

En caso de que el Ejecutivo no demostrase la existencia de esos recursos, podría haber incurrido en las siguientes violaciones a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público:

Al artículo 60, en tanto dichos recursos se habrían utilizado en fines diferentes a los previstos. Dicho artículo reza lo siguiente:

El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiendo elevarse la pena en una tercera parte si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público.

Al artículo 34, debido al daño patrimonial causado a la República y a los Estados por la no realización de los depósitos, en la cuantía del diferencial determinado por la depreciación del bolívar, más el monto por pérdida de los intereses que se habrían derivado de su colocación en instrumentos financieros, por el período que va desde la fecha límite en que han debido hacerse los depósitos de los montos correspondientes hasta la fecha en que dichos depósitos se hagan efectivos. En dicho artículo se establece lo siguiente:

El funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al Patrimonio Público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes.

Finalmente, al artículo 58, que sanciona la apropiación indebida, ya que parte de los recursos de los aportes al FIEM no realizados pertenecen a los Estados. En dicho artículo se establece que:

Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2° de la presente Ley que se apropie o distraiga, en provecho propio o de otro, los bienes del Patrimonio Público o en poder de algún organismo público, y cuya recaudación, administración o custodia tenga por razón de su cargo, será penado con prisión de tres a diez años y multa del veinte al sesenta por ciento del valor de los bienes objeto del delito y aplicarán las mismas penas si el agente aun cuando no tenga en su poder los bienes, se los apropia o distrae o contribuye para que sean apropiados o distraídos, en beneficio propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le proporciona su condición de funcionario público.

Mayo, 2002.

II

Informe de la Oficina de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional (OAEF) sobre los retiros realizados por el Ejecutivo Nacional con cargo a la cuenta del Gobierno Central en el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (FIEM).

Información sobre los retiros

A la fecha, el Gobierno Central, ha realizado cuatro retiros a cuenta de su patrimonio en el FIEM, los cuales se reseñan en el siguiente cuadro:

Cuadro 1
Gobierno Central
Retiros a la cuenta en el FIEM

Fecha	millones US\$
13/12/2001	894
15/02/1002	600
07/03/2002	65
25/04/2002	300

Fuente: BCV

La OAEF emitió opinión sobre el retiro de Bs. 300 millones, mediante comunicación OAEF/0357/02 de fecha 25-4-02, dirigida al Presidente de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional. Con motivo de la investigación que esa Comisión ha abierto en relación con la legalidad de los retiros del FIEM arriba mencionadas, el Presidente del Banco Central de Venezuela, mediante Oficio 00648 de fecha 30-4-02, le remitió a dicha Comisión observaciones a la opinión presentada por esta oficina.

Opinión de la OAEF sobre la situación de ilegalidad de los retiros del FIEM

Funciones del Directorio del FIEM¹

El BCV en su opinión señala, en resumidos términos, que el Directorio del FIEM, en relación con los retiros que se hagan de los recursos de dicho Fondo, tiene una

"...facultad instrumental, toda vez que el Directorio debe limitarse a adoptar dicha decisión cuando el Ejecutivo Nacional informe lo relativo al cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en tal sentido en el Decreto Ley...". En este sentido, afirma el BCV "...que las competencias propias de éste se limitan a mantener e invertir los recursos que en concepto de ahorro deben transferir el Ejecutivo Nacional y PDVSA, así como a transferir los recursos correspondientes a sus beneficiarios cuando así lo determine el Ejecutivo Nacional...."

Para llegar a la conclusión anterior, el BCV se fundamenta en una interpretación del **principio de legalidad** en virtud de la cual, en su opinión, el BCV no podía dejar de aprobar el retiro del FIEM una vez que el Ejecutivo Nacional le había informado, como lo establece el artículo 13 de la Ley del FIEM, del cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en dicho Decreto.

Con base en el anterior razonamiento, el BCV concluye que, en su carácter de Directorio del FIEM, y en relación con los retiros del Fondo, no tenía más alternativa que seguir las instrucciones que al respecto le diese el Ejecutivo Nacional. De ser cierto este argumento, el Ejecutivo Nacional pasaría a ser el órgano que debería "determinar" la procedencia o no de un retiro.

En realidad y contrario a lo expuesto por el BCV, conforme a la Ley del FIEM, al propio principio de legalidad y al principio de competencia, el Directorio de dicho Fondo está obligado a no aprobar retiros del Fondo

solicitados por el Ejecutivo Nacional cuando no se hayan cumplido efectivamente con los supuestos y condiciones establecidos en la Ley del FIEM. En otras palabras el artículo 13 de la Ley del FIEM no consagra una aprobación automática, "*de carácter instrumental*" que impide al Directorio del Fondo no aprobar un retiro que sea contrario a la Ley. Estas afirmaciones se fundamentan en los siguientes razonamientos:

