



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

MAGISTRADO PONENTE: MARCO ANTONIO MEDINA SALAS

EXP. N° 2014-1556

Mediante escrito presentado ante esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 16 de diciembre de 2014 la abogada Paola Aguiar Méndez, inscrita en el INPREABOGADO bajo el número 87.762, actuando con el carácter de apoderada judicial del ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO**, cédula de identidad número 4.013.970, interpuso demanda de nulidad contra el acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación del **CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**, que declaró parcialmente con lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el auto decisorio identificado con el alfanumérico 08-01-PADR-03-2014 del 19 de marzo de 2014, a través del cual fue declarada la responsabilidad administrativa y civil del accionante y se le impuso multa y reparo, en su condición de representante legal de la empresa Flancarbe, C.A., contratista en varias obras desarrolladas por el Municipio Cabimas, Estado Zulia.

En fecha 18 de diciembre de 2014 se dio cuenta en Sala y ordenó pasar el expediente al Juzgado de Sustanciación.

El 29 de diciembre de 2014 se incorporaron a esta Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia las Magistradas María Carolina Ameliach Villarroel, Bárbara Gabriela César Siero y el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, designadas y designado, así como juramentadas y juramentado por la Asamblea Nacional el 28 del mismo mes y año.

El 14 de enero de 2015 se pasó el expediente al Juzgado de Sustanciación.

Por auto del 27 de enero de 2015 se acordó oficiar al Contralor General de la República, a los fines de solicitar la remisión del expediente administrativo.

Mediante oficio número 08-01-106 del 5 de marzo de 2015 el Director de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República remitió el expediente administrativo, el cual fue agregado a los autos formando pieza separada.

En fecha 17 de marzo de 2015 el Juzgado de Sustanciación admitió la demanda de nulidad y ordenó las notificaciones de Ley.

El 26 de mayo de 2015, cumplidas las notificaciones ordenadas en el auto de admisión, se remitió el expediente a esta Sala a objeto de establecer la oportunidad para la celebración de la audiencia de juicio.

En fecha 28 de mayo de 2015 se dio cuenta en Sala y se fijó la fecha para que tuviera lugar la audiencia de juicio, conforme a lo establecido en el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; acto que tuvo lugar el 2 de julio de 2015, dejándose constancia de la comparecencia de la parte demandante, así como de las representaciones de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público, quienes expusieron sus argumentos. Asimismo, la Magistrada Evelyn Marrero Ortíz fue designada Ponente a los fines de emitir la decisión correspondiente y se fijó un lapso de cinco (5) días de despacho con el objeto de que las partes presentaran sus informes escritos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En la misma fecha, el abogado Carlos Luis Mendoza Guyón y la abogada Linda Carolina Aguirre Andrade, inscrito e inscrita en el INPREABOGADO bajo los números 101.960 y 56.641, respectivamente, actuando con el carácter de apoderado y apoderada judiciales de la Contraloría General de la República, consignaron escrito de conclusiones.

El 15 de julio de 2015 la representación judicial de la Contraloría General