



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente: **Arcadio Delgado Rosales**

Expediente: 05-1853

El 2 de septiembre de 2005, se recibió en esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia escrito contentivo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad, ejercido conjuntamente con acción de amparo cautelar y solicitud de medida de suspensión de efectos, interpuesto por los abogados Carmen Isabel Vargas Pérez y César Augusto Loaiza Bigott, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 27.414 y 102.914, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales de la ciudadana **ZIOMARA DEL SOCORRO LUCENA GUÉDEZ**, titular de la cédula de identidad N° 4.821.576, contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00), por cuanto en su condición de Concejal del Municipio Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, ratificó con su voto, siete órdenes de pago, mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

El 20 de septiembre de 2005, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Luis Velázquez Alvaray.

El 28 de septiembre de 2005, a través de la sentencia N° 2795, esta Sala admitió en cuanto ha lugar en derecho, la acción de nulidad incoada contra la Resolución 01-00-173, del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República y contra la decisión dictada el 23 de noviembre de 2004, emanada del

Director de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, al considerar que el recurso de nulidad tenía como fundamento la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y declaró con lugar el amparo cautelar solicitado contra los actos administrativos recurridos. En esa misma oportunidad, ordenó la citación mediante oficio del Contralor General de la República y de la ciudadana Procuradora General de la República, así como la notificación del Fiscal General de la República y de los terceros interesados.

El 25 de octubre de 2005, la abogada Inés del Valle Marcano Velásquez, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 24.744, actuando en su carácter de apoderada judicial de la Contraloría General de la República, según Resolución N° 01-00-39 del 14 de marzo de 2005, dictada por el Contralor General de la República, se dio por notificada del contenido de la sentencia N° 2795, dictada el 28 de septiembre de 2005 y presentó escrito de oposición a la medida cautelar de amparo acordada.

El 26 de octubre de 2005, el Juzgado de Sustanciación libró las boletas de notificación y citación dirigidas al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República y a la Procuradora General de la República, las cuales fueron consignadas ante esa instancia el 3, 7 y 10 de noviembre de 2005, respectivamente.

El 16 de noviembre de 2005, el Juzgado de Sustanciación, visto el escrito de oposición presentado por la representante judicial de la Contraloría General de la República, acordó abrir cuaderno separado a los fines de tramitar dicha incidencia.

El 17 de noviembre de 2005, el abogado Juan Bautista Carrero Marrero, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 80.940, actuando en su propio nombre, presentó escrito contentivo de su solicitud de intervención como tercero coadyuvante a favor de la República Bolivariana de Venezuela.

Mediantes diligencias del 14 y 29 de marzo de 2006, respectivamente, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la emisión del cartel de emplazamiento de los terceros interesados.

El 24 de marzo de 2006, a través de la sentencia N° 645, esta Sala revocó de oficio la medida de amparo cautelar acordada el 28 de septiembre de 2005, ello en atención a que no existían elementos que determinasen el *periculum in mora*.

El 28 de marzo de 2006, la abogada Carmen Isabel Vargas Pérez, actuando en su carácter de apoderada judicial de la parte actora, presentó escrito contentivo de una nueva solicitud de suspensión de los efectos de los actos administrativos de efectos particulares recurridos.

El 29 de marzo de 2006, se reasignó la ponencia del presente expediente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

El 30 de marzo de 2006, el Juzgado de Sustanciación libró el cartel de emplazamiento de los terceros interesados el cual fue retirado el 3 de mayo de 2006.

Posteriormente, el 9 de mayo de 2006, la representante judicial de la parte actora consignó el cartel de emplazamiento el cual fue publicado en el diario “Últimas Noticias” el 6 de mayo de ese mismo año.

El 31 de mayo de 2006, la abogada Carmen Isabel Vargas Pérez, actuando con el carácter de apoderada judicial de los ciudadanos Víctor Jesús Martínez Mata, Jimmy Andrade Monsanto, Alexis Valentín Vilema Villegas y Teresa Aguilar García, respectivamente, presentó escrito a través del cual se dieron por citados del presente recurso “...por tener éstos interés directo y legítimo en las resultas del mismo, a los fines de que al dictarse la sentencia definitiva sus efectos los beneficie con todas sus consecuencias legales por encontrarse (sic) en idénticas circunstancias...”.

El 27 de septiembre de 2006, la apoderada judicial de la Contraloría General de la República, presentó escrito esgrimiendo la improcedencia de la nueva medida cautelar requerida por la parte actora.