Facultades que en la Ley del FIEM se le atribuyen al Directorio del BCV

El artículo 2 de la Ley del FIEM señala que el Directorio del BCV fungirá como Director del FIEM. En tal sentido, dicho artículo establece que el Directorio del BCV "*...ejercerá la suprema dirección del Fondo...*" y que sus atribuciones serán las siguientes:

- 1) *Velar por el cumplimiento del objeto del Fondo.*
- 2) *Aprobar el presupuesto anual de funcionamiento del Fondo.*
- 3) *Aprobar el informe anual de resultados del Fondo. Copia de dicho informe será remitido a la Asamblea Nacional dentro de los quince días siguientes a su aprobación.*
- 4) *Dictar las normas de funcionamiento interno del Fondo.*
- 5) *Aprobar los egresos de los recursos del Fondo en los casos previstos en este Decreto.*
- 6) *Establecer las políticas y criterios de inversión de los recursos del Fondo.*
- 7) *Las demás que sean necesarias para asegurar el buen funcionamiento del Fondo y el cumplimiento de su objeto...* (Subrayado nuestro).

El artículo 2 es, así, la norma atributiva de las competencias que tiene el Directorio del FIEM.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley del FIEM señala lo siguiente:

Artículo 18. *Los recursos del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica serán administrados por el Banco Central de Venezuela conforme a las políticas y criterios determinados por éste para el manejo de las reservas internacionales según la Ley del Banco Central de Venezuela. Los recursos del Fondo no formarán parte de las reservas internacionales ni del patrimonio del Banco Central de Venezuela.*

Todas las atribuciones y competencias que se le asignan en la Ley del FIEM al Directorio del BCV deben interpretarse conjuntamente con el citado artículo 2.

Conforme a todo lo anterior el Directorio del FIEM no es un "simple administrador" del mismo. Antes bien, sus funciones más que de "administración" son de "dirección", incluso, como indica el artículo 2 de la Ley, una "dirección suprema", todo lo cual implica potestades de *decisión*. En tal sentido, debe resaltarse que el propio artículo 2 señala como competencias del Directorio del Fondo, velar por el cumplimiento del objeto del Fondo y las demás que sean necesarias para asegurar el buen funcionamiento del Fondo y el cumplimiento de su objeto; todo lo cual se compagina con las facultades de suprema dirección y administración que le ha otorgado la Ley.

Ahora bien, el referido artículo 13 de la Ley establece lo siguiente:

"El Directorio del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica aprobará el egreso de los recursos del Fondo una vez que

*el Ejecutivo Nacional informe sobre el cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en este Decreto. Dentro del plazo de un mes contado a partir de la **decisión adoptada** por el Directorio del Fondo, se acordará con el respectivo ente el cronograma para la transferencia de recursos por parte del Fondo". (Subrayado nuestro).*

La interpretación y aplicación del artículo 13 de la Ley del FIEM debe hacerse en concordancia con lo que establece sus artículos 2 y 18.

En efecto, como podrá observarse, el artículo 13 de la Ley del FIEM consecuente con las funciones de dirección suprema que tiene el Directorio del Fondo, le atribuye a éste la competencia para **aprobar o decidir** sobre los retiros del FIEM, lo cual no es más que una de las competencias que el artículo 2 de la Ley le atribuye al FIEM cuando señala que una de sus atribuciones será:

"...5) Aprobar los egresos de los recursos del Fondo en los casos previstos en este Decreto...". (Subrayado nuestro)

Igualmente, el artículo 13 de la Ley del FIEM debe interpretarse en concordancia con la atribución de administración de los Fondos del FIEM que le atribuye el artículo 18 *eiusdem*.

Por otra parte debe señalarse que el término "aprobación" implica desde el punto de vista jurídico la potestad del órgano para el establecimiento de la procedencia o no del retiro de fondos del FIEM, dependiendo de que se cumplan o no los extremos legales necesarios. Técnicamente, la "aprobación" tiene efectos jurídicos vinculantes para determinados trámites y constituye un requisito para la validez y eficacia de los mismos cuando la ley la exige con carácter previo, como en el caso de los retiros del FIEM. Según la literatura jurídica, las aprobaciones "son declaraciones que aceptan como bueno un acto", en virtud de las cuales "el órgano que aprueba está facultado para revisar la legalidad, conveniencia y oportunidad del caso o situación"².

En síntesis, en el presente caso la facultad de aprobación que le otorga el artículo 13 de la Ley del FIEM al Directorio del Fondo no es más que una consecuencia de la naturaleza jurídica de las funciones que éste ejerce con base en el artículo 2, numeral 5, y 18 de la misma Ley; esto es, las de dirección suprema y administración del Fondo.

