleza *sui generis*. Sin embargo, lo que no puede ni siquiera el legislador en su afán de dotar de independencia y autonomía al Órgano Contralor, es desconocer el principio de separación de poderes, de colaboración de poderes y de especialidad de poderes, que se encuentran *íncitos* (sic) en nuestro or-

denamiento constitucional, dentro del cual, la función de control fiscal externo se debe ejercer en los términos explícitos e implícitos de la propia Constitución. so pena de trastocar el equilibrio de poderes que rige el Estado de derecho”.

La doctrina de esta Corte Suprema de Justicia, referente al principio de separación de los poderes, o más exactamente, de colaboración de funciones, ha sido reiterada en cuanto a interpretarlo de manera flexible. En sentencia de fecha 18 de julio de 1963, la Sala Político-Administrativa señaló lo siguiente:

“Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe.” ...“La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder Judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial”.

A la luz de estas consideraciones la Corte debe en primer lugar referirse a la afirmación formulada por la recurrente, según la cual la regulación de la “colaboración entre poderes” únicamente puede ser hecha a través de normas de rango constitucional.

A juicio de este Alto Tribunal, no pueden las normas de rango legal o sublegal, crear situaciones que entrañen una nueva colaboración entre

las ramas del Poder Público. De otra parte, ello no significa que el Poder Constituido, mediante regulación legal, no desarrolle las situaciones de colaboración existentes, en la medida en que se respeten los parámetros establecidos en la Constitución.

En tal sentido, el legislador no puede regular la materia constitucional de manera absolutamente discrecional. En efecto, si bien aquello que atañe a los derechos y garantías constitucionales debe ser reglamentado por el legislador, y sólo por él, ello no lo faculta a afectar el núcleo esencial de cada uno de esos derechos o garantías. De la misma manera, lo anterior es aplicable en lo que concierne a la colaboración entre las ramas y funciones del Poder Público.

En segundo lugar, debe rechazarse la afirmación según la cual: “En la división horizontal la Constitución creó y definió el poder ejecutivo, el poder judicial y el poder contralor”.

En efecto, opina esta Corte que, en ningún caso, el constituyente pretendió crear un “poder contralor”. Dicha expresión no responde a realidad constitucional alguna en Venezuela. La Contraloría General de la República se encuentra regulada en el Capítulo II, Título VIII de la Constitución, referente a la Hacienda Pública. No existe, pues, a diferencia de lo que ocurre con el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Legislativo Nacional y el Poder Judicial, contenidos en los Títulos V, VI y VII de la Constitución, respectivamente, ninguna calificación de la Contraloría General de la República como un pretendido “Poder Contralor”. En otros términos, no hay Poder Contralor en la letra de la Constitución de la República.

La Contraloría General de la República, si bien no forma parte de la Administración Central, su naturaleza jurídica radica en su consideración como un órgano con autonomía funcional, de carácter administrativo. Como consecuencia de ello, su actuación es de índole administrativa y como tal sometida al control jurisdiccional ejercido por los Tribunales con competencia contencioso administrativa.

Considera la Corte oportuno analizar el principio establecido en el artículo 118 de nuestra Ley Suprema. La norma en cuestión establece lo siguiente: “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Esta distinción de las “ramas” del Poder Público no se refiere únicamente al deslinde de los mismos, diseñados constitucionalmente. En su aspecto vertical, las ramas del **Poder Público son el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal**. Ello es así, en virtud del carácter federal con que la Constitución define al Estado venezolano en su artículo 2. En tal sentido, si bien la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, al referirse al artículo 118 hace alusión a una revisión del clásico concepto de separación de poderes de Montesquieu, ello no significa en forma alguna que la norma esté referida únicamente a la división horizontal del Poder, que pudiera constituir la tradicional manera de entender la teoría de Montesquieu, actualmente distante de su original concepción.

En el Estado Federal, los Tribunales de la Unión —con la Corte Suprema a la cabeza— tienen a su cargo la misión de servir de garantía final en el equilibrio de las competencias nacional y de los estados, reparando cualquier “exorbitancia” de unos con respecto a otros. En efecto, aun países que más recientemente han restablecido la forma federal, dotándose de una Corte Constitucional para la mejor preservación de las garantías consignadas en la Ley Fundamental, han remarcado esa asignación de competencias, en el sentido de que es función primordial de ese nuevo órgano, resolver los conflictos de distribución de las mismas competencias entre esferas atributivas del Poder Público. Tal es el ejemplo de la república Federal Alemana, en virtud del artículo 93 de su Ley Constitucional.

No escapa a un atento examen, empero, que carece de universalidad, la práctica en tal sentido, ya que los hechos demuestran la tendencia en las últimas décadas en países como U.S.A., donde la Corte Suprema ha variado sutilmente su jurisprudencia constitucional, reconociendo el avance expansivo de la esfera de acción nacional. Efectivamente, y como consecuencia de las profundas transformaciones sobrevenidas en la vida económica y social de ese país, cuando dicho Tribunal, a partir de 1937 —en la era de Roosevelt y del New Deal— abandonó su interpretación clásica de la neta separación entre los Estados y la Unión, con una protección ortodoxa de la décima enmienda (de los poderes delegados y los poderes reservados). Y como consecuencia de ese cambio, la Corte también “abdicó, a favor del Congreso, la función que el Juez Taney de la Suprema Corte, le atribuyó —hace cerca de cien años—, de árbitro del sistema federal”. De esa manera, quedó admitida la flexibilidad de

las líneas divisorias que separan las respectivas esferas de actividad estatal (nacional y estatales), cuya movilidad pone fin así a la práctica de limitaciones en compartimientos estancos e inicia determinada concepción, conocida como “Federalismo cooperativo”. Este nuevo concepto dinámico del federalismo reposa en: “...una amplia idea de la autoridad nacional, en el abandono de la cláusula de separación en compartimientos estancos, fuentes de restricciones sustantivas a la reglamentación estatal de los asuntos económicos y en mayor aceptación del poder de imposición tributaria del Legislativo”. (Vid. VANOSSI, Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, 1976, Tomo II, pág. 214)

En Venezuela, este (“American way of life”), “sistema peculiar de vida”, esta estructura particular del Estado y del Poder en que se traduce el federalismo, ha evolucionado a través de las cuatro décadas del desarrollo de nuestra vida republicana, hacia un fortalecimiento de la autonomía del Poder Público, encarnado en los Estados como personas jurídicas territoriales, y del Poder Municipal, personificado en los diversos Municipios, los cuales, siendo también personas jurídicas territoriales, “constituyen la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional” (artículo 25 de la Constitución).

Puede, decirse con toda verdad que la distinción de poderes se presenta en nuestro país, conjuntamente con la Federación, a través de la distribución vertical del Poder Público y se expresa en distintas personas jurídicas territoriales: los Estados y Municipios. En segundo lugar, la división del Poder se despliega en el enfoque horizontal del mismo, con tres funciones a nivel Nacional (función legislativa, función ejecutiva y función jurisdiccional), y en dos, a nivel Estatal y Municipal (función legislativa y función ejecutiva). Todas estas actividades son ejercidas por los órganos que determina la Constitución y las Leyes, en la medida en que el mismo Texto Fundamental remite a ellas. (Artículo 117 de la Constitución de la República).

En conclusión, las “ramas del Poder Público” a que se refiere el artículo 118 de la Constitución, son en primer lugar el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal. En segundo término, dentro de cada uno de estos niveles existen las distintas funciones a ellos encomendadas por la Constitución. Tal interpretación, que ya ha sido sostenida por la mayor parte de la doctrina, resulta ineluctable. Sobre todo, a la luz de la consolidación del sistema federal en la última década.

Expresado lo anterior, pasa entonces la Corte a pronunciarse acerca de la impugnación de los artículos 8º numeral 1, y los artículos 41, 45 y 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

1. “Artículo 8.- La Contraloría estará sujeta a las leyes y reglamentos sobre la elaboración y ejecución del presupuesto, en cuanto sean aplicables. No obstante, a los efectos de garantizar la autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones, regirán las siguientes disposiciones especiales para la elaboración y ejecución del presupuesto.

1. La Contraloría preparará cada año su proyecto de presupuesto de gastos, el cual será remitido al Ejecutivo Nacional para su incorporación sin modificaciones al respectivo proyecto de Ley de Presupuesto, que se someterá a la consideración del Congreso de la República”.

Dicha norma es impugnada como contraria a los artículos 117, 118, 119 y 228 de la Constitución, en los términos expuestos en la narrativa de este fallo.

La denuncia de violación del principio de legalidad (artículo 117) o de división del Poder (artículo 118) depende fundamentalmente de la posible intromisión que la remisión del proyecto de presupuesto de la Contraloría al Ejecutivo Nacional presenta, cuando se introduce al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto, pero en ninguna parte hace referencia a cómo habrá de elaborarse dicho proyecto. Por ello, la norma impugnada no transgrede lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución, ni lo prescrito en los artículos 117 y 118 *ejusdem*. Tampoco, en fin, quebranta lo preceptuado en el artículo 139, en tanto el mismo sencillamente atribuye al Congreso el control de la Administración Pública en los términos constitucionales, lo cual carece de relación alguna con el proceso de elaboración del Proyecto de Ley de Presupuesto. Así se declara.

2. “Artículo 41.- Cuando el Ejecutivo Nacional resuelva declarar la prescripción de los créditos atrasados a favor de la República, será necesario el dictamen previo de la Contraloría. Igual requisito deberá cumplirse en los casos de remisión total o parcial de dichos créditos, cesiones, concesión de prórrogas para su pago o celebración de cualquier transacción relacionada con los mismos y con los intereses que hayan devengado.

Se exceptúa de esta disposición los créditos que no excedan de veinticinco (25) salarios mínimos urbanos y los derivados de impuestos cuya prescripción haya corrido de acuerdo con la Ley respectiva. El Ejecutivo Nacional enviará mensualmente a la Contraloría una relación de las decisiones adoptadas conforme al régimen de excepción”.

La transcrita disposición se impugna, supuestamente por ser contraria a los artículos 117, 118, 190 ordinal 12° y 234 de la Constitución.

Si bien el Presidente de la República tiene como atribución administrar la Hacienda Pública Nacional (artículo 190 ordinal 12 de la Constitución), debe hacerlo sometido al régimen de control de la Contraloría General de la República (artículo 234), control que puede ser *a priori*, como en el caso de la norma impugnada, mediante un dictamen no vinculante, o *a posteriori*. En tal sentido, a juicio de esta Corte, la norma impugnada no parece contrariar a ninguna de las disposiciones constitucionales mencionadas. Así se declara.

3. “Artículo 45.- En las denuncias sobre bienes, derechos o acciones de todo género, pertenecientes a la República, ocultos o desconocidos o que por cualquier circunstancia estén indebidamente poseídos o ejercidos por terceros, será necesario el dictamen de la Contraloría antes de que el Ejecutivo Nacional decida acerca de la procedencia de la denuncia”.

La norma es atacada por ser contraria a las disposiciones referentes al artículo 41. Pero al igual que éste, la misma regula un caso de control *a priori* de la Hacienda Pública, y por las razones expuestas anteriormente, no resulta contraria a tales normas. Así se declara.

4. “Artículo 71.- Los titulares de los órganos de control interno del Distrito Federal, así como de los organismos y entidades a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 5° de esta Ley, a excepción del Contralor General de las Fuerzas Armadas, serán designados mediante concurso, convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo organismo o entidad, y en los cuales podrá participar la Contraloría General de la República. Los titulares así designados no podrán ser destituidos del cargo sin la autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera.

Las bases de los concursos para la designación de los titulares de los órganos de control interno, serán dictadas por el Contralor General

de la República, mediante Resolución que se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA”.

Dicha norma es impugnada, supuestamente por ser contraria a los artículos 16, 21, 25, 30, 117, 118, 181, 190 ordinal 18° y 193 de la Constitución, en los términos expuestos en la narrativa de este fallo.

Los artículos 181 y 190 ordinal 18° de la Constitución, se refieren al nombramiento y remoción de los funcionarios y empleados nacionales, en tanto que integrantes de la función ejecutiva. Pero el propio ordinal 18° del artículo 190 aclara que dicho nombramiento y remoción se hará de conformidad con la Ley, y la Ley, en este caso, el artículo impugnado, prescribe determinada formalidad para destituir a ciertos funcionarios nacionales, como son los Contralores Internos de la Administración Central y Descentralizada. Dicha normativa consiste en la necesaria autorización del Contralor General de la República. La misma resulta completamente justificada en la medida en que la Contraloría General de la República, en virtud del artículo 234 de la Constitución, debe controlar, vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública Nacional. Por consiguiente, lo que pretende tal necesidad de autorización es darle mayor autonomía a los órganos de control interno, lo cual es una manera de controlarse a sí misma.