Mediante auto del 22 de julio de 2008, el Juzgado de Sustanciación fijó para el día martes veintinueve (29) de julio de 2008, a las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), la celebración del acto público y oral.

El 29 de julio de 2008, oportunidad fijada para la celebración del acto público y oral, se dejó constancia de la comparecencia de los representantes de la Procuraduría General de la República, de la Contraloría General de la República, de la Asamblea Nacional, del Ministerio Público, de los Contralores y Contraloras de los Estados: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Táchira, Trujillo, Vargas, Yaracuy y Zulia, como terceros coadyuvantes, y de la accionante, de los cuales sólo la representación de la Procuraduría General de la República, de la Contraloría General de la República y de los terceros coadyuvantes, presentaron escritos.

Una vez concluida la audiencia y visto que la partes no manifestaron su interés en la apertura del lapso probatorio, esta Sala acordó dictar sentencia sin relación ni informes, ello en atención a que el asunto es de mero derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 21, aparte quince de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El 31 de julio de 2008, se reasignó la ponencia del presente expediente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales.

Realizado el estudio individual de las actas, esta Sala Constitucional pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La parte recurrente fundamentó su pretensión, entre otros, en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

Que, en su condición de Concejal del Municipio Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, conjuntamente con otros concejales, votó a favor de levantar la objeción efectuada por la Contraloría Municipal a siete órdenes de pago mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

Que *“posteriormente la Dirección de Averiguaciones Administrativas, a través de actuaciones materiales de la Contraloría General de la República”*, inició una averiguación administrativa, el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001, y último día de vigencia del procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para ese momento.

Que, el 23 de noviembre de 2004, bajo un supuesto régimen transitorio y en aplicación del procedimiento previsto en la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se declaró su responsabilidad administrativa y se le impuso una multa por doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00).

Que el 30 de marzo de 2005, el ciudadano Contralor General de la República, haciendo una aplicación retroactiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, mediante Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, destituyó a la ciudadana Ziomara del Socorro Lucena Guédez, del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres años.

Que contra dicho acto administrativo, ejerció recurso de reconsideración, el cual, mediante Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, fue declarado sin lugar por el Contralor General de la República.

Que la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, fue dictada por una autoridad manifiestamente incompetente, pues no estaba facultado por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para el momento que ocurrieron los hechos objeto de la investigación, para imponer la sanción de destitución aludida, en interpretación extensiva del artículo 67 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, por un supuesto ilícito que no estaba legalmente tipificado para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de la referida averiguación administrativa, con lo cual lesiona sus derechos constitucionales de no aplicación retroactiva de la ley, a la defensa, a ser oído y al debido proceso.

Que el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, emanada del Contralor General de la República, que declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, dictada por dicho órgano contralor y mediante la cual se le sancionó con la destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres años, viola flagrantemente su derecho a la defensa, pues dicha decisión se fundamenta en lo previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, según el cual, el Contralor General de la República aplicará la sanción de destitución sin que medie otro procedimiento, lo que es contradictorio con el derecho constitucional al debido proceso que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa y a ser oído, contenidos en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo cual alega la inconstitucionalidad del mismo.

Señaló la parte actora que la aludida Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005 se encuentra viciada de nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por cuanto el Contralor General de la República actuó en contravención del artículo 24 del Texto Fundamental, al aplicar de forma retroactiva el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, cuando lo procedente era aplicar el artículo 122 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, razón por la cual, a su juicio, procede la declaratoria de nulidad absoluta de dicho acto administrativo.

Asimismo, señaló la parte recurrente que los actos administrativos impugnados lesionan el debido proceso y el derecho a la defensa.

En este sentido, solicitó se decrete amparo cautelar contra los actos administrativos recurridos, mientras se dicta la sentencia definitiva, a los fines de evitar la lesión de los derechos constitucionales denunciados.

Al respecto, la parte recurrente argumentó que el *fumus bonis iuris* queda evidenciado, por cuanto la ley que prevé la sanción impuesta no estaba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la averiguación administrativa, lo que pone de manifiesto la aplicación retroactiva de la ley; asimismo, por la ausencia de un procedimiento previo a la aplicación de la sanción de destitución, que le permitiera ejercer su derecho a la defensa con las garantías del debido proceso; y en virtud del contenido del oficio N° 01-00-000759 del 24 de agosto de 2005, emanado del Contralor General de la República dirigida al Ministro de Educación, Cultura y Deportes, por el cual le informa sobre la obligación de dar cumplimiento a la sanción de destitución aplicada.

Por otra parte, señaló la parte accionante que el *periculum in mora* se manifiesta en virtud de que ejerce funciones en un cargo de alto nivel como Directora Nacional de Comunidades Educativas y, en virtud de dicha Resolución, el Ministro de Educación, Cultura y Deportes estaría obligado a dar cumplimiento a la destitución adoptada por el Contralor General de la República en el recurrido acto administrativo, lo que causaría un grave

perjuicio que no podría ser reparado por la sentencia definitiva que decida el recurso de nulidad interpuesto, además de lesionar su honor y reputación.

Finalmente, solicitó se admita el recurso contencioso administrativo interpuesto y se otorgue el amparo cautelar solicitado.

II

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En el escrito presentado en la oportunidad de la celebración del acto oral, el abogado Christian Michel Colson Pinto, en su condición de sustituto de la Procuradora General de la República, solicitó la declaratoria de improcedencia del recurso de nulidad interpuesto, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

En primer término, adujo algunas consideraciones sobre la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, expresando al respecto que, de acuerdo a los fines encomendados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el legislador consagró mediante la Ley Orgánica de la Contraloría, “...*ciertas potestades sancionatorias a los órganos de control bajo cuya dirección y responsabilidad se encuentra la Contraloría General de la República. En aplicación de las mismas, se vierte una de las funciones asignadas al máximo órgano de control, cual es la imposición de sanciones de orden administrativo derivadas del establecimiento y demostración de hechos constitutivos de responsabilidad administrativa...*”.

Indicó que, “...*para hacer efectivas las facultades de investigación y las potestades sancionatorias de los órganos de control fiscal, así como también, castigar las conductas tipificadas como hechos generadores de responsabilidad administrativa, fue necesario para el legislador diseñar un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria a través del cual se brinden a los destinatarios las debidas garantías constitucionales, en especial, las referidas al derecho a la defensa y el debido proceso, con el fin de que la Administración no decida arbitrariamente en perjuicio del particular, debiendo realizar una adecuada investigación, analizando los alegatos del investigado, valore y pondere las pruebas promovidas, así como las pruebas preexistentes para el momento de la apertura del procedimiento, obteniendo con esos elementos un juicio de valor arribando a una conclusión lógica y justa que quede plasmada en la decisión administrativa, que debe ser el producto de la realización de un silogismo sobre el supuesto de hecho concreto y la norma legal aplicable...*”.

Que, “...*ante la existencia de alguna de las sanciones impuestas por el órgano de contralor interno, las cuales desde un punto de vista jurídico deben ser consideradas como sanciones principales y existiendo la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario, el Contralor General de la República se encuentra facultado en forma exclusiva y excluyente, para acordar en atención a la entidad del ilícito cometido,*

una sanción accesoria que puede consistir según el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en : (i) Suspensión del Ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses; destitución del declarado responsable o; inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años...”.

Precisó que “...la determinación de responsabilidades administrativas que se traducen en la imposición de las sanciones accesorias antes descritas por parte del Contralor General de la República, son producto de una segunda fase de un mismo procedimiento, siendo que la primera corresponde a la fase de investigación. En efecto, en el procedimiento administrativo en el que se llevan a cabo ambas fases, la Administración desde su inicio forma un expediente único, que existe desde la fase de investigación y que pasa por una segunda referida a la determinación de la responsabilidad administrativa y que, en el supuesto de haber sido declarada a un funcionario, el Contralor General de la República observando, evaluado (sic) y ponderado (sic) los fundamentos de hecho y derecho bajo criterios de proporcionalidad, según lo dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, decidirá sobre la imposición de una sanción accesoria, considerando la entidad del ilícito cometido...”.

Señaló que “...no se trata de sancionar dos (2) veces a una persona por un mismo hecho (principio non bis in idem), sino de una sanción principal y de carácter moral, como lo es la declaratoria de responsabilidad administrativa, caso, en el cual, la Máxima Autoridad de la Contraloría General de la República y como consecuencia de la entidad del ilícito cometido, procede a la imposición de una sanción accesoria (destitución o inhabilitación para el ejercicio de la función pública), pero no se trata bajo ninguna circunstancia de una sanción impuesta sin procedimiento alguno, se trata [de] un solo procedimiento sancionatorio conformado por dos fases y sustanciado en un solo y único expediente, la primera de ellas es una fase de investigación y la segunda referida a la declaratoria de responsabilidad administrativa. En ese sólo (sic) y único expediente, el imputado desde el inicio del procedimiento ha ejercido su derecho a la defensa, es decir, desde la fase de investigación, oportunidad en la que se determina su participación en los hechos investigados y se le notifica formalmente, hasta la fase de determinación de responsabilidad, en la que se verifica la culpabilidad en la realización de una conducta antijurídica tipificada como tal por la ley...”.