En el presente caso, tal y como hemos señalado anteriormente, el BCV aduce que, en virtud del principio de legalidad, una vez que el Ejecutivo le ha informado sobre el cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en la Ley para proceder a un retiro de los recursos del FIEM, el Directorio del Fondo debe proceder, sin más, a aprobar dicho retiro, calificando tal aprobación como una **facultad instrumental** del Directorio. Ahora bien, es precisamente el principio de legalidad y una de sus implicaciones, el principio de competencia, el que impone que el BCV como directorio del Fondo no interprete y aplique la facultad de aprobación que le otorga el artículo 13 de la Ley como una mera facultad instrumental, sino como una competencia que debe ser ejercida en concordancia con el artículo 2, numerales 2, 5 y 7 de la Ley del FIEM, que le obligan a velar por el cumplimiento del objeto del Fondo, y a asegurar su buen funcionamiento. Como consecuencia

de ello y del mismo principio de legalidad, el Directorio del FIEM está obligado, en su carácter de Director supremo del Fondo a verificar la conformidad del retiro solicitado por el Ejecutivo Nacional con la Ley del FIEM. En caso de que ese retiro se ajuste a la Ley y cumpla con los supuestos y condiciones establecidos en ella, el Directorio del FIEM debe proceder como lo señala el artículo 13 de la Ley a aprobar el retiro. Pero, si ello no es así, el Directorio del Fondo está obligado en razón de sus competencias establecidas en el artículo 2 de la Ley, a no aprobar el retiro.

Lo anterior encuentra fundamento, como hemos señalado, en el principio de competencia establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Administración Pública, aplicable al Directorio del FIEM en razón de lo dispuesto en el artículo 2 de dicha Ley, en virtud del cual

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

Con todo, pareciera inferirse que en el presente caso, la interpretación del principio de legalidad expuesta por el BCV conduce a una especie de renuncia o cuando menos delegación de las competencias de dirección suprema y administración que tiene el Directorio del Fondo, que colocaría al Ejecutivo Nacional, en la práctica, como el real Director y Administrador del FIEM; todo lo cual está muy lejos del espíritu y las finalidades que tiene la Ley del FIEM.

No obstante lo antes dicho, en opinión del BCV:

"...el Directorio del FIEM sólo requiere información por parte del Ejecutivo de que han sido cumplidos los extremos y condiciones exigidos por el Decreto del FIEM, y no requiere que los mismos sean demostrados: pretender otra cosa no es interpretar la norma, sino legislar..."

Sin embargo, al respecto cabe afirmar que esta afirmación del BCV se fundamenta en una interpretación aislada del artículo 13 de la Ley del FIEM, que no tiene en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la Ley del Fondo, el cual, como hemos señalado le da al Directorio del Fondo facultades de dirección suprema y administración sobre el Fondo y un conjunto de atribuciones que lo obligan a velar por la legalidad de los retiros que se efectúan contra el mismo. Por otra parte, la referida afirmación del BCV se hace sin tener en cuenta la naturaleza jurídica del acto de aprobación a que hace referencia el propio artículo 13 de la Ley del FIEM, cuyos efectos jurídicos colocan al Directorio del FIEM en la posición jurídica de aprobar o no retiros del Fondo dependiendo de que efectivamente se cumplan los supuestos y condiciones establecidos en la Ley del FIEM. Esta argumentación de la OAEF, lejos de pretender "legislar", lo que pretende es llamar la atención sobre la interpretación y aplicación correcta que se le deben dar a las normas de la Ley del FIEM.

Al margen de lo expuesto cabe observar que en comunicación de fecha 4 de enero de 2002 suscrita por el Consultor Jurídico del Banco Central de Venezuela, abogado Héctor Griffin, se indica en torno al retiro del

FIEM efectuado por el Ejecutivo Nacional por el monto de USD 949.000.000,00, que el Ministro de Finanzas, mediante Oficio No. F-1068 del 27 de noviembre de 2001, señaló que se "...ha dado cumplimiento a todos los supuestos y condiciones establecidos en el Decreto – Ley que rige el FIEM, según lo establece el artículo 13, para realizar el egreso ...".

De lo anterior parece colegirse que el BCV entiende que para dar cumplimiento al artículo 13 de la Ley del FIEM que exige que el Ejecutivo Nacional informe sobre el cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en dicha Ley, basta una simple afirmación por parte del Ejecutivo Nacional señalando que sí han sido cumplidos tales supuestos y condiciones.

La anterior interpretación asumida por el BCV no se compeadece con las atribuciones que tiene el directorio del FIEM, con el procedimiento establecido por dicha Ley para efectuar retiros del Fondo, y muchos menos, con la intención del legislador plasmada en el artículo 13 de la Ley del FIEM.

Cuando el artículo 13 de la Ley del FIEM señala que el Ejecutivo Nacional debe informar al BCV del cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en la Ley del FIEM para efectuar retiros del Fondo, no está exigiendo una simple afirmación por parte del Ejecutivo Nacional, sino a una información suficiente para demostrar indudablemente ante el "supremo director" y administrador del Fondo, que se ha dado cumplimiento a lo establecido en la Ley del FIEM y, en especial, de que se ha solicitado la opinión de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional.

Pensar que el BCV debe limitarse con una simple afirmación del Ejecutivo Nacional sobre el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la Ley del FIEM, constituye una forma bastante flexible de interpretar el artículo 13 de la Ley del FIEM.

La intención del legislador en el referido artículo es que el Ejecutivo Nacional le informe detalladamente al directorio del FIEM el cumplimiento de los supuestos y condiciones para efectuar retiros del Fondo. De no darse esa información detallada el Ejecutivo Nacional no está cumpliendo con la Ley del FIEM y el BCV no debe aprobar el retiro solicitado.

Aunado a lo expuesto, cabe destacar que el BCV en su comunicación de fecha 30 de abril de 2002 señala que "las normas previstas en el Decreto – Ley constituyen en sí mismas el desarrollo de una actividad reglada", con fundamento en lo cual ese Instituto señala, en resumidos términos, que una vez recibida la "información" del Ejecutivo Nacional sobre el retiro solicitado y el supuesto cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la Ley para efectuar dicho retiro, el BCV no podía hacer otra cosa que autorizar el retiro, por ser esta además una facultad instrumental.

No obstante debe señalarse que la doctrina ha precisado que el órgano o ente que otorgue una autorización debe ajustarse "a la normativa preexistente reguladora de la materia de que se trate a fin de evitar toda arbitrariedad"³.

En este sentido se ha señalado en torno a la autorización que "*Lógicamente, pesa sobre el solicitante la carga de cumplir los requisitos de la petición y la determinación exacta de los términos de la misma a fin de posibilitar el adecuado ejercicio de la función de control inherente a esta técnica de intervención, pues la autorización ha de ser congruente con la solicitud y con el objeto tipificado por las normas, sin que pueda éste quedar desnaturalizado, ni convertirse aquélla (la autorización) en un medio de conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objeto distinto*" (El paréntesis es nuestro).

Por ello, aún en el caso de que el BCV alegue que la atribución que le otorga el artículo 13 de la Ley del FIEM es una potestad reglada, dicho organismo estaba obligado a verificar la conformidad del retiro solicitado con la Ley del FIEM en virtud de la naturaleza jurídica que tiene la aprobación allí prevista,

Finalmente, debe señalarse que según la comunicación del BCV de fecha 30 de abril de 2002, la solicitud de retiro formulada por el Ejecutivo Nacional y la información que éste le dio sobre el supuesto cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en la Ley, sería una actuación administrativa amparada *por la presunción de legalidad y el principio de ejecutividad de los actos administrativos*, conforme al cual los actos administrativos se presumen válidos y legales a menos que la autoridad competente establezca lo contrario.

No obstante, debe advertirse que la solicitud de retiro formulada por el Ejecutivo Nacional y la información que éste le dio sobre el supuesto cumplimiento de los supuestos y condiciones establecidos en la Ley, no es técnica y formalmente un acto administrativo que se corresponda con lo establecido por el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según el cual "*se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública*".

En efecto la solicitud de retiro y la información que da el Ejecutivo Nacional al Directorio del FIEM conforme al artículo 13 de la mencionada Ley, es sólo eso, una solicitud que no puede calificarse como un acto administrativo que goce de la presunción de legalidad. Dicha solicitud lo que hace es instar al Directorio del FIEM a dictar un acto que sí podría calificarse como acto administrativo, como lo es la aprobación que puede hacer el Directorio del FIEM del retiro solicitado.

En definitiva, reiteramos, constituye una competencia del Directorio del FIEM a los fines de aprobar o no el retiro de recursos del Fondo, verificar que dicho retiro se corresponda con los supuestos y condiciones establecidos en la Ley del FIEM, todo lo cual lejos de ser una facultad meramente instrumental es, ante todo, uno de los deberes que tiene el Directorio del FIEM en su carácter de director supremo del Fondo.

Ausencia de Opinión Previa de la Comisión de Finanzas en la ejecución de los retiros

La Ley del FIEM establece las disposiciones que rigen la

administración de los recursos que conforman dicho Fondo. Dentro de esas disposiciones se establece un procedimiento especial para los retiros por parte de la República, los estados y Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), procedimiento cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el Directorio del Banco Central de Venezuela, como el órgano que ejerce la "suprema dirección" y la "administración" del Fondo conforme a lo establecido en los artículos 2 y 18 de la Ley del FIEM.

El procedimiento especial para la transferencia de recursos del FIEM comprende la ejecución de determinados actos, cumplidos los cuales el Directorio del FIEM debe aprobar dicha transferencia, según lo establecido en los artículos 2, numeral 5 y de la Ley del FIEM. De no cumplirse con los actos que impone el mencionado procedimiento el Directorio del FIEM legalmente no debe aprobar la transferencia de recursos, puesto que la misma no estaría ajustada a la Ley de creación del Fondo.

Los actos que forman parte del procedimiento en referencia pueden especificarse de la siguiente manera:

- 1) Solicitud de retiro de los recursos del FIEM fundamentada en alguno de los supuestos a que se refieren los artículos 9, 10, 11 o 26 de la Ley del FIEM⁴.
- 2) Opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional a menos que transcurridos veinte días hábiles de la recepción de la solicitud correspondiente, la referida Comisión no haya remitido su opinión, caso en el cual se considerará favorable conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley. Cabe resaltar que, en cualquier caso, aún en el supuesto establecido en el artículo 26 de la Ley del FIEM⁵, es necesaria la referida opinión⁶.
- 3) Informe del Ejecutivo Nacional al Directorio del Fondo sobre el cumplimiento de los "supuestos y condiciones" establecidos en la Ley del FIEM para la procedencia de la transferencia (Artículo 13 de la Ley).
- 4) Aprobación de la transferencia por parte del Directorio del Fondo una vez que el Ejecutivo Nacional le haya informado sobre el cumplimiento "de los supuestos y condiciones establecidos" en la Ley, es decir, de los actos anteriores.
- 5) Cronograma para la transferencia de los recursos por parte del Fondo, el cual deberá acordar el Directorio del Fondo con la persona jurídica correspondiente (Artículo 13 de la Ley).

Como hemos señalado, si alguno de los actos que implica el procedimiento especial para la transferencia de los recursos del Fondo no se cumple, el Directorio del mismo no deberá aprobar tal transferencia por incumplir la Ley del FIEM.

En lo que respecta al paso que viene luego de las solicitudes formuladas por el Ejecutivo Nacional, es decir, la opinión de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, el artículo 12 de la Ley del FIEM establece lo siguiente:

"Para la transferencia de recursos por parte del Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica a la República, las entidades estatales y Petróleos de Venezuela S.A., se requiere la opinión previa

de las Comisiones de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados de la Asamblea Nacional de la República actuando conjuntamente.

La opinión a que se refiere este artículo deberá ser remitida al Ejecutivo Nacional dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de opinión. En caso de no ser remitida dentro de dicho lapso, se considera como favorable".

En el presente caso, la principal objeción legal está relacionada con la falta de la opinión previa de dicha Comisión para proceder a tales retiros. Es decir, no se cumplió con uno de los actos correspondientes al procedimiento especial de transferencia de recursos previstos en la Ley, cual es, la opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional.

En efecto, todos los retiros efectuados por el Ejecutivo Nacional y reseñados en el Cuadro 1 fueron realizados sin que mediara opinión alguna de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional.

No obstante, para justificar la legalidad de tales retiros aún sin opinión de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, el Directorio del FIEM sostiene en su oficio del 30-4-02 que tal opinión no era necesaria en virtud de dos supuestos "principios": el *principio de carácter no vinculante de las consultas, opiniones y dictámenes*, salvo que la ley expresamente lo establezca y el *principio del carácter no suspensivo del procedimiento por la ausencia de tales dictámenes o consultas*, salvo que expresamente la ley lo establezca.

Ahora bien, debe señalarse que estos "principios" no tienen fundamento legal ni doctrinario alguno en nuestro Derecho. De hecho, debe afirmarse que no constituyen principios desde el punto de vista jurídico. Ciertamente, el derecho está integrado por un conjunto de principios que lo rigen en su interpretación y aplicación. No obstante, entre el amplio catálogo de principios jurídicos existentes en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación los "principios" a que hace referencia el BCV, como principios, *no existen*⁷.

En el caso de las opiniones previas que las leyes requieren para que se pueda proceder a realizar determinados actos, estamos en presencia de mecanismos de control que tiene el Poder Legislativo frente al Gobierno y a la Administración Pública Nacional y que están fundamentados en el artículo 187, numeral 3 de la Constitución que señala que es una de las competencias de la Asamblea Nacional:

"...Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca..."

La función de control parlamentario que ejerce la Asamblea Nacional es consecuencia del principio de división de poderes y del necesario equilibrio entre los mismos, que constituye una de las piedras angulares del Estado Constitucional.⁸

Por su parte, el artículo 222 de la Constitución establece lo siguiente:

La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias

previstos en esta Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Uno de los mecanismos de control parlamentario previstos en la Ley son las llamadas "opiniones previas", como la que se prevé en el artículo 12 de la Ley del FIEM. Cuando, para el cumplimiento de determinado acto, la Ley exige una opinión parlamentaria, tal opinión constituye un requisito formal y un requisito de validez del acto sobre el cual versa la misma. Es decir, la solicitud de la opinión es de obligatorio cumplimiento por constituir una de las condiciones que establece la Ley para realizar determinado acto. Todo ello, con el objeto de garantizar el eficaz control por parte del Parlamento de determinadas actuaciones de los órganos del Poder Público que por su trascendencia el legislador ha querido que cuente con ese control.

Ahora bien, ya no en lo que se refiere a la necesidad de la opinión, sino en torno al contenido de la opinión misma, debe precisarse que jurídicamente, no como un principio, sino como una consecuencia de su naturaleza jurídica, técnicamente la opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional requerida por la Ley del FIEM a los efectos de la realización de retiros, en sus aspectos de fondo no tiene carácter vinculante, dado que el contenido de las "opiniones", a menos que la ley disponga lo contrario o exija que ellas sean favorables, por su propia naturaleza, no tiene carácter vinculante.

Al respecto, debe señalarse que, por ejemplo, en el evento de que la opinión parlamentaria sea contraria a la realización de determinado acto, a menos que la Ley expresamente disponga lo contrario, ella no tendrá carácter vinculante. No obstante, como lo señala el artículo 187, numeral 3 *in fine* de la Constitución Nacional, los elementos contenidos en esa opinión pueden servir como elementos probatorios para, en los términos que establezca la Ley, por ejemplo, determinar responsabilidades de los funcionarios públicos de carácter administrativo, civil, entre otras. De allí que cuando la Ley del FIEM requiere una opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional para efectuar retiros del Fondo, lo haga respondiendo, entre otras razones, a la necesidad de establecer elementos que permitan valorar la correcta o no administración del Fondo.

Ahora bien, el BCV en su oficio de 30-4-02 señala que como los fondos del FIEM retirados por el Ejecutivo Nacional estaban previstos como ingresos extraordinarios de la Ley de Presupuesto 2001, los efectos de esta Ley "envuelven el cumplimiento" del requisito de la opinión previa previsto en el artículo 12 de la Ley del FIEM. En este sentido, señala expresamente el BCV lo siguiente:

"...De allí que, el argumentum a majori ad minus determina la perfecta legitimidad de la actuación del Ejecutivo Nacional, pues a potiori debe entenderse que la opinión en referencia está implícita en el acto autorizatorio contenido en la citada Ley de Presupuesto. Es decir, siendo que la Comisión de Finanzas es un órgano de la Asamblea Nacional, la actuación de esta última a través de una Ley indudablemente envuelve las actuaciones de rango sublegal que se

atribuyen al Parlamento como es el caso de la opinión requerida por el Decreto-Ley en relación con el egreso de fondos del FIEM, más aún, cuando tal ley comporta la autorización de aquél..."

En este sentido hay que resaltar que el hecho de que haya estado previsto el financiamiento con recursos del FIEM parte de la brecha presupuestaria de la Ley de Presupuesto 2001, no eximía en modo alguno al Ejecutivo Nacional de solicitar la opinión previa de la Comisión de Finanzas sobre la transferencia de los recursos del Fondo, por las razones que señalaremos a continuación:

- 1) La opinión previa de la Comisión de Finanzas es requerida por la Ley, sin excepciones, como parte del procedimiento especial aplicable a la transferencia de los recursos del FIEM.
- 2) Técnicamente el órgano competente para emitir la opinión previa sobre la transferencia es la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional y no la Plenaria de ese Poder Legislativo que es la que sanciona la Ley de Presupuesto aunque con base en un Informe que le presenta la propia Comisión de Finanzas.
- 3) La correlación de fuerzas producto de la composición política de la Comisión de Finanzas, en la práctica y conforme al Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, *no será siempre necesariamente similar a la que existe en la Plenaria de la Asamblea Nacional*, lo cual podría originar, en la práctica, opiniones distintas sobre una misma materia por la Plenaria de la Asamblea Nacional, por una parte, y de la Comisión de Finanzas, por la otra.
- 4) La opinión previa de la Comisión de Finanzas tiene una naturaleza jurídica distinta a la de la Ley de Presupuesto, es un acto parlamentario de rango sublegal, en ejercicio de la función de control que ejerce la Asamblea Nacional, mientras que la Ley de Presupuesto es obviamente un acto de rango legal en ejercicio de la función legislativa de la Asamblea Nacional.

Tales atribuciones tienen además dos fuentes constitucionales distintas. La opinión previa de la Comisión de Finanzas prevista en el artículo 12 de la Ley del FIEM, se inscribe dentro de la atribución que la Constitución le asigna a la Asamblea Nacional en su artículo 187, numeral 3, según el cual corresponde a dicho Poder Legislativo "Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley". Dichas funciones de control, como lo indica la literatura constitucional, son realizadas principalmente por las comisiones del Parlamento⁹.

Mientras, la competencia de la Asamblea Nacional para sancionar la Ley de Presupuesto está prevista en el artículo 187, numeral 6, de la Constitución, según el cual corresponde al Parlamento "Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público".

- 5) Siendo que la opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional es una atribución que le asigna la Ley del FIEM al Parlamento en razón de su potestad de control sobre la Administración Pública, su contenido puede versar no sólo sobre la "legalidad" de la transfe-

rencia solicitada, sino además sobre consideraciones de "oportunidad y conveniencia" para realizar la misma.

En lo que se refiere a la legalidad de la transferencia, la Comisión de Finanzas en su opinión previa debe verificar si la transferencia solicitada encuadra dentro de los supuestos de transferencia establecidos en la Ley.

En lo que se refiere a las consideraciones de oportunidad y conveniencia, la opinión previa de la Comisión de Finanzas puede analizar desde el punto de vista político y económico la conveniencia de realizar la transferencia e incluso la oportunidad en que se solicita, es decir, la pertinencia en el momento en que se formula.

6) Aunado a lo expuesto en el punto anterior y dado que el objetivo del Fondo según indica el artículo 1 de su Ley es "procurar que las fluctuaciones del ingreso petrolero no afecten el necesario equilibrio fiscal, cambiario y monetario del País", todo lo cual hace necesario el análisis de elementos circunstanciales y temporales en la interpretación y aplicación de dicha Ley; no cabe duda que la oportunidad y, en general, las circunstancias económicas en las que se analice o evalúe una transferencia, pueden variar entre la fecha de aprobación de la Ley de Presupuesto y la fecha de la solicitud de transferencia, todo lo cual puede determinar el sentido o resultado de la opinión que en definitiva emita la Comisión de Finanzas, no sólo en lo que se refiere a la legalidad de la transferencia, sino además, en lo atinente a su oportunidad y conveniencia.

Por todo ello, no puede considerarse que no era necesaria la opinión previa de la Comisión de Finanzas sobre la transferencia de recursos del FIEM a la República, por el hecho de estar contemplados en la Ley de Presupuesto 2001 como ingresos extraordinarios de ella.

Por otra parte, debe señalarse que el *argumentum a majori ad minus* no tiene en nuestro Derecho fundamento legal, doctrinario, ni jurisprudencial alguno, como para sostener que la aprobación de la Ley de Presupuesto por la Plenaria de la Asamblea Nacional "envuelve" la opinión favorable de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional para establecer la procedencia de los retiros de los recursos del FIEM.

Además, en el presente caso cualquier duda jurídica que surja sobre la interpretación y aplicación del artículo 12 de la Ley del FIEM y de la opinión parlamentaria allí requerida debe resolverse con base en las reglas de interpretación previstas en el artículo 4 del Código Civil que dice:

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.

Con base en lo establecido en el citado artículo, y siendo que el artículo 12 de la Ley del FIEM, de manera expresa e indubitable requiere una opinión previa de la Comisión de Finanzas para que se pueda proceder a un retiro de los recursos del Fondo, su interpretación y aplicación sólo puede estar orientada por el significado

de sus palabras, la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Todo lo cual nos lleva necesariamente a afirmar que el legislador quiso que, sin excepción, los retiros del Fondo contaran con un control parlamentario previo a través de una opinión de la Comisión de Finanzas, que no puede ser sustituido por un acto jurídico distinto como lo es la Ley de Presupuesto. Si el legislador del FIEM hubiera querido que la Ley de Presupuesto "envolviese" la opinión parlamentaria requerida por el artículo 12 de la Ley del FIEM, así lo hubiera previsto expresamente.

En definitiva, conforme a lo antes expuesto debe concluirse que en el caso objeto de la consulta que se nos ha formulado, el Ejecutivo Nacional ha debido solicitar a la Comisión de Finanzas la opinión previa necesaria para que se tramite retiros de los recursos del FIEM que solicitó. No habiéndolo hecho, incurrió en la violación de uno de los actos formales que exige la Ley del FIEM en esta materia.

Retiros con cargo al Presupuesto 2001

Otro de los aspectos de evidencian una ilegalidad de los retiros del FIEM es que los dos últimos que se han realizado durante el año 2002 contra el presupuesto del año 2001.

Al respecto, ha señalado esta Oficina en su comunicación de fecha 25 de abril de 2002, que la utilización de ingresos correspondientes a la Ley de Presupuesto de 2001 sería contraria al Artículo 56 de la Ley Orgánica de Administración Financiera (LOAF), el cual establece que:

"Artículo 56: Las cuentas de los presupuestos de ingresos y de gastos se cerrarán al 31 de diciembre cada año. Después de esa fecha, los ingresos que se recauden se considerarán parte del presupuesto vigente, con independencia de la fecha en la que se hubiere originado la obligación de pago o liquidación de los mismos. Con posterioridad al treinta y uno de diciembre de cada año, no podrán asumirse compromisos ni causarse gastos con cargo al ejercicio que se cierra en esa fecha".

Por ello ha señalado esta Oficina que si el Tesoro Nacional recibe una transferencia de recursos por parte del FIEM durante el año 2002, el Artículo 56 de la LOAF requiere que esa transferencia sea considerada un ingreso correspondiente al ejercicio fiscal 2002, haciendo irrelevante el que esté o no contemplado en la Ley de Presupuesto 2001.

Como consecuencia de lo anterior y dado que la Ley de presupuesto del 2002 no contempla retiros del FIEM, aun en el supuesto negado que se considere que la Ley de Presupuesto "envuelve" la opinión de la Comisión de Finanzas, no puede alegarse que los retiros en el año 2002 han contado con la opinión favorable de la plenaria de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el BCV ha señalado en su oficio de fecha 30 de abril de 2002 que "el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público no es aplicable a la ejecución del presupuesto del año 2001, pues el artículo 181 de la citada Ley Orgánica dispone: La ejecución del Presupuesto del año 2001 y su semestre adicional así como la liquidación de este presupuesto, se regirá por la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, identificada en el artículo 171, y en sus reglamentos)".

Al respecto debe esta Oficina señalar que ciertamente el artículo 181 de la Ley Orgánica de Administración Financiera indica que para la ejecución del presupuesto del año 2001 será aplicable la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. No obstante, ello no significa que el Ejecutivo Nacional pueda ejecutar ingresos durante el año 2002, con cargo al Presupuesto del año 2001.

En efecto, si nos remitimos a la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario encontramos que en su artículo 11 se establece que "El ejercicio presupuestario se inicia el primero de enero y termina el treinta y uno de diciembre de cada año".

En virtud de lo establecido en la referida disposición, después del treinta y uno de diciembre de cada año, no pueden ejecutarse ingresos ni gastos con cargo al presupuesto del año que acaba de culminar. La única excepción a esta regla en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario es la contenida en su artículo 42 que se refiere exclusivamente al Presupuesto de Gastos y no al Presupuesto de ingresos.

Dicha disposición establece lo siguiente:

"Artículo 42: Con posterioridad al treinta y uno de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo al ejercicio que se cierra en esa fecha y los créditos presupuestarios, no afectados por compromisos, caducarán sin excepción.

Los compromisos, válidamente adquiridos y no pagados al treinta y uno de diciembre de cada año, se cancelarán con cargo al Tesoro durante el semestre siguiente. Terminado este período, los compromisos no pagados, deberán pagarse con cargo a una partida del Presupuesto que se preverá para cada ejercicio (...)"

Fuera del caso antes señalado referido al Presupuesto de Gastos, no puede válidamente ejecutarse el Presupuesto del año 2001, durante el año 2002. Por ello, no pueden efectuarse retiros del FIEM previstos en la Ley de Presupuesto del año 2001, durante el 2002.

En resumen, cualquier retiro del FIEM que se realice en el año 2002 debe hacerse contra el ejercicio presupuestario 2002 y siguiendo el procedimiento establecido en la Ley del FIEM que exige la opinión previa de la Comisión de Finanzas.

Por todo lo anterior, los últimos tres retiros del FIEM efectuados por el Ejecutivo Nacional que se han hecho durante el año 2002, debieron efectuarse en el marco del Presupuesto del año 2002 que no prevé recursos del FIEM como ingresos extraordinarios de la República y, siendo así, no mediaba excusa alguna que permitiera omitir la opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, todo lo cual hace que los referidos retiros sean ilegales.

Al respecto, debe señalar esta Oficina que precisamente con fundamento en el Principio de Legalidad la única forma de que el Ejecutivo Nacional pueda hacer retiros del FIEM durante el año 2002, con cargo al Presupuesto 2001, es en el caso que medie una atribución expresa en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario que le permita ejecutar el presupuesto de ingresos más allá del período que comprende el ejercicio presupuestario, es decir, después del treinta y uno de diciembre.

Como no existe norma legal alguna que permita expre-

samente al Ejecutivo Nacional ejecutar el presupuesto de ingresos después del período correspondiente al ejercicio presupuestario, los tres últimos retiros del FIEM aprobados por Directorio del BCV son ilegales.

Mayo, 2002.

NOTAS

1. Hacer referencia al asunto de la Economía Política del FIEM.
2. LEAÑEZ SIEVERT, Carlos. Control Parlamentario (2000). Publicado en "La Constitución de 1999": Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Caracas. Pág. 290.
3. LÓPEZ MENDUO, F. *Autorización* en Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Madrid. 1995. Tomo I. Pág. 714.
4. Al respecto, deben tenerse en cuenta los parámetros sobre el cálculo de los aportes o transferencias del Fondo a la República a los estados o a PDVSA, indicados en los artículos 15 y 27 de la Ley del FIEM, en concordancia con su artículo 24.
5. El Artículo 26 de la Ley del FIEM establece lo siguiente: "A los únicos efectos de la aplicación del artículo 16 del presente Decreto, durante los primeros cinco años de vigencia del mismo, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros podrá autorizar la utilización de los ingresos constitutivos del excedente al cual alude el encabezamiento de dicho artículo, conforme a la destinación prevista en todos sus literales, aún antes de que los mismos alcancen el nivel al cual hace referencia dicha norma, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de este mismo Decreto". (Subrayado nuestro). La remisión de la citada norma al artículo 12 de la Ley del FIEM, relativo a la opinión previa de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, implica que, aún en el supuesto establecido en el artículo 26, se hace necesaria la referida opinión.
6. Al respecto, debemos remitirnos nuevamente al principio establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, citado en la nota número 4.
7. Véase al respecto la Enciclopedia Jurídica Básica, publicada por la Editorial Civitas en España y que es coordinada, entre otros juristas, por Eduardo García de Enterría, Luis Díez-Picazo y Jesús González Pérez, entre otros.
8. Luis Aguiar de Luque, *Control Parlamentario* en Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Madrid 1995, pp. 1675, Tomo I
9. BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE & HEYDE. *Derecho Constitucional* (1996). Marcial Pons. Madrid.