En cuanto a la necesidad de autorización, respecto a los funcionarios de control interno de las Administraciones Descentralizadas, estatales y municipales (no así de las Administraciones Centrales de tales niveles del Poder Público), no considera la Corte que dicha autorización menoscabe las autonomías de dichos órganos de los poderes estatal y municipal. Se trata, sencillamente, de un desarrollo legislativo coherente y justificado de uno de los casos de colaboración entre las ramas del Poder: el establecido en el artículo 235 de la Constitución. En este caso, ante el Poder Nacional (Contraloría General de la República) y los Poderes Estadales y Municipales (Administraciones de los mismos). Por ello, no resulta violado el principio de separación del Poder Público ni los artículos 16, 21, 25 y 30 de la Constitución. Así se declara.

CAPÍTULO IV

LAS SUPUESTAS VIOLACIONES A LA RESERVA LEGAL

En cuanto se refiere a la impugnación de los artículos 11, 12, 13, numerales 1 y 2; 16, 54, 70, 73, 76, 77 numeral 1, 113 numeral 15, 115, 129 y 130 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,

se está en presencia de lo que atañe a la reserva legal. En tal sentido, la Corte se considera en el deber de expresar las siguientes apreciaciones:

Afirma el Profesor Luis Prieto que: “la ley, desde una perspectiva democrática, en tanto expresión de la voluntad general, sigue siendo al lado de la Constitución, la única norma estatal capaz de infundir confianza como garantía de la libertad y de los derechos fundamentales” (Vid. PRIETO Luis, “La Constitución Española de 1978”, un estudio de Derecho y Política en el libro colectivo *El Ordenamiento Jurídico-en la Constitución*, Valencia, España, 1981, Pág. 100).

Es justamente, por ser expresión de la voluntad popular por lo que la ley reviste ese carácter superior, pues siempre debe tomarse en cuenta que sólo la Constitución es el límite jurídico. Es decir, con excepción de la Constitución, nada puede erigirse en límite a la ley.

Ciertamente, el constituyente lo ha interpretado de esa manera, Por ello no parece difícil encontrar en el legislador constitucional, el temor a la potestad reglamentaria sin control alguno.

De allí que el principio de reserva de ley, venga a ser, al lado de la supremacía de ésta, como las dos vertientes de la legalidad (art. 117 de la Constitución de Venezuela).

La doctrina se pregunta ¿Cómo se concretan en la Constitución vigente las relaciones entre Ley y Reglamento?, ¿cuál es el alcance de esta materia?

La Corte comienza proclamando la existencia de una reserva constitucional, de un ámbito directo a favor de la ley y la inexistencia de la misma a favor del reglamento. No se trata por tanto –como dice el profesor García de Enterría– de un reparto material del campo normativo. Es decir, no se trata de que haya unas materias reservadas a la ley, donde el reglamento no pueda entrar, y otras reservadas al reglamento, y por tanto prohibidas a la ley, pues “la virtualidad del principio de subordinación del reglamento exige que la Constitución no impida la entrada de la ley en ámbito alguno del ordenamiento jurídico”.

Esta alta Instancia observa como prácticamente todas las materias requieren que su regulación primaria se verifique por ley, y debe concluir que el reglamento, en el marco constitucional, sigue siendo una norma sublegal, la cual adquiere pleno sentido cuando depende de la ley.

En cualquier caso, la Corte reitera el carácter previo y preferente de la Constitución respecto a la ley, cuyo contenido vincula positivamente. Se señalaba antes que, con excepción de la Constitución, no encuentra la ley ningún límite, siendo su subordinación a aquélla de carácter incuestionable.

Tajantemente proclamado el deber de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades expresados en el Texto Fundamental, ratifica esta Corte, que el desarrollo de esos preceptos debe correr a cargo de una ley. Es decir, que el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad religiosa, el derecho de asociación, el derecho de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, el derecho al juez ordinario, el de sindicación, el de contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, el derecho a la negociación colectiva laboral, etc., resultan intocables por el reglamento.

En sentencia de fecha 17 de noviembre de 1986, (caso: “Arturo Luis Torres Rivero”), este Alto Tribunal de Justicia en Pleno, trató el tema referente a la materia, en estos términos:

“Los derechos individuales que la Constitución consagra en su Título III pueden calificarse efectivamente como derechos subjetivos, en cuya definición se hace expresamente una remisión indeterminada a una ulterior precisión de sus límites, precisión que corresponde a la Ley a la que toca configurados.

Es la norma de rango legal la que puede intervenir en la determinación del contenido de esos derechos, no las normas reglamentarias, ni mucho menos simples actos de la Administración apoyados concretamente en Ley alguna. Siendo estos derechos *'materia reservada'* a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación.

Los derechos individuales o libertades básicas del individuo comportan una limitación de la actividad administrativa, muy particularmente de la actividad de policía, tanto en su sentido específico de policía de orden público o de la libertad personal, como en el más amplio de la actividad administrativa de limitación. La Ley y solamente la Ley debe definir los límites de los derechos individuales de modo que la Administración no puede intervenir en este ámbito sino en virtud de habilitación legal, esto es, mediante pronunciamiento expreso, contenido en norma legal formal, que el Reglamento no puede ni suplir ni ampliar. Toda elaboración regla-

mentaria o meramente administrativa de potestades administrativas dirigidas a regular el ejercicio (limitándolo o impidiéndolo) de estos derechos, contradice abiertamente las previsiones constitucionales y afecta de nulidad las disposiciones que las consagran. En efecto, siendo necesario a la actuación administrativa un respaldo normativo de rango legal constituiría una alteración o un condicionamiento de la eficacia de la norma legal, cualquier regulación reglamentaria o administrativa que no esté amparada en aquélla. La norma legal debe habilitar a la Administración para establecer medidas limitativas, con señalamiento expreso de los poderes concretos de que podrá disponer, especificando si el ejercicio del derecho se subordina a la actuación administrativa (autorizaciones, inscripciones, registros) si la actuación administrativa es concurrente (inspección, verificación, instrucciones) o si es posterior (ejecución forzosa, paralización, revocaciones sancionatorias y, desde luego, sanciones administrativas)".

Más adelante, se agrega:

“Siendo el Reglamento norma no sólo formal, sino materialmente subordinada, la consideración de que la voluntad administrativa se exprese mediante disposición reglamentaria, no envuelve una especie de inmunidad, pues en relación a ella deberá exigirse una justificación más estricta que cuando esa voluntad administrativa se expresa en meros actos de aplicación. Virtudes esenciales del Reglamento son las de crear poderes administrativos donde antes no existían, extenderse potencialmente a todos los habitantes del país y, que aspira finalmente, ver repetida su efectividad a través de aplicaciones continuas; por ello un vicio original en un texto reglamentario multiplicará sus efectos injustos en el tiempo, incomparablemente superior que el que pueda derivar de la ilegalidad de un único acto. Se justifica así la facultad de control que ejerce el Supremo Tribunal y que se traduce en una limitación a la República determinar la atribución de ‘reglamentar las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón’.

La disposición, que envuelve la erradicación de la arbitrariedad en la creación de normas reglamentarias, adquiere efectividad práctica en los poderes de fiscalización jurisdiccional que se reconocen a la Corte Suprema de Justicia, sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las mismas, y se pone de relieve en casos, en que se intenta establecer un régimen restrictivo del derecho individual que no guarda relación o congruencia con el texto legal que pretende complementar.

Cabe observar que si el ámbito por excelencia de la regulación reglamentaria abarca fundamentalmente aspectos organizativos, en caso de que la regulación administrativa implique una imposición de obligaciones y deberes a los administrados, limitación en su libertad previa de sus derechos, el Reglamento ha de ceñirse a actuar como complemento de la Ley. La infraestructura básica del ordenamiento pertenece necesariamente a la Ley, dada su fuente de legitimidad y su función creadora irresistible; ella define las situaciones básicas de los sujetos, sus deberes, obligaciones y derechos. El Reglamento se mueve en esos aspectos, pero no al azar o a propia iniciativa, sino según las fórmulas que marca previamente la Ley. El Reglamento no puede suplir a la Ley, ni adelantarse a ésta o ponerse a su nivel, sólo debe complementarla, desarrollarla o ejecutarla.” (Ponente: Dra. Josefina Calcaño de Temeltas).

Ratificando los anteriores señalamientos, pasa la Corte a pronunciarse en este caso, acerca de las normas impugnadas, según lo siguiente:

“Dice el Artículo 11.- La Contraloría actuará bajo la responsabilidad y dirección del Contralor General de la República.

La Contraloría tendrá un Sub-Contralor, quien deberá llenar las mismas condiciones requeridas por la Constitución para ser Contralor y será nombrado por éste, previa autorización del Congreso de la República o de la Comisión Delegada. El Sub-Contralor llenará las faltas temporales o accidentales del Contralor y las absolutas mientras el Congreso provea la vacante y ejercerá, además, las funciones que le señale el Reglamento Interno”.

El artículo que se ha reproducido remite la determinación de las atribuciones del Sub-Contralor al Reglamento Interno de la Contraloría, el cual, según la accionante, debe ser dictado por el Contralor, según lo establece el numeral 1 del artículo 13 de la Ley. Dicha remisión, a criterio de la parte actora, resulta violatoria de la reserva legal relativa a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, establecida en el aparte único del artículo 234 de la Constitución.

Ante todo, debe desestimar la Corte el argumento según el cual el Contralor estaría usurpando la potestad reglamentaria que compete al Presidente de República, supuestamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 190, ordinal 10° de la Constitución. De manera que las leyes, al remitir a un Reglamento, pueden determinar que el mismo sea dictado

por un órgano distinto al Presidente de la República, sin que ello excluya, por supuesto, la facultad atribuida al Presidente por la Constitución.

A juicio de esta Corte, no existe violación de la reserva legal en dicha remisión. Ciertamente, ello obedece al hecho según el cual la ley misma crea la figura del Sub-Contralor y le señala como funciones principales llenar las faltas temporales y absolutas del Contralor. Siendo la reserva legal en materia organizativa, de naturaleza relativa (a diferencia de lo concerniente a los derechos y garantías constitucionales, en los cuales tiene carácter absoluto), conceptúa este Tribunal que no resulta violada la misma, por cuanto la propia Ley regula suficientemente el núcleo de la materia correspondiente a la figura del Sub-Contralor, no sólo en cuanto a su existencia misma, sino también en lo que respecta a sus funciones principales. Así se declara.

5. “Artículo 13.- Corresponde al Contralor:

1. Dictar las normas reglamentarias sobre la estructura, organización, competencia y funcionamiento de las Direcciones y demás dependencias de la Contraloría.
2. Dictar el Estatuto de Personal de la Contraloría, de conformidad con lo previsto en esta Ley, y nombrar y remover al personal conforme a dicho Estatuto”.

En relación al numeral 1 del dispositivo reproducido, se ratifica lo señalado anteriormente acerca del artículo 12.

Respecto al numeral 2, se alega en particular su incompatibilidad presunta con el artículo 122 de la Constitución, en el cual se establece la reserva legal respecto a las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional.

Ahora bien, es evidente que el régimen de personal no se regula en su integridad por el Estatuto de Personal que dicte el Contralor. Se disciplina principalmente por el Título II de la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el cual remite al Estatuto en lo referente a ciertas y determinadas materias. Como consecuencia de ella, considera la Corte que dicho numeral no es violatorio de la reserva legal. Así se declara.

6. “Artículo 16.- La Administración de Personal en la Contraloría General de la República se regirá por esta Ley, por el Estatuto de Personal y por las demás normas que dicte el Contralor General de la República.

En el Estatuto de Personal se establecerán los derechos y obligaciones de los funcionarios de la Contraloría General de la República, incluyendo lo relativo a la previsión y seguridad social, y se estructurará un sistema de personal que regule el régimen de carrera de los funcionarios y la profesionalización de los niveles directivos y de supervisión de la Institución sobre la base de méritos.

En ningún caso podrán desmejorarse los derechos consagrados a los funcionarios públicos por la Ley. En cuanto al régimen de pensiones y jubilaciones, los funcionarios de la Contraloría General de la República se registrarán por las normas dictadas al efecto por el Contralor hasta tanto sea procedente, de conformidad con la Constitución, incluirlos en un régimen general aplicable a todos los funcionarios que prestan sus servicios al Estado en cualquier organismo público”.

La norma, en este caso, la considera igualmente la accionante contraria a la reserva legal. También sostiene que es violatoria del principio de separación de los poderes, alterándose así, según cree, los artículos 117, 118, 181, 193 y 234 de la Constitución.

En relación a dicha disposición, esta Corte ratifica lo expuesto anteriormente. Es decir, dentro de la atribución constitucional de control de la administración Pública, de la cual está investida la Contraloría General de la República, se encuentra todo aquello que la Ley considere pertinente y adecuado para ejercer dicho control. Ello, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales, y la existencia de normas de control interno, las cuales no son sino manifestaciones de dicho control.

Considera este cuerpo necesario, adicionalmente, aclarar la afirmación de la accionante, referente a que el control interno es función propia de los órganos de la Administración. A juicio de la Corte ello comporta una interpretación equivocada.

En efecto, si bien el control interno es ejercido por órganos situados dentro de la estructura jerárquica de la Administración Pública, tal situación no implica que el mismo constituya determinada competencia constitucional privativa de la Administración Pública propiamente dicha (entendiendo por tal, la Administración Central y Descentralizada en sus tres niveles territoriales).

La Contraloría General de la República es también Administración Pública, pero es una organización con autonomía funcional y es esto último lo que la distingue de las Administraciones Central y Descentrali-

zada. En todo caso, la actividad de control y fiscalización que lleva a cabo la Contraloría General de la República y las Contralorías estatales y municipales, conforman determinada actividad administrativa, y por tanto, resulta natural que la Contraloría pueda coordinar los sistemas de control interno de la Administración Pública Nacional. No existe, ni remotamente, violación al principio de reserva legal, cuya denuncia se está formulando.

En conclusión, la norma impugnada no resulta contraria a las disposiciones constitucionales alegadas por la accionante. Así se declara.

7. “Artículo 73.- El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Hacienda, establecerá los sistemas de contabilidad para todos los ramos y organismos a que se refiere el numeral 1 del artículo 5° de esta Ley, y prescribirá los libros, registros y formularios que deben ser utilizados, mediante instrucciones y modelos que se publicarán en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA.

Los sistemas de contabilidad a que se refiere este artículo serán sometidos a la aprobación de la Contraloría antes de su implantación”.

Al igual que en el artículo anterior se sitúa a la norma reproducida como contraria a los artículos 117, 118, 181, 193 y 234 de la Constitución.

Sobre tal situación, la Corte ratifica lo antes dicho, pues el establecimiento de sistemas de contabilidad fiscal es una manera técnica de apoyar significativamente la actividad controladora del Órgano respectivo sobre los entes del Poder Nacional, a que se refiere el numeral 1 del artículo 5° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En tal virtud, se concluye que el artículo 73 *ejusdem*, aquí atacado, no es contrario a las normas constitucionales señaladas por la accionante. Así se declara.

8. “Artículo 77.- A los fines previstos en los artículos anteriores, la Contraloría General de la República, deberá:
 1. Prescribir, mediante Resolución que se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, las normas generales a las cuales deberán sujetarse los sistemas de contabilidad fiscal”.

Dada la similitud y carácter consecuencial de la presente norma, en relación al artículo 73, la Corte debe confirmar todo lo expresado respecto a la impugnación de éste y la desestimación de plano. Así se declara.

- 9 “Artículo 76.- La Contraloría, a los fines de unificar los sistemas y procedimientos de contabilidad de la Administración Pública, podrá prescribir las normas e instrucciones correspondientes para los Estados, Municipios, Territorios Federales y Distrito Federal mediante Resolución publicada en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA”.

Respecto a esta disposición, la accionante reitera la argumentación esgrimida en lo referente a los artículos 73 y 77 numeral 1, la cual se desestimó por las razones ya explicadas. La presente norma se refiere a la prescripción de reglas e instrucciones **para los Estados, Municipios, Territorios Federales y Distrito Federal**. Se plantea entonces de determinar si esta normativa afecta la autonomía política y administrativa de los Estados y Municipios.

Sobre este asunto, la Corte reitera lo explicado anteriormente acerca del carácter federal del régimen constitucional venezolano, consagrado en el artículo 2° de nuestra Ley Fundamental. Dicho dispositivo constituye un punto de referencia, al interpretar todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el resto de las normas de la propia Constitución.

El principio fundamental es, entonces, el de la separación y autonomía de las personas jurídicas representada en un esquema vertical de los tres niveles: Poder Nacional, Estatal y Municipal. En segundo lugar, y como ya se indicó, lo que se plantea es un caso de colaboración de poderes, tal cual está previsto en el artículo 235 de la Constitución, en los términos que siguen: “Las funciones de la Contraloría General de la República podrán extenderse por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución”.

La anterior disposición por sí misma, prescribe que esta extensión de las funciones de la Contraloría General de la República sobre las administraciones estatales y municipales, sin que se vulnere la **autonomía** de los Estados y Municipios tiene carácter determinante y fundamental.

Conviene observar lo que sigue:

La norma cuestionada habilita a la Contraloría General de la República para unificar los sistemas y procedimientos de contabilidad de los Estados, Municipios, del Distrito Federal y los Territorios Federales. Esa unificación es materia conectada fundamentalmente con el control de la

administración de los bienes. Tal actividad sigue siendo administrativa, tal cual se señaló *supra*, al referirse a la naturaleza de las funciones ejercidas por la Contraloría General de la República.

Ahora bien, el artículo 17 ordinal 3° de la Constitución dispone:

“Es de la competencia de cada Estado:

(...)

3° La administración de sus bienes y la inversión del situado constitucional y demás ingresos que le correspondan, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 229 y 235 de la Constitución”.

A juicio de esta Corte, la autonomía financiera del Poder Estatal, cuyo contenido y definición emergen de este ordinal, está supeditado a la fiscalización de la Contraloría General de la República. El artículo 235 señala que dicha fiscalización debe respetar la autonomía estatal, pero ello no quiere decir que la potestad de fiscalización de la Contraloría interfiere la potestad autonómica que en sí misma presupone tal fiscalización.

Ciertamente, el ordinal 3° del artículo 17 de la Constitución remite adicionalmente al artículo 229 *ejusdem*. En tal sentido, debe entenderse que se trata de una remisión conjunta; esto es, que la frase ... “con sujeción a lo dispuesto en los artículos 229 y 235 de esta Constitución”, significa que la autonomía estatal está sujeta a lo que estos dos artículos, **leídos conjuntamente**, disponen. Por consiguiente, en tanto el artículo 229 regula la partida presupuestaria denominada “situado constitucional”, es decir, el dinero reconocido anualmente por la República a los Estados, Municipios y Distrito Federal. Debe concluirse que la fiscalización efectuada por la Contraloría General de la República sobre los gastos y bienes de dichas administraciones territoriales, se puede ejercer no sólo sobre aquellas operaciones que sean inversiones directas del situado, sino también sobre cualesquiera otras actividades de control que pretendan fiscalizar operaciones de las administraciones estatales.

En cuanto al Poder Municipal, el artículo 29 de la Constitución es mucho más explícito al definir el contenido de la misma:

“Artículo 29.- La autonomía del Municipio comprende:

1° La elección de sus autoridades.

2° La libre gestión en las materias de su competencia; y

3° La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales, de conformidad con esta Constitución y las leyes”.

Cabe preguntar entonces ¿En qué sentido puede la Contraloría General de la República extender su actividad de fiscalización y control a las administraciones estatales y municipales? La respuesta, en este caso, no puede ser otra sino aquella según la cual, la actividad de control del ente respectivo, en estos casos, puede ejercerse cuando la materia esté prevista en la Ley, como es el caso de pautas o criterios a ser seguidos por las Contralorías Estadales o Municipales.

Visto lo anterior, se observa que el artículo impugnado, lejos de violar lo previsto en la Constitución, en cuanto al respeto de las autonomías estatal y municipal, consagra determinada potestad general y directa por parte de la Contraloría General de la República para establecer los sistemas de contabilidad de las administraciones estatales y municipales. De allí que, a juicio de la Corte, no hay contrariedad alguna con el Texto Fundamental de la República.

La Sala Político-Administrativa de esta Corte, en sentencia del 6-8-85 al decidir un recurso de nulidad de la Resolución del 13 de mayo de 1982, de la Contraloría General de la República, sostuvo que la misma está facultada para “realizar funciones de inspección, fiscalización e investigación sobre las administraciones estatales y municipales, con el fin de verificar la legalidad y sinceridad de sus operaciones financieras”; que también la Contraloría puede multar a “quienes emplearen los fondos públicos que administren... en finalidades públicas diferentes de aquellas a que estuvieron destinadas por la Ley, por los Reglamentos o por Actos Administrativos” (Ley Orgánica de la Contraloría, artículo 93, ordinal 8°). Al efecto, advirtió el Ministerio Público en su informe relativo al caso, que la extensión de las funciones de la Contraloría a los Estados y Municipios encuentra como límite la esfera de autonomía que la Constitución garantiza a los entes político-territoriales menores.

A juicio de este Alto Tribunal, resulta admisible la interpretación sostenida por la representación del Congreso, según la cual la “autonomía” a que alude el artículo 235 de la Constitución, sería la posibilidad de sistemas propios de control internos. La verdad es que dicha “autonomía” corresponde a los entes estatales y municipales conferida por el

sistema federal, en los términos establecidos en la Constitución, ya analizados.

Finalmente, en cuanto a la sentencia citada por la Contraloría en su escrito, dictada por la Sala Político-Administrativa de esta Corte Suprema de Justicia, en fecha 23 de octubre de 1986, la misma no hace sino sostener lo señalado por esta Corte, con la diferencia de que, la Contraloría sí podría fiscalizar directamente a las administraciones estatales en lo referente a la inversión del situado constitucional más otros rubros propios a su actividad financiera.

Sobre la base de lo expuesto, considera la Corte que el artículo 76 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no es violatorio del principio de colaboración de los poderes. En realidad, el control ejercido incide sobre la aplicación del acto impugnado. No sobre la norma.

10. “Artículo 113.- Son hechos generales de responsabilidad administrativa, independiente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, además de lo previsto en el Título IV de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los que se mencionan a continuación.

(...)

15. El incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos, así como el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa”.

Sobre esta norma, la Corte, en reciente sentencia de fecha 15 de abril de 1997, se pronunció declarando sin lugar una acción de inconstitucionalidad contra la misma, en la cual se señaló:

“El ordinal 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, permite a este organismo, establecer la sanción de declaratoria de responsabilidad administrativa en los casos de incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate: es decir, cuando el incumplimiento es consecuencia directa de una conducta, imputable al funcionario público de que se trate, que se encuentre tipificada en las leyes.

Observa la Corte que la Contraloría General de la República debe ejercer, sobre una multitud de personas y de entes, que constituyen un universo, la función de control y, como consecuencia de la misma, los

controlados quedan sujetos, eventualmente, a la potestad sancionadora del organismo contralor.

Ha sido criterio doctrinario, pacífica y universalmente admitido, y consagrado jurisprudencialmente por esta Alta Corte, el de que, una denuncia de inconstitucionalidad sólo habría de prosperar en el caso de que la norma legal impugnada llegare a violar el dispositivo constitucional, no sólo de manera directa, sino también en forma flagrante, ya sea contradiciendo evidentemente su texto escrito, o con clara alteración de su espíritu, propósito y razón.

En el presente caso, la norma impugnada está dirigida a lograr que en la función pública relacionada con la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos de las entidades y personas sujetas al control del organismo contralor, se cumplan úbidamente, tanto las metas que se hayan señalado con antelación en determinados programas o proyectos específicos, como también los fines que estén previstos en aquellas leyes, concretamente consideradas, a las que están sometidos, en razón de su cargo, los funcionarios públicos. Lo mismo ha de admitirse en lo que hace a la normativa que se impone a dichos empleados públicos en virtud de sus concretas y determinadas funciones de naturaleza pública.

No se trata, por tanto, de una formulación genérica que deja al órgano administrativo la determinación de lo ilícito; en tal sentido, cabría la consideración de que la disposición en comento, no abandona al arbitrio o discreción de la Contraloría, la fijación del hecho que genera la responsabilidad administrativa; sino que tal norma legal prevé una remisión normativa en orden a establecer las finalidades de las leyes o de 'la normativa de que se trate', a las cuales están sujetos organismos, entidades y personas naturales, cuya actividad se somete a la vigilancia de la Contraloría General de la República".

En este caso, la accionante sostiene, al igual que en la acción antes desestimada, que la norma cuestionada es contraria a lo dispuesto en el artículo 60 ordinal segundo y artículo 69 de la Constitución. Esta Corte, sobre ello, en la sentenciacitada, se pronunció claramente en los siguientes términos:

"En el caso presente, la Corte entiende que la norma impugnada no contradice ni en la letra, ni en lo que hace a su espíritu, propósito y razón, el dispositivo constitucional establecido en el numeral Segundo del artí-

culo 60 de la Constitución, y tampoco aquél que se contiene en el artículo 69 *ejusdem*, por lo que es forzoso concluir en que la última parte del ordinal 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es conforme con el principio de la legalidad de los delitos y de las faltas, así como también, con el de las penas, que informan nuestro texto constitucional. Por consiguiente, la solicitud de nulidad de la expresada norma legal, resulta improcedente, y así se declara”.

Ratificando dicho criterio, se desestima la acción contra la norma impugnada.

11. “Artículo 115.- En las averiguaciones administrativas que realice la Contraloría se formará expediente, que se iniciará con auto de apertura debidamente motivado y se procederá a la sustanciación de la investigación dentro del plazo que fije el Reglamento”.

Dicha norma, supuestamente se impugna por contraria a la reserva legal en materia de procedimientos que consagra el artículo 136 ordinal 24° de la Constitución.

La Corte hace constar que, en los artículos 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122 y 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, está regulado el procedimiento en las averiguaciones administrativas efectuadas por la Contraloría General de la República. La remisión que hace el artículo 115 a una norma reglamentaria, se refiere solamente a la determinación del lapso de sustanciación.

No se trata en este caso, de una remisión “en blanco” sobre regulación del procedimiento de las averiguaciones administrativas, sino de un lapso en particular, lo cual a juicio de la Corte, tratándose de un procedimiento administrativo y no jurisdiccional, no resulta contrario a la reserva legal. Ello, sin perjuicio claro está, de que el lapso previsto en dicho reglamento debe ser suficiente como para no menoscabar el derecho a la defensa. Así se declara.

12. “Artículo 129.- En la aplicación de las multas se tomarán en cuenta las circunstancias que se establezcan en el Reglamento de esta Ley”.

Respecto a lo enunciado anteriormente, se plantea en la misma fórmula una remisión en blanco a la norma reglamentaria, de tal manera que quede bajo la misma norma reglamentaria la determinación de los tipos sancionatorios, tanto en lo referente a la falta como al delito. Ello, a todas luces, según dice la accionante, sería violatorio del principio de reserva legal en materia sancionatoria.

Anota esta Corte que en la norma cuestionada, sin embargo, no se formula remisión alguna al reglamento, respecto a la tipificación propiamente dicha de una falta y una sanción, sino a la determinación de las circunstancias agravantes y atenuantes.

Es evidente que existen limitaciones a la potestad sancionadora de la Administración, conforme a lo previsto en la Constitución de la República, las cuales derivan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, analizados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente previstos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

En el orden de ideas expuesto, pueden derivar estas consecuencias: a) los límites de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, tienen carácter excepcional dentro de los poderes para sancionar que en manos de la Administración se presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto al derecho de defensa, reconocido en el Artículo 68 de la Constitución, cuya aplicación se exige en los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) Finalmente, la subordinación a la autoridad judicial. (Vid. CANO MATA, Antonio *Las Infracciones Administrativas en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid 1984, Pg. 19).

De otra parte, si bien dichas circunstancias agravantes y atenuantes han de ser consideradas siempre al momento de aplicar los tipos sancionatorios, ellas no forman parte propiamente dicha de aquellos. Ciertamente, el margen de discrecionalidad, al establecer los agravantes y atenuantes no parece muy amplio, pues debe respetar cuidadosamente la razón y finalidad de los tipos sancionatorios, que han de ser considerados en su aplicación. En tal sentido, se desestiman los argumentos de la accionante. Así se declara.

13. “Artículo 130.- En los casos que señale el reglamento no se impondrá la multa sin que previamente se inste al funcionario a que subsane la falta dentro del plazo que se establezca. Vencido dicho plazo sin que subsane la falta se impondrá la sanción correspondiente”.

La accionante ataca dicha norma por las mismas razones esgrimidas acerca del artículo 115; es decir, la supuesta violación de la reserva legal en materia de procedimientos.

Este Alto Tribunal, ratificando lo señalado respecto al análisis practicado en los artículos 115 y 129, desestima la impugnación. Así se declara.

V

LOS LAPSOS PARA RECURRIR

14. "Artículo 102.- Contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo relativo a materias no-reguladas por el Código Orgánico Tributario, se podrá ejercer el recurso contencioso-administrativo de anulación, por ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de veinticinco (25) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación de la decisión y mediante el procedimiento establecido en los artículos siguientes".

El argumento de la accionante estriba en considerar que la reducción que hace la norma, del lapso de seis (6) meses para la impugnación de actos administrativos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a veinticinco (25) días hábiles, resulta "irracional y violatoria del derecho a la defensa".

Al respecto, se observa:

En realidad, el derecho a la defensa, al ser consagrado en la Constitución, reviste su importancia en cualquier situación prevista dentro del ordenamiento jurídico abstractamente considerado. Conceptúa este Alto Tribunal que el artículo 68 de la Constitución dista de ser norma programática, como pretende sostener la Contraloría General de la República, sino de aplicación directa y de tipo operativo. Es cierto que el mismo derecho a la defensa debe ejercerse "en los términos y condiciones establecidos por la Ley", según el propio texto constitucional establece. Pero ello no significa en forma alguna que el legislador goce de una absoluta fidelidad a determinado lapso contemplado en la Ley, sino que el mismo puede variar conforme a condiciones llamadas a determinar que su ejercicio sea real y efectivo.

Como se ha dicho, esta definición del derecho a la defensa, el cual en el ámbito judicial se manifiesta como facultad a una "tutela judicial efectiva", puede variar según el texto legal de que se trate. Así, en el ordenamiento jurídico se consagran ciertos términos procedimentales cuando el ejercicio del derecho a la defensa se conforma dentro de determinada controversia entre particulares, y al igual que otros lapsos

procedimentales, si la materia se refiere al ejercicio del mismo derecho ejercido dentro de especiales litigios entre particulares. Por ejemplo, cuando hay controversias entre patronos y trabajadores.

Es verdad que en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, la propia Constitución en su artículo 206, ha establecido en su texto ciertos términos y condiciones: los actos objeto de control (los actos administrativos), el órgano contralor (los tribunales contencioso-administrativos) y las potestades del juez contencioso administrativo. No obstante, en lo que a tal tipo de jurisdicción atañe, al hacerse una apreciación del artículo 68 de la Constitución, no puede entenderse en forma unilateral, ya que si bien el artículo 206 *ejusdem* consagra un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como dice Marienhoff, “la actividad de contralor corresponde a la Administración activa en materia contencioso-administrativa”. (Vid. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964, Tomo 1, pg. 107).

Con las referidas consideraciones, esta Corte plantea la complejidad del tema, con ocasión de la impugnación del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en cuyo texto se establece el término de 25 días para recurrir. No se trata únicamente de determinar si el legislador podía reducir el lapso de seis (6) meses para la caducidad de los recursos contencioso-administrativos contra actos de efectos particulares consagrados en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En este caso, el problema radica en determinar si es posible establecer en cada ley reguladora de un órgano perteneciente al Poder Público, un régimen contencioso administrativo particular contra los actos de dicho órgano.

En el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el Capítulo III del Título VII “De los Reparos”, se establece el régimen de impugnación contencioso administrativo contra los mismos. Es criterio de esta Corte que el nombrado régimen es materia perfectamente regulable por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Tanto más cuanto, que por mucho esfuerzo que se haga, no se advierte incompatibilidad alguna entre la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Texto Constitucional.

La incongruencia denunciada precisa que el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece un lapso de caducidad distinto al establecido en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, reduciendo dicho lapso de seis (6) meses a

veinticinco (25) días hábiles, supuestamente, en detrimento del derecho a la defensa de los recurrentes. Conceptúa la Corte que no existe violación de la Constitución al establecerse un diferente lapso de caducidad.

Al efecto, debe señalarse como precedente obligado en esta materia, la decisión publicada por este Corte Plena, el seis de agosto de 1991, con ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, en cuyo texto se anula parcialmente el artículo 79 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, promulgada el 7 de octubre de 1988, eliminando la frase “únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución” y subsistente el resto del artículo en cuanto dispone que: “Contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinado del Consejo de la Judicatura, podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”.

Esta opinión no hace sino recoger el criterio sentado por la Sala Político-Administrativa, cuando sostiene que:

“Al omitir el legislador en el Artículo 79 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, la recurribilidad del acto administrativo sancionatoria de suspensión del cargo, ha contrariado la letra y el espíritu de la norma contenida en el artículo 206 de la Constitución de la República, el cual no excluye ningún acto administrativo el control, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y así expresamente se declara”.

Por consiguiente y conforme a dicha sentencia, “tanto la destitución como la suspensión del cargo son actos administrativos de efectos particulares, es decir, que inciden en la esfera jurídica de un determinado administrado, quien, en la especie, es el Juez”.

En fin, destaca la Corte que: “...pese a la accidentada trayectoria sucintamente evocada, a la hora actual no cabe la menor duda de que, por expresa voluntad legislativa, el Consejo de la Judicatura es un órgano de naturaleza administrativa y que esa misma naturaleza tiene todas las atribuciones que ejerce, incluidas las que realiza en función disciplinaria. Ello resulta, por lo demás, en perfecta consonancia con la previsión legal que, más de una década atrás atribuyera competencia a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la Ley Orgánica que la rige, para ‘declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional’ (artículo 42, ordinal 12 Ley

Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) constituyendo el Consejo de la Judicatura, al igual que la Contraloría General de la República y el Ministerio Público uno de esos otros órganos de jerarquía constitucional integrado en la Administración Pública Nacional, pero con autonomía funcional frente a ésta, comprendido dentro de dicha norma, como sin ningún cuestionamiento, ha sido interpretado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, durante todo el tiempo de vigencia de su ley orgánica”.

Debe concluir esta Corte que, sólo podrá decirse que el recurso, se funda en razones de inconstitucionalidad cuando, al confrontar el acto impugnado con alguna norma de la Constitución, resulta evidente la colisión que entre ellos existe, teniendo en cuenta los alegatos del autor. Asimismo, se ha precisado, para evitar toda confusión, entre las razones de inconstitucionalidad y de ilegalidad que han de servir de base a los jueces para determinar su propia competencia, que debe tratarse de la denuncia de una infracción directa de la norma constitucional, y no mediata por existir una normativa legal específicamente violada.

Es bien sabido que en Venezuela, el control de la constitucionalidad, cualquiera sea su tipo o modalidad corresponde a la administración de justicia. Nuestro país cuenta con una Constitución escrita o codificada que es tenida como super-ley, y por eso en esta tipología, además de la rigidez, descansa el presupuesto de la revisión constitucional. La Constitución, como norma superior, exige que todo el orden político y jurídico del Estado sea compatible y congruente con la misma y descalifica toda norma o acto que la transgreda, con el vicio o defecto de inconstitucionalidad.

Sobre la base de todo lo anteriormente señalado, se concluye que el artículo 102 de la Contraloría General de la República y por las mismas razones, el 103 *ejusdem*, son congruentes y ajustados a lo dispuesto en los artículos 206 y 68 de nuestra Carta Magna. Así se declara.

15. “Artículo 124.- Las diligencias efectuadas por la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria, mientras no sean derivadas en el debate judicial”.

En primer lugar, según afirma la accionante, se atribuye una presunción de veracidad a todas las diligencias realizadas por la Contraloría General de la República, en las averiguaciones administrativas, lo cual equivale a colocar en el administrado, siempre y en todo caso, la carga de desvirtuar lo afirmado por el funcionario instructor en la averiguación, desconociéndose así los más elementales principios procesales de la carga

de la prueba, que no son sino manifestaciones del derecho a la defensa. Pareciera que, lo que hace es eximir al funcionario instructor de las averiguaciones, de la necesidad de probar lo que afirma.

A juicio de la Corte, las afirmaciones formuladas en orden a catalogar la norma como consecuencia del “principio de presunción de legalidad de los actos administrativos”, tienen gran valor en lo que respecta a la eficacia de los mismos, por un lado y por el otro, la presunción de legalidad de los actos administrativos es una consecuencia del principio de decisión ejecutoria, en el sentido de que la Administración no necesita, para ejecutar sus actos, que previamente un Tribunal los declare conforme a derecho.

Una interpretación literal de la norma, conduciría a afirmar que el particular investigado no puede desvirtuar las diligencias de la Contraloría sino hasta el debate judicial. Pero ello sería inconstitucional pues la parte interesada tiene derecho a desvirtuar lo que se señale en su contra, aun en el procedimiento administrativo, ello es manifestación de su derecho a la defensa.

La norma, entonces, debe ser interpretada en el sentido de que las diligencias de la Contraloría, tienen la fuerza probatoria que la sana crítica les atribuya, mientras no sean desvirtuadas.

16. “Artículo 136.- El ejercicio de los recursos previstos en esta Ley contra los actos de la Contraloría, no impide la ejecución de los mismos. Sin embargo, el Contralor podrá de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido, en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentara en la nulidad absoluta del acto. En estos casos podrá exigirse la constitución previa de la caución que se considere suficiente”.

La norma en cuestión no consagra el principio de *solve et repete*, como equivocadamente lo sostiene la accionante, pues ni la interposición de la acción jurisdiccional ni los recursos administrativos que existieron, se supeditan al previo cumplimiento del acto, o a la constitución de una caución. El dispositivo, sencillamente, prevé la posibilidad de suspensión de los efectos de los actos de la Contraloría, lo cual es totalmente distinto a la interposición de recursos.

En tal sentido, ese artículo no resulta contraria al derecho a la defensa. Así se declara.

17. Finalmente, respecto a la impugnación de los artículos 92, 97, 100, 122 y 126 de la ley parcialmente cuestionada, se observa que la accionante no fundamentó tales impugnaciones, incumpliendo así el deber procesal impuesto por el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es evidente que ello, equivale a no interponer realmente acción alguna contra tales artículos, pues se omitieron los requisitos mínimos para considerar que la acción de inconstitucionalidad haya sido formalmente interpuesta. En consecuencia, nada tiene la corte que decir acerca de la inconstitucionalidad de tales disposiciones. Así se declara.

VIII DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, decide:

SIN LUGAR la acción de inconstitucionalidad propuesta contra las disposiciones contenidas en los artículos 8 numeral 1; artículos 11, 12; en los numerales 1 y 2 del artículo 13; en los artículos 16, 41, 45, 54, 70, 71, 73, 76, 77, 92, 97, 100 y 102; en el numeral 15 del artículo 113; y en los artículos 115, 122, 124, 126, 129 y 136 de la mencionada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017, Extraordinario, de fecha 13 de diciembre de 1995.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en Caracas, a los ocho (8) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. Años: 188° de la Independencia y 139° de la Federación.

La Presidente,

Cecilia Sosa Gómez

El Primer Vicepresidente,

ANÍBAL J. RUEDA

El Segundo Vicepresidente,

JOSÉ ERASMO PÉREZ-ESPAÑA

Magistrados

HUMBERTO J. LA ROCHE

ALFREDO DUCHARNE ALONZO

HILDEGARD RONDÓN SANSÓ

ALIRIO ABREU BURELLI

HÉCTOR GRISANTI LUCIANI

JOSÉ LUIS BONNEMAISON W.

NELSON RODRÍGUEZ GARCÍA

ÁNGEL EDECIO CÁRDENAS

JORGE ROSELL SENHENN

IVÁN RINCÓN URDANETA

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

HERMES HARTING

El Secretario

ENRIQUE SÁNCHEZ RISSO

HJLR/sn.-

EXP. NI° 0888.-

En fecha ocho (8) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, siendo las once y treinta minutos de la mañana (11:30 a.m.), se firmó el fallo que antecede y se difiere su publicación, por haberse anunciado voto salvado por la Magistrada Dra. Hilderargd Rondón de Sansó.

El Secretario

Quien suscribe, **Hildegard Rondón de Sansó**, disiente de sus colegas del fallo que antecede por lo que atañe a la inconstitucionalidad del ordinal 15° del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Al efecto, el artículo 113 tipifica los supuestos que determinan la responsabilidad administrativa, señalando específicamente el ordinal 15° que es hecho generador de tal responsabilidad: *“El incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos, así como el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa”*.

Al respecto, la disidente observa que la decisión de la Corte no fue otra que transcribir el texto de la sentencia del 15 de abril 1997, por ella dictada, en la cual se rechazó la acción de inconstitucionalidad ejercida contra dicha norma. En esa oportunidad, salvé mi voto por considerar que la disposición impugnada era violatoria de los principios básicos que rigen el sistema sancionatorio, ya que infringe el principio de tipicidad de las faltas y de las sanciones, y con ello, el de la reserva legal.

Al efecto estimo, como lo hiciera en la oportunidad precedentemente aludida de la sentencia de abril de 1997, que era necesario aludir a la gestación de la norma impugnada, pues la intención del legislador al sancionar la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República parecía fundada en el principio de legalidad de las infracciones y sanciones consagrada en el numeral 2° del artículo 60 y en el artículo 69 de la Constitución, lo cual se pone en evidencia en el hecho de que fue expresamente derogado por el propio artículo 149 del nuevo texto, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Al efecto, la disposición antes mencionada establecía una sanción genérica para cualquier violación legal o reglamentaria que no estuviera expresamente establecida como hecho generador de responsabilidad administrativa. Con tal derogatoria, habría podido producirse en beneficio de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República una reserva en la definición de los hechos generadores de la responsabilidad administrativa, esto es, de las causales que la generan; sin embargo, tal intención aparece anulada al regresarse al mismo sistema de enumeraciones genéricas de los supuestos constitutivos de las faltas. Así, el último aparte del ordinal 15 de artículo 113 y las disposición residual del artículo 114 permiten abrir la puerta para que, en la medida en que vayan apareciendo nuevos supuestos jurídicos, el propio órgano administrativo pueda definir hechos generadores de responsabilidad administrativa, que se originen tanto de leyes ordinarias, como de instrumentos normativos

de rango sublegal, lo cual constituye una admisión de la tipificación de las faltas por vía reglamentaria. En efecto, la disposición legal impugnada prevé no sólo que por leyes ordinarias puedan establecerse nuevas causales de responsabilidad administrativa, sino que mediante actos de rango sublegal se definan hechos generadores de dicha responsabilidad administrativa. Puede afirmarse así, que a través de la norma impugnada no se define ningún hecho generador de responsabilidad administrativa, sino que se **delega la Potestad normativa en materia de tipificación de ilícitos administrativos en futuras leyes ordinarias o en actos normativos sublegales.**

Se recuerda al efecto que en el derecho venezolano no existe un dispositivo general que establezca el régimen de las sanciones administrativas, como tampoco posee la Constitución normas expresas que se refieran a la Potestad sancionatoria, de la manera en que lo hacen algunas Constituciones como la española (artículo 25.1 y 25.3), pero por vía de jurisprudencia ha sido admitida cada vez más la aplicación de los rasgos fundamentales del principio de la legalidad de los delitos y las penas a los ilícitos administrativos, esto es, llamado Derecho Sancionatorio.

En la evolución del Derecho Sancionatorio, la jurisprudencia se ha erigido sobre la base de los siguientes principios:

- A) La afirmación de la autonomía del Derecho Sancionatorio frente a otros ordenamientos, ya que si bien el mismo se fundamenta en el *ius puniendi*, esto es, en el derecho en general que el Estado posee de castigar las infracciones del orden jurídico; sin embargo, tiene características específicas cuando la pena deriva de una infracción administrativa;
- B) El reconocimiento de que el Derecho Sancionatorio, a pesar de la señalada diferencia que lo separa del Derecho Penal, se ha nutrido de los principios fundamentales que rigen el régimen de los delitos y las penas, debidamente adaptado a la especial naturaleza de la actividad administrativa. En efecto, este principio que engloba el de la reserva legal, es aplicable al campo sancionatorio, aun cuando no en su forma más absoluta, ya que permite la delegación del Legislativo en la potestad reglamentaria del Ejecutivo del desarrollo de los tipos sancionatorios que han sido previstos. En el mismo sentido, se admite la norma sancionatoria residual, siempre y cuando esté constituida

por la limitada discrecionalidad del órgano administrativo de medir la gravedad de la falta a los fines de la aplicación de la sanción.

- C) El tercer elemento está en la constatación de la hipertrofia de la potestad sancionatoria de la Administración, a la cual el ordenamiento jurídico tiene que establecerle frenos, a través de pautas específicas que garanticen el derecho de defensa de los administrados.
- D) Finalmente, en la necesidad, hoy en día evidente, de la despenalización progresiva de algunas conductas que inicialmente eran calificadas como de naturaleza criminal o penal, y que, en el derecho moderno pasan a conformar simples infracciones administrativas. No puede dejar, sin embargo de anotarse que en el sistema venezolano, esta corriente ha encontrado obstáculos en una equivocada tendencia legislativa a penalizar conductas que originariamente constituían simples infracciones administrativas, ejemplo significativo de lo cual se encuentra en la legislación del Ambiente, en la de salvaguarda del patrimonio público y, en los intentos de reforma de la legislación tributaria.

Toda la extensión precedentemente enunciada de los principios del Derecho Penal al Derecho Sancionatorio, no constituye simplemente una interpretación jurisprudencial fundada en el Derecho Comparado, sino en el propio texto positivo, ya que el artículo 50 de la Constitución, al establecer que **“La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”**, hace que se consideren incorporados al sistema garantístico venezolano los principios consagrados en los tratados internacionales suscritos por la República, tales como el relativo a la presunción de inocencia en materia represiva en general y, en especial, en materia sancionatoria.

Señalados los rasgos del Derecho Sancionatorio venezolano, es indudable que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se inscribe en una **fase de retroceso** en su evolución, por cuanto implica el reconocimiento de la llamada **norma en blanco**, esto es, la que otorga la máxima discrecionalidad al organismo administrativo para determinar el tipo delictual. Aún más, la norma, desconociendo el principio de que el órgano sancionador carece de **control de mérito** sobre la actuación sancionada, le permite sin embargo, establecer penas contra

quien contravenga los criterios que han quedado sometidos a su oportunidad y conveniencia.

No cabe duda de que la sentencia de la Corte del 15 de abril de 1997 hizo un esfuerzo de interpretación al establecer los parámetros dentro de los cuales la norma contenida en el ordinal 15º del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República podría operar, labor esta que sin embargo no es suficiente para eliminar la absoluta discrecionalidad que se le acuerda al órgano contralor. En efecto, la norma en cuestión, cuando le permite a la Contraloría determinar **“los fines previstos en las leyes o en la normativa”**, la facultad para verificar si los fines se han cumplido o no, aun cuando posea la potestad expresa de constatar la oportunidad y conveniencia de los actos de los órganos sometidos a su control de legalidad. Al dotar al órgano contralor de una facultad exorbitante como lo es el determinar si se ha dado cumplimiento a las fines previstos en las leyes o en la normativa sub-legal, se le está dando un poder político supremo a través del cual el mismo puede juzgar en base a su exclusivo criterio todos los actos de los entes sometidos a su control; esto es, le permite **penetrar en el mérito** de materias que le son ajenas, como la determinación de cuál es la política tributaria que debe aplicarse a tal momento histórico, cuáles son las necesidades básicas que han de suplirse en la política social; o, cuál ha de ser el objetivo de la política monetaria del país.

No puede la disidente menos que recordar que existen premisas sobre el alcance de la potestad sancionatoria, por cuanto como toda potestad, ella implica el ejercicio de un poder atribuido por la Ley, y por ella, elaborado y delimitado. Recordemos al efecto que, tal como lo ha venido señalando la doctrina, el concepto de potestad se delinea mejor a través de su contraste con el derecho subjetivo, ya que ambos son poderes jurídicos, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos. Ahora bien, el derecho subjetivo tiene su origen en una relación jurídica concreta; recae sobre un objeto determinado; consiste en una pretensión específica y es la contrapartida de un deber que corresponde a un sujeto pasivo que es el obligado. La potestad, por su parte, no se origina en base a una relación jurídica, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares; sino que procede directamente del ordenamiento; no recae sobre ningún objeto determinado, sino que tiene un carácter genérico, y su ámbito de actuación está definido en la misma forma, no consiste en una pretensión particular, y está constituida

por la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos. A la potestad no le corresponde ningún deber mayor o menor, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. Frente a la potestad, nadie está en la situación de deber u obligación, sino en una postura abstracta de sujeción que lleva a soportar los efectos jurídicos que dimanen de su ejercicio. La potestad es inalienable, porque es indisponible para su titular, el cual puede ejercitarla o no, y sólo podrá transferirla cuando la ley permite en forma expresa su delegación. Su naturaleza es imprescriptible, aun cuando su ejercicio pueda estar sometido a caducidad o decadencia. Ellas son inagotables a través de su ejercicio, con el cual no se consuman, y no son susceptibles de modificación, ya que sólo la ley puede alterarles o extinguirlas. Al mismo tiempo no son ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente trazadas en su expresión y contenido, lo cual es la manifestación del principio de legalidad. Las potestades administrativas han de ejercerse “en función del interés público” y no del interés propio del aparato administrativo.

Entre todas las potestades administrativas, la sancionatoria es aquella a través de la cual se ejerce el *ius puniendi* que se manifiesta en la represión de los delitos y las penas, cuya competencia corresponde al juez, y pertenece —en el ámbito sustantivo— al Derecho Penal y, —en el ámbito adjetivo— al Enjuiciamiento Criminal. El *ius puniendi* que reprime la infracción administrativa es el objeto de Derecho Sancionatorio, cuya aplicación le corresponde a los órganos de la administración, y en consecuencia, está sometida, tanto su parte sustantiva como procedimental al Derecho Administrativo.

De las características de la potestad sancionatoria, emerge que el órgano que la detenta no puede pretender el ejercicio de un poder general sobre los ciudadanos (dogma del absolutismo), sino sólo poderes concretos que son excepciones singulares a la situación básica de la libertad. Como toda potestad administrativa, la potestad sancionatoria no es ilimitada y global, sino específica, concreta y tasada.

Las modalidades del ejercicio de las potestades, las señala la ley, bien mediante la determinación exhaustiva de todas y cada una de las condiciones para su ejercicio, o bien, acordándole a la Administración que la ejerce, un cierto poder de apreciación limitado. Estamos así ante el concepto de discrecionalidad que, si bien es una libertad de apreciación de la Administración, sólo puede referirse a alguno de los elementos

del acto administrativo respecto al cual se ejerce. Estos límites de la discrecionalidad están dados no sólo por la específica atribución legal, que nunca puede ser absoluta, sino también por el fin en razón del cual ha sido conferido, por cuanto a través de ella se busca el logro de un objetivo específico. Al efecto, se hace necesario distinguir entre la *discrecionalidad* y los *conceptos jurídicos indeterminados*, cuya confusión ha sido uno de los elementos que han obstaculizado el control efectivo de la arbitrariedad administrativa. En efecto, los **conceptos determinados** son los que delimitan el ámbito de la realidad, haciendo referencia a determinados hechos en forma precisa e inequívoca (Ejemplo: "mayoría de edad"). Los **conceptos indeterminados**, son aquellos cuyos límites no aparecen precisados; que no admiten cuantificación o determinación rigurosa; pero que, exigen en el momento en que sean aplicados que se precise cuál es su alcance (Ejemplo: "la falta de probidad", "la buena fe"). Los conceptos indeterminados pueden ser **conceptos de valor** ("precio justo") o pueden ser **conceptos de experiencia** que están fundados en hechos ("grave calamidad"). El concepto jurídico indeterminado, hace una referencia a supuestos concretos y no a variedades imprecisas o contradictorias, por lo cual no permite soluciones múltiples: sólo una solución: o se da o no se da. No hay solución intermedia, o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. El concepto jurídico indeterminado no es discrecionalidad, que es la capacidad de determinar la oportunidad o conveniencia de los actos a través del establecimiento del *quantum* (cantidad), del *quid* (objeto), o del *quomodo* (elementos circunstanciales). La discrecionalidad permite un ámbito de apreciación, el concepto jurídico indeterminado, obliga a una definición concreta.

En el caso presente, la norma objeto de la impugnación otorga una potestad sancionatoria a la Administración que no recae, como erróneamente se señala en un concepto jurídico indeterminado, **sino que le atribuye una discrecionalidad, la discrecionalidad de determinar cuales son los fines de la actividad administrativa y la forma de lograrlos.**

Debe señalar la disidente, que aun cuando en el Derecho Sancionatorio no existe la misma rigidez que exige la aplicación del principio de tipicidad de los delitos y las penas, para cumplir con la garantía que exige el principio de la legalidad de las infracciones y de las sanciones, es menester que una disposición expresa defina la conducta sancionable.

La norma impugnada, a juicio de la disidente, constituye una **norma en blanco**, que es aquella que otorga la amplia facultad al órgano administrativo de estimar caso por caso, las conductas incriminables que, según su criterio, sean consideradas como tales. El contenido de la norma en blanco, carece de la correspondiente hipótesis de hecho que defina el supuesto sancionable, por lo cual, se traduce en la entrega a la Administración de la facultad de establecer, en definitiva, en cada supuesto específico, cuáles serán las conductas sancionables y, en consecuencia, es contraria al principio de legalidad de las faltas y de las sanciones y, consiguientemente, violatoria de los artículos 60 ordinal 2º, y 69 del texto constitucional.

La norma en blanco ha sido calificada como una norma legal vacía de todo contenido material, porque ella constituye una remisión vaga, carente de toda precisión. Al no definirse el elemento típico del ilícito administrativo carece de una pauta que proporcione a la autoridad administrativa actuante, y a los particulares destinatarios de su fuerza punitiva, una información suficiente para saber cuál es el comportamiento que se pretende sancionar. A un sujeto al cual se le impute haber violado los fines de la norma, se le coloca ante un proceso en el cual no sabe cuáles son objetivamente esas finalidades, y ni siquiera se le señala a qué norma se alude en forma concreta. De allí que será la autoridad administrativa encargada de aplicar la norma quien defina para cada caso concreto cuáles son las que ella considera son las ***“finalidades previstas en las leyes o en las normativas de que se trate”***, y en consecuencia, será la autoridad sancionatoria, la que en cada caso tipificará el hecho sancionable.

Encuentra la disidente necesario recordar, que en el proceso que diera lugar a la sentencia del 15 de abril de 1997, para justificar la legitimidad del ordinal 15º del artículo 113, se le fundamentó en la facultad ***“de efectuar el control de gestión que le acuerda a la Contraloría General de la República su Ley rectora”***. Se señaló así, que la tipicidad que se exige en la norma sancionatoria deriva del ejercicio de la facultad de la Contraloría de ejercer el control de gestión previsto en los artículos 66, 67 y 68 *ejusdem*. Esta tesis no tiene fundamento alguno, pues el contenido del control de gestión está en la evaluación de planes y programas; en la evaluación de los resultados de las políticas y decisiones gubernamentales que guardan relación con los ingresos, gastos y bienes públicos; en la determinación del costo de los servicios públicos; en los resultados de la acción administrativa en general; y en la eficacia con que operan las entidades sujetas a su vigilancia y control. Este con-

trol de gestión no puede extender a la vigilancia de la Contraloría la sujeción de los órganos públicos y de sus políticas gubernamentales constitucionalmente establecidas, por cuanto ella está ceñida exclusivamente a las modalidades previstas por el constituyente y no puede el órgano legislativo crear otras, por tratarse de materias de **reserva constitucional**. Además, el control de gestión no otorga facultades represivas o sancionatorias, por lo cual no sirve de fundamentación a la norma impugnada, que a juicio de la disidente, es manifiestamente inconstitucional y así ha debido declararlo la Corte, propiciando el ya iniciado desarrollo del moderno Derecho Sancionatorio en Venezuela.

Queda así expresado el criterio de la disidente.

Caracas en fecha *ut supra*.

La Presidente,
Cecilia Sosa Gómez

El Primer Vicepresidente,

ANÍBAL J. RUEDA

El Segundo Vicepresidente,

JOSÉ ERASMO PÉREZ-ESPAÑA

ALFREDO DUCHARNE ALONZO

ALIRIO ABREU BURELLI

HUMBERTO J. LA ROCHE

NELSON RODRÍGUEZ GARCÍA

JORGE ROSELL SENHENN

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

HÉCTOR GRISANTI LUCIANI

JOSÉ LUIS BONNEMAISON W.

ÁNGEL EDECIO CÁRDENAS

IVÁN RINCÓN URDANETA

HERMES HARTING

El Secretario

Enrique Sánchez Risso

HRS/rm.-

EXP. 0888

En fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, siendo las once de la mañana (11:00 a.m.) consignó voto salvado la Magistrado Dra. Hildegard Rondn de Sansó en trece (13) folios útiles.

El Secretario

En esta misma fecha, quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho siendo las dos y diez minutos de la tarde (2:10 p.m.) se publicó el fallo que antecede.

El Secretario

NOTAS INSTITUCIONALES

**INAUGURACIÓN DE LA BIBLIOTECA “CONTRALOR
JOSÉ RAMÓN MEDINA”
Y PRESENTACIÓN DE CINCO LIBROS**

El Contralor General de la República, Dr. Eduardo Roche Lander, inauguró el pasado 13 de enero el Centro de Información Técnica Biblioteca “Contralor José Ramón Medina”, el cual a partir de esa fecha presta sus importantes servicios en el piso 9 del edificio de Fondo Común, adyacente a la sede de la Contraloría General de la República.

Luego de develar la placa conmemorativa del acto de inauguración, el Dr. José Ramón Medina, agradeció el gesto de la Contraloría General de la República al identificar con su nombre el Centro de Información Técnica.

Seguidamente se dio inicio a la presentación de los libros *El Principio de la Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela*, del Dr. José Peña Solís; *La Espada* de la poetisa Elizabeth Schön; *La Historia Acosada: Defensa y Enseñanza de Nuestra Historia y Democracia: Nuevo Estado, Nueva Contraloría*, varios autores (del Fondo Editorial 60 Años de la Contraloría General de la República) y *Barcos de la Noche y del Sol*, del Dr. Joaquín Marta Sosa, editado por FUNDARTE.

La presentación de estos cinco libros fue el evento que cerró los actos con motivo de la celebración del sexagésimo aniversario de la Institución.



Los Dres. Óscar Silva Álvarez (Director de la OCCI), Eduardo Roche Lander (Contralor General), José Ramón Medina (Ex Contralor) y Alexis Márquez Rodríguez (Presidente de Monte Ávila Editores Latinoamericana) cuando observan la muestra de publicaciones del Fondo Editorial de los 60 años de la CGR.

II CONCURSO ANUAL DE INVESTIGACIÓN DE LA OLACEFS

Entre la segunda quincena del mes de enero y el 30 de julio de 1999, se desarrolló el proceso de consignación de trabajos del Concurso Anual de Investigación de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), el cual forma parte del programa anual de mejoramiento, capacitación y profesionalización del personal adscrito a las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y del Caribe.

BASES DEL CONCURSO ANUAL DE INVESTIGACIÓN EN TEMAS VINCULADOS CON EL CONTROL GUBERNAMENTAL

1. Participantes

Podrán participar profesionales individualmente o en grupo, de las Entidades Fiscalizadoras Superiores —EFS— de los países miembros de OLACEFS. La presentación de los trabajos se realizará a través de las EFS en un número no mayor de dos (2) por país participante.

2. Características

Los trabajos deben situarse en el campo de la investigación aplicada o de monografías en los siguientes temas:

- Auditoría de gestión del medio ambiente.
- Independencia de las EFS.

No se admitirán investigaciones o cualquier trabajo que sean resultado de Convenios de Cooperación suscritos por las EFS.

3. Calendario del concurso

- *Convocatoria*

La convocatoria será efectuada por la Presidencia de OLACEFS en la segunda quincena de enero de 1999 y su difusión estará a cargo de cada EFS.

- *Recepción*

La fecha límite de recepción de los trabajos será el 30 de julio de 1999 y se dirigen a la Secretaria General bajo la siguiente nominación:

Señores:

SECRETARÍA GENERAL DE LA OLACEFS

Av. Arequipa N° 1649- LINCE Lima 14- PERÚ

- *Resultados*

La calificación y selección de los trabajos ganadores concluirá el 29 de septiembre 1999 y será comunicada a los investigadores a través de su respectiva entidad.

- *Premiación*

Los investigadores que resulten ganadores podrán recibir sus premios durante la IX Asamblea General de la OLACEFS a realizarse en Asunción-Paraguay, en el mes de octubre del presente año, siempre que la EFS a la que representa brinde las facilidades requeridas.

4. Presentación

- *Requisitos:*

La presentación de la investigación debe sujetarse a las condiciones siguientes:

Los trabajos deberán ser presentados bajo seudónimo, guardándose en sobre lacrado, las comunicaciones con el nombre real de los participantes.

Escrita en idioma castellano o portugués.

Extensión mínima de 25 páginas incluyendo un Resumen Ejecutivo.

Documento impreso en hojas de 80 gramos tamaño A4, escritas en una sola cara, con interlineado sencillo o normal (de un espacio) y anillado.

Diskette debidamente protegido de 3.5", con archivo de la investigación grabado en procesador de textos. Se identificará con una etiqueta exterior indicando el nombre del programa utilizado y su versión.

De considerarlo necesario podrá enviar un video, con un máximo de duración de 20 minutos, grabado en sistema compatible americano (NTSC) y/o con fotografías a color.

- ***Fecha límite:***

La fecha límite de recepción de los trabajos será el 30 de julio de 1999.

- ***Contenido del Trabajo de Investigación:***

La estructura y contenido de la investigación son libres del autor; sin embargo, incluirán como mínimo los elementos siguientes:

Definición del problema.

Objetivos.

Justificación del proyecto.

Desarrollo de la investigación.

Utilidad del trabajo metodología aplicada.

Resultados obtenidos.

En la carátula se mencionarán:

- a) Título de la investigación
- b) Seudónimo del autor
- c) País al que representa

5. Evaluación y selección del trabajo ganador

- ***Comisión de Evaluación***

La calificación de las investigaciones estará a cargo de una Comisión de Evaluación, conformada por cuatro (4) representantes de las EFS de Brasil, El Salvador, Perú y Venezuela. La Secretaría General de la OLACEFS y funcionarios de la OLACEFS en presencia de Notario Público, suscribirán el acta en el que señalaran el haber procedido a abrir los sobres conteniendo los trabajos remitidos para el concurso tanto en diskettes como en versión impresa y cualquier otro tipo de material de apoyo, guardándose en sobre lacrado las comunicaciones que contienen el nombre real de los concursantes hasta la fecha establecida para la

evaluación final, en la que se determinará a los ganadores. Posteriormente la Secretaría General remitirá a los miembros de la Comisión de Evaluación, a través de sus titulares, copia de los diskettes que contengan los trabajos presentados para su evaluación correspondiente. Como resultados de la consolidación efectuada por la Secretaría General se elaborará un cuadro resumen, con los puntajes alcanzados por los Miembros de la Comisión de Evaluación determinándose a los ganadores del primero, segundo y tercer lugar. En la fecha señalada, y en presencia de un Notario Público, el Secretario General y funcionarios de la OLACEFS abrirán los sobres que contienen los nombre de los concursantes, suscribiéndose el Acta respectiva. Las decisiones de la Comisión son inapelables.

La Comisión elige su presidente y podrá recomendar la publicación de los trabajos y su difusión.

- *Criterios de Evaluación*

- a) La evaluación se realizará con los siguientes criterios:
- b) Originalidad
- c) Consistencia metodológica y soporte técnico.
- d) Redacción.
- e) Aplicabilidad.
- f) Trascendencia de su contenido.
- g) Aporte a la acción fiscalizadora de la región OLACEFS y al tema.

Se diferenciará la evaluación según se trate de un trabajo de investigación o de una monografía o trabajo específico.

6. Premios y distinciones

Se otorgarán dos únicos premios por cada tema señalado en el punto 2 de las Bases. El primer puesto de mil quinientos dólares americanos, (US\$1,500.00), cada uno y el segundo puesto de setecientos cincuenta dólares americanos, (US \$750.00), cada uno.

Además, los mejores trabajos de investigación calificados serán distinguidos a propuesta de la Comisión de Evaluación, mediante Resolución de la Presidencia de OLACEFS.

7. Compromisos y publicación de trabajos

Los autores de las investigaciones premiadas o con mención de distinción cederán a favor de la OLACEFS todos los derechos sobre los trabajos; la Organización podrá publicarlos sin más obligación que la de mencionar el nombre y la nacionalidad del autor.

Además, los trabajos premiados serán editados, publicados y difundidos por la Organización Regional, haciendo uso de la página WEB de la OLACEFS.

EL CONTRALOR: MIEMBRO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE LA INGENIERÍA Y EL HÁBITAT

El pasado 21 de enero el Contralor General de la República, Dr. Eduardo Roche Lander, prestó juramento como Individuo de Número de la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat. El acto se realizó en el Paraninfo del Palacio de las Academias y contó con la presencia del Presidente de la República y representantes del cuerpo ministerial.

Los Individuos de Número de la mencionada Academia deben ser venezolanos; figurar en el Registro de Candidatos Académicos; haber realizado investigaciones, estudios o proyectos y publicado escritos que constituyan avances para la ingeniería, la arquitectura o el urbanismo; haber obtenido el título de Doctor o ser Individuo de Número de alguna otra Academia Nacional, o haber sido profesor titular o su equivalente y ejercido la docencia en el campo de la ingeniería, la arquitectura o el urbanismo por un mínimo de diez años.

El objetivo de la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat es contribuir al desarrollo de las ciencias, la tecnología y las artes vinculadas con las disciplinas de la ingeniería y el hábitat, y a los estudios relacionados con el aporte de dichas disciplinas para el desarrollo integral del país.

La Academia puede colaborar en la elaboración de los planes docentes y de investigación de educación superior, relacionados con la ingeniería y el hábitat; así como cooperar en la definición y elaboración de las directrices generales y estrategias públicas específicas para el desarrollo de la infraestructura vinculada con la ingeniería, la arquitectura y el urbanismo, previstas en los planes y programas nacionales y sectoriales.



La gráfica nos muestra a los miembros de la Academia de la Ingeniería y el Hábitat; arriba, tercero de derecha a izquierda, el Dr. Eduardo Roche Lander.

PRESENTACIÓN DEL INFORME AL CONGRESO 1998

El pasado 1° de febrero el Contralor General de la República, Eduardo Roche Lander, hizo entrega a la Directiva de las Cámaras Legislativas, del Informe Anual correspondiente al año 1998.

En el quinto informe de su gestión, el Dr. Roche Lander reiteró la profunda situación de deterioro que sufre el Estado venezolano, así como la crisis y escasa funcionalidad de la Administración Pública.

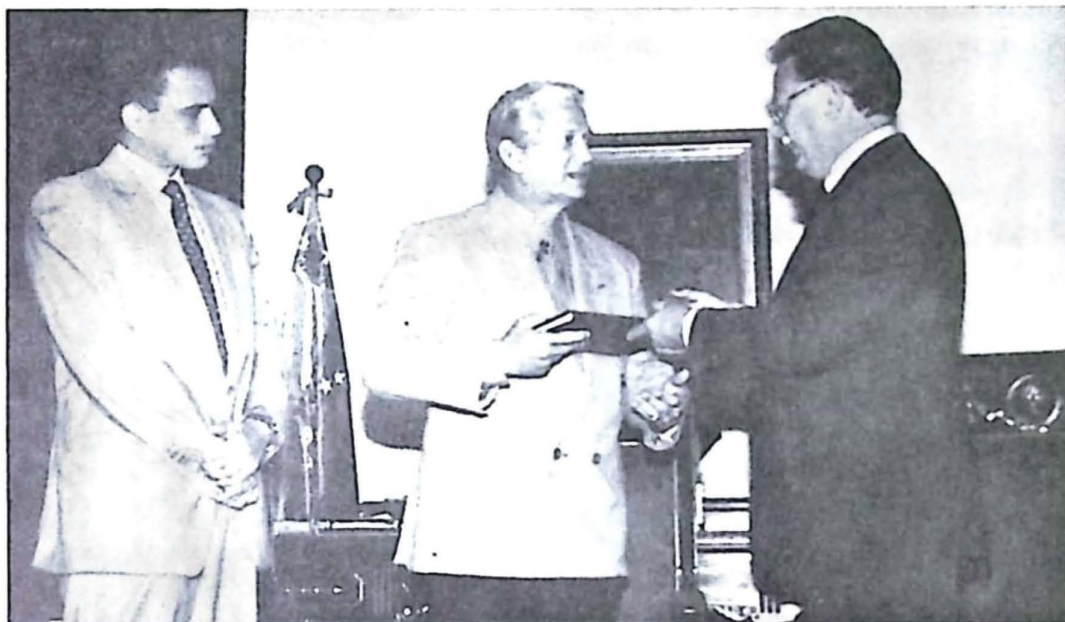
Durante su intervención el ciudadano Contralor destacó las principales deficiencias de orden estructural que reiteradamente son señaladas por la Contraloría:

- El Estado no cuenta con información consolidada acerca de los fondos que manejan 1.884 entidades que están registradas en el Órgano Contralor. Hasta la fecha de realización del Informe, sólo se había obtenido información de las asignaciones presupuestarias de 577 entidades.
- No se conoce a cuánto asciende el monto total de los bienes públicos, bien sean nacionales, estatales o municipales.
- Se desconoce la cantidad de trabajadores con los cuales cuenta el Estado en las diferentes áreas de la administración nacional, estatal y municipal.
- La ausencia o mala planificación de la gestión, que arranca desde la propia legislación.
- La articulación de la administración central con los organismos descentralizados es deficiente cuando no inexistente.

Asimismo, este documento recoge el resultado de la labor auditora de la Contraloría General de la República en los diferentes sectores de la administración pública venezolana:

- Cerca de 3.000 actuaciones permitieron a la Contraloría detectar y dar a conocer las principales fallas que entraban la modernización de la administración pública.
- Destaca los señalamientos sobre los auxilios financieros.
- Uso indiscriminado de las naves y aeronaves de PDVSA.
- Las irregularidades en el sistema de control de cambios, y en la contratación de obras públicas, entre muchos otros.

Previamente a la presentación del Informe 1998 al Congreso de la República, el Contralor —como es su costumbre— realizó un encuentro con todos los funcionarios del Organismo, en el cual hizo una presentación interna de los resultados de la gestión durante el año 1998, donde destacó el esfuerzo y la constancia de todos aquellos que trabajaron para llevar adelante las distintas actuaciones y de quienes formaron equipo para la elaboración del Informe.



Instante en el cual el Dr. Eduardo Roche Lander, Contralor General, entrega el Informe Anual 1998 al Dr. Luis A. Dávila, Presidente del Congreso de la República; observa el Dr. Henrique Capriles R., Presidente de la Cámara de Diputados.

9 DE ABRIL: DÍA INSTITUCIONAL DE LA OLACEFS

En el marco de la VIII Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) realizada en nuestro país del 12 al 16 de octubre del pasado año, se instauró el 9 de abril como día institucional de esa Organización, con motivo de celebrarse en esa fecha la aprobación de la Carta Constitutiva del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras (ILACIF), Santiago de Chile (1965), antecesora de la OLACEFS.

La OLACEFS es una organización sólidamente integrada, técnica, dinámica, proactiva y preparada para el cambio, que impulsa el desarrollo y perfeccionamiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y del Caribe, sobre la base de un sostenido proceso de mejoramiento continuo, de la innovación científico-técnica y de la promoción de conceptos modernos de control gubernamental, asociados a la búsqueda de la excelencia y de una proyección social gestora de la modalidad y la transparencia pública.

Objetivo general: Para alcanzar su misión tiene como meta principal desarrollar funciones de investigación científica especializada y ejecutar tareas de estudios, capacitación, especialización, asesorías y asistencia técnica, al servicio de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y del Caribe.

Miembros de la OLACEFS: dentro de esta Organización participan como **Miembros Activos**, las EFS de los siguientes países: Antillas Neerlandesas, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Como **Miembros Afiliados:** el Secretariado Permanente de los Tribunales de Cuentas de la República Argentina; los Tribunales de Cuentas de los estados de Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Río de Janeiro, Sergipe y del Municipio de Sao Paulo, Brasil; la Contraloría General de Santafé de Bogotá y la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México. Y como **Miembros Colaboradores:** El Tribunal de Cuentas de España y El Tribunal de Cuentas de Portugal.

Consejo Directivo de la OLACEFS año 1999.

Presidente: C.P.C. Víctor Enrique Caso Lay,

Secretario: Ing. Juan Carlos Migone Guzmán.

Miembros: **Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil**

Ministro Iram de Almeida Saraiva

Contaduría Mayor de Hacienda de México

Lic. Gregorio Guerrero Pozas

Contraloría General de la República de Paraguay

Dr. Daniel Fretes Ventre

Contraloría General de la República de Venezuela

Dr. Eduardo Roche Lander

REUNIÓN CON LA ASOCIACIÓN DE ALCALDES DE VENEZUELA

El pasado 30 de abril de 1999, el Contralor, Dr. Eduardo Roche Lander, y el Subcontralor, Dr. Nelson Mogna Lárez, sostuvieron una reunión con la Asociación de Alcaldes de Venezuela. En representación de esa asociación asistieron Antonio Ledezma (presidente), Rodolfo Barráez (vicepresidente), Jesús Ortega Weffw, Ángel Mouchet, Juan Jacobo Escalona, Carmelo Fernández, Eduardo Galdámez, Cecilia Mujica, Moisés Benaim, Jorge Ramos Guerra, Héctor Leáñez y Jesús Luna. Por parte de la Contraloría también participaron las Dras. Argelia Saúd de Guerra, Directora General de Control de Entidades Autónomas, y Dolores Guilarte, Directora de Control de Municipios.

La razón del encuentro fue analizar las irregularidades en las alcaldías y municipios, para lo cual se decidió crear una comisión de asesoría legal y técnica que se encargue del estudio del Sistema Municipal, su funcionamiento, y las leyes que lo rigen. Adelantó el Contralor Roche Lander que dicha comisión estará formada por funcionarios de la Contraloría General de la República y será presidida por Rodolfo Barráez, Alcalde de Coro. El objetivo final es realizar recomendaciones al Poder Legislativo Nacional, Regional y la Asamblea Constituyente, con el propósito de que se continúe desarrollando la política de descentralización, considerada como la más apta para garantizar y ofrecer calidad de vida a los ciudadanos.



Vista de la mesa de reuniones cuando el presidente de la Asociación de Alcaldes de Venezuela, Dr. Antonio Ledezma, se dirige a los presentes.

NUEVOS GERENTES EN AUDITORÍA DE ESTADO

Bajo el convenio Contraloría General de la República/Universidad Simón Bolívar, 24 funcionarios recibieron de esa casa de estudios el título de Especialistas en Gerencia de Auditoría de Estado.

Estos funcionarios estarán en capacidad no sólo de ejercer la auditoría fiscal en el área contable, sino también en el área legal y auditoría de cumplimiento, que conlleve a una auditoría integral de gestión, desempeñándose como gerentes de procesos del cambio organizacional.

La Universidad Simón Bolívar asegura que los participantes del posgrado podrán actuar en circunstancias que implican demostrar experticias en los procesos de auditoría, así como asesorar, instruir y promover en los administradores públicos, la gerencia eficaz y eficiente, orientada al logro, a la planificación estratégica y a la medición de resultados a través de indicadores de gestión sustentados con herramientas informatizadas.

Cada uno de los cursantes elaboró una tesis de grado, cuyos resultados investigativos serán de mucha utilidad para los diferentes organismos públicos en donde fueron desarrolladas; como Petróleos de Venezuela, Superintendencia de Bancos, Ministerio de Industria y Comercio, Hidrológica del Centro, Fondo de Inversiones de Venezuela, Compañía Anónima Metro de Caracas, Consejo de la Judicatura y la propia Contraloría General de la República.

Graduandos

Marina Acosta	Xiomara Liporacci	Orlando Quevedo
Rafael Atencio	Alba López	Marcella Quintana
Jesús Campos	José Antonio Luna	Daniel Ruggiero
Omar Cipriani	Jesús Machado	Rafael Salazar
Diosa Galíndez	Orlando Millán	Taisa Salinas
Evelisse Hernández	Yarismil Moreno	Gianni Santander
Javier Jucht	Ana María Navarro	Iván Suárez
Francisco Lemus	Dargy Perozo	José Luis Valero



Vista parcial de los integrantes de la primera promoción de Especialistas en Gerencia de Auditoría de Estado durante el acto de graduación.

PLAN ESTRATÉGICO 1999-2003

El pasado 6 de mayo de 1999, el ciudadano Contralor, Dr. Eduardo Roche Lander, presentó al personal de la Institución el Plan Estratégico para el período 1999-2003.

La elaboración de este Plan constituye el resultado de la activa participación de su personal y equipo gerencial, con el propósito de concentrar esfuerzos hacia la consolidación del liderazgo en el Control de Estado ante el proceso de transformación institucional y los nuevos retos históricos del país.

PLAN ESTRATÉGICO 1999-2003

MISIÓN

La Contraloría General de la República es el organismo constitucionalmente autónomo, auxiliar del Congreso de la República, al servicio del estado democrático y de la sociedad venezolana, cuyo fin primordial es velar por la correcta y transparente administración del patrimonio público y luchar contra la corrupción.

VISIÓN

Consolidarse como fuerza y referencia ética de la República e instrumento eficaz de la sociedad venezolana, en el ejercicio de su derecho a controlar la Administración Pública, contribuyendo efectivamente a la revitalización y reordenamiento del poder público, así como al fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho.

OBJETIVO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL

Consolidar el liderazgo en el Control de Estado ante el proceso de transformación institucional del país y los nuevos retos históricos.

- Contribuir activamente al proceso de transformación institucional del país.
- Fortalecer los mecanismos institucionales, orgánicos y funcionales del Control de Estado, para hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la corrupción.

- Reestructurar organizativamente la Contraloría General de la República.

OBJETIVOS INSTITUCIONALES

1. Ejercer el liderazgo del desarrollo y la consolidación del Sistema Nacional de Control.
 - Determinar los avances estructurales y funcionales del Sistema Nacional de Control.
 - Lograr integración sistémica de contralorías externas e internas.
 - Promover la cultura del autocontrol.
 - Consolidar FUNDACEA como líder del desarrollo y capacitación de los funcionarios en control y Auditoría de Estado.
2. Implantar la Auditoría de Gestión.
 - Desarrollar una metodología convencional para la Auditoría de Gestión.
 - Implantar la metodología en las direcciones operativas.
3. Lograr y mantener altos niveles de efectividad y calidad en la prevención y lucha contra la corrupción y la impunidad.
 - Adecuar la estructura y funciones de la Institución como resultado del diagnóstico del Sistema Estatal de Determinación de Responsabilidades y Aplicación de Sanciones.
 - Fortalecer los procesos de Averiguaciones administrativas, investigaciones por enriquecimiento ilícito, formulación de reparos e imposición de multas.
 - Diseñar e implantar el sistema de control de gestión de la Contraloría General de la República y el sistema automatizado para el apoyo de la Auditoría de Estado.
 - Elevar la capacitación del recurso humano.
4. Intensificar la acción de control en áreas de interés estratégico nacional.
 - Establecer criterios de selección de áreas prioritarias.
5. Profundizar y continuar la modernización de la Contraloría General de la República.

- Actualizar y modernizar la plataforma informática.
- Consolidar el sistema de comunicación corporativa.
- Consolidar el ambiente de calidad de la estructura física de la Contraloría.

PRINCIPIOS Y VALORES

Las funciones de la Contraloría se ejercen con:

Objetividad

Criterios técnicos y legales, rigor metodológico y al margen de prejuicios capaces de desnaturalizar el carácter imparcial de los resultados de la gestión fiscalizadora.

Imparcialidad

Rectitud y equidad.

Apoliticismo

Libre de cualquier influencia político partidista.

Ética

Acciones acordes con el Código de Ética para el Funcionario Público, dictado por la Institución.

Factores claves del éxito

Son indispensables para la gestión de la Contraloría:

Credibilidad

Actuaciones transparentes, apegadas a nuestros principios y valores.

Oportunidad

Una labor fiscalizadora lo más contemporánea posible con la gestión administrativa objeto de control.

RETOS ESTRATÉGICOS

Liderazgo

Consolidarse como Institución rectora del Control de Estado, líder del Sistema Nacional de Control y referencia ética de la República, para lo cual debe:

- Incidir con actuaciones efectivas en los diversos organismos que ejecutan los procesos más importantes para el desarrollo económico, social y productivo del país.
- Establecer metodologías en materia de Auditoría de Estado aplicables en todo el ámbito de los diversos órganos de control.
- Establecer y consolidar un sistema de normas, principios, técnicas y prácticas que rijan el ejercicio del Control de Estado.
- Propiciar la formación y capacitación de los auditores de Control de Estado en el país.
- Promover un código de comportamiento ético y moral del funcionario público.

Efectividad

Concentrar sus esfuerzos en alcanzar los más altos niveles de eficacia en el logro de su misión y objetivos institucionales. Para ello debe:

- Hacer énfasis en la agilización de los procesos.
- Coordinar los planes y programas de Control de Estado.
- Implantar un sistema de control de gestión en la CGR.
- Ejercer oportunamente las potestades sancionatorias.
- Hacer seguimiento al cumplimiento de las sanciones que se apliquen.
- Divulgar oportunamente a la comunidad la aplicación de sanciones ejemplarizantes.
- Realizar acciones que permitan la toma de conciencia y coadyuven a la transparencia en la buena administración del patrimonio público.
- Establecer mecanismos para captar la opinión de la comunidad sobre la efectividad de la labor contralora.

Tecnología

Asegurar el uso de avanzados métodos de fiscalización, mediante el desarrollo, adaptación y aplicación de modernas tecnologías de control. En ese orden es necesario:

- Investigar, adaptar e implantar metodologías, métodos, técnicas y prácticas de avanzada en materia de Control de Estado.
- Adaptación de los procesos de auditoría.
- Actualización informática.
- Captura de data a través del acceso a redes gubernamentales.

Recursos humanos

Estimular en sus trabajadores una decidida motivación por la calidad del servicio y fortalecer la carrera dentro de la Institución, procurando el desarrollo y el bienestar integral de sus funcionarios. En este sentido es necesario:

- Llevar a cabo un plan de desarrollo y capacitación coherente con el ejercicio de las labores que competen a la Contraloría.
- Desarrollar planes de carrera técnica y gerencial.
- Optimizar el sistema de evaluación y control de personal.
- Consolidar un sistema de remuneración razonable.

Calidad

Intensificar las acciones dirigidas a optimizar su desempeño, para satisfacer plenamente las necesidades de control de la Administración Pública, de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente. Para ello hay que:

- Establecer a) un sistema de control de calidad en la Auditoría de Estado, b) políticas, normas, pautas y procedimientos, y c) comunicación con sectores de la sociedad para incorporarlos en el ejercicio de su derecho a controlar la Administración Pública y precisar sus necesidades reales.
- Propiciar calidad en los diversos sectores y niveles de trabajo del Organismo.

Compromiso

Promover el bienestar integral de sus funcionarios y que éstos asuman como propios la misión, los objetivos y las metas de la Institución. En este orden es necesario:

- Difundir el pensamiento estratégico en la Institución para el cumplimiento de la misión y el logro de la visión.
- Fortalecer los principios y valores.
- Procurar un clima laboral participativo y de trabajo mancomunado.
- Expandir y lograr el predominio de la cultura de la legalidad y la probidad en el ejercicio de las funciones.



La fotografía nos ofrece una vista parcial del personal de la Institución durante la presentación del Plan Estratégico 1999-2003 de la CGR.

**“EN DEFENSA DEL ESTADO, LA DEMOCRACIA
Y EL CIUDADANO: CINCO AÑOS CONTRA
LA CORRUPCIÓN”**

El pasado 7 de mayo, en el auditorio “Contralor Luis A. Pietri”, el Contralor General de la República, Eduardo Roche Lander realizó la presentación del libro *En defensa del Estado, la democracia y el ciudadano: Cinco años contra la corrupción*, que contó con la presencia de un nutrido grupo de representantes de los sectores político, económico y oficial del país, y del personal de la Contraloría General de la República.

El libro en cuestión constituye un importante compendio de los discursos y las ponencias pronunciadas por el Contralor General en el período 1994-1998, así como de las presentaciones de sus informes al Congreso y de las entrevistas que ofreció a diversos medios de comunicación durante esos cinco años.



Momento en el cual el Contralor General de la República, Dr. Eduardo Roche Lander, hace la presentación del libro que sintetiza los primeros cinco años de su gestión.

VEREDICTO DEL II CONCURSO LITERARIO ANUAL “ARÍSTIDES ROJAS”

La Contraloría General de la República con el propósito de apoyar los valores literarios y dedicar un espacio al arte de las letras, convocó el II Concurso Literario Anual “Arístides Rojas”, en las modalidades de novela, cuento, poesía y ensayo. Después de cinco meses de actividad, los calificadores de las diferentes modalidades dieron a conocer las obras ganadoras:

Novela: *El tercer mundo de Marcela* de **Marita King** (Jurado: Guillermo Morón, Alexis Márquez Rodríguez y Antonieta Madrid).

Cuento: *Lo que François Villon no dijo cuando bebía* de **Óscar Marcano** (Jurado: Salvador Garmendia, José Pulido y María Antonieta Flores).

Poesía: *Amentia* de **Carmen Verde Arocha** (Jurado: Rafael Arráiz Lucca, Patricia Guzmán y Néstor Francia, quien salvó su voto).

Ensayo: *Información sobre el fascismo en el diario católico La Religión: 1923-1938* de **Jesús Eloy Gutiérrez** (Jurado: Germán Carrera Damas, Karl Krispin y Enrique Vilorio Vera).

El premio a las cuatro obras ganadoras consiste en un diploma, ochocientos mil bolívares en efectivo y la publicación de los textos.

Los jurados de las distintas modalidades otorgaron menciones a las siguientes obras: *Alto, no respire* de **Ileana Gómez Berbesí** y *Adiós Matanzas en invierno* de **Francisco Arévalo** (novela), *Manual universal de autoayuda* de **José Luis Palacios** y *Soy la muchacha que desvalija carros en la calle B* de **Luis Eduardo Martínez Cedeño** (cuento), *Go-ju-on (50 sonidos)* de **Juan de Jesús Acevedo Villalba** (poesía) y *Caracas, la vida musical y los sonidos, 1830-1888* de **Fidel Luis Rodríguez Legendre** (ensayo).

Cristina Rojas Valery
Coordinadora

Olivia Barrios Romero
Alexay Hernández de Colán
Maribel Pérez de Romero
Jesús Rodríguez Azócar
Mauricio Sánchez
Óscar Silva Álvarez