En este orden ideas, expresó que “... el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no vulnera el principio del juez natural previsto en el artículo 49 del Texto Constitucional, pues hay que aclarar que dicho principio se aplica tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, por ello tenemos que el Contralor General de la República en ejercicio de las competencias y facultades sancionatorias que le confiere la Constitución y la ley, actúa como juez natural administrativo, sin que ello menoscabe de manera alguna el derecho que le consagra la ley al funcionario sancionado de recurrir la decisión administrativa ante la Sala Político Administrativa de ese Tribunal Supremo de Justicia...”.

En atención a los argumentos expuestos, concluyó que “... *el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal resulta constitucional y no vulnera en forma alguna el derecho a la defensa y al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*”; y así solicitó fuese declarado.

Por lo que respecta a la supuesta vulneración al principio de legalidad así como al derecho a la defensa y al debido proceso por parte del acto administrativo emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades Administrativas, a través del cual se declaró la responsabilidad administrativa de la parte actora, adujo que “...*lo que se cuestiona en el presente caso es el hecho de que el Municipio Libertador efectuó transferencias a un Instituto de Derecho Privado [INPRECONCEJAL], cuyos principales beneficiados son los Concejales de esa Municipalidad, quienes a tenor de los que disponía el artículo 56, último aparte de la Ley Orgánica de Régimen Municipal no devengaban sueldos, pues según esa derogada ley, sólo percibían dietas por asistencia a las sesiones de la Cámara Municipal y a sus Comisiones, por lo que, si bien es cierto, no existe prohibición legal para que los Concejales reciban, entre otros conceptos ayudas y beneficios del Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL), también es cierto que, el monto de esos conceptos debe provenir de aportes individuales de cada concejal, pero no de transferencias de recursos efectuados por el Municipio, ya que al realizarse las mismas al INPRECONCEJAL, instituto del cual forman parte integrante los concejales y son beneficiarios económicamente, se contraviene lo dispuesto en la prohibición contenida en el artículo 67, ordinal 1 eiusdem...*”.

En consecuencia, “... *visto que los pagos y transferencia de recursos aprobados por la recurrente resultan ilegales, es evidente que en la oportunidad en que fue declarada su responsabilidad administrativa, con fundamento en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público, derogada por la ley Contra la Corrupción, pero cuya tipificación se mantiene vigente en el numeral 15 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de ninguna manera se vulneró en la Decisión Administrativa de fecha 23 de noviembre de 2004, emanada de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República, el principio de legalidad de la penas y faltas...*”.

En lo que concierne a la supuesta violación al derecho a la defensa y al debido proceso, indicó que tal argumento resulta completamente infundado, ya que en todo momento existió una participación activa de la parte recurrente, permitiéndosele tener acceso a la documentación recabada por la Contraloría General de la República, así como a ejercer su derecho a la defensa en cada una de las fases del procedimiento administrativo, razón por la cual estimó infundado dicho alegato.

Por lo que respecta a la supuesta incompetencia del Contralor General de la República para dictar el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, mediante la cual se impuso a la ciudadana Ziomara del Socorro Lucena Guédez la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de

Comunidades Educativas así como la sanción de inhabilitación, señaló que “...*al entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, entro (sic) en vigor su artículo 105, el cual de manera expresa y en forma exclusiva y excluyente, le confirió al Contralor General de la República la potestad para imponer medidas administrativas disciplinarias de carácter sancionatorio, entre las cuales se encuentran la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo, la destitución, e imponer la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, las cuales derivan de una declaratoria previa de responsabilidad administrativa emitida por el órgano de control interno, en virtud de un desempeño irregular de la función pública por parte del funcionario investigado, al margen del principio de legalidad y de los principios de honestidad, transparencia, eficacia y eficiencia que propugna (el) Texto Constitucional como principios fundamentales del Estado Venezolano; quedando la ejecución de la sanción de destitución, en poder de la máxima autoridad jerárquica en la cual el funcionario esté prestando sus servicios...*”. Por lo tanto, siendo ello así, resulta desprovista de fundamento la incompetencia alegada por la parte recurrente; y así solicitó fuese declarada.

Finalmente, por lo que concierne a la supuesta aplicación retroactiva de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señaló que “... *se hi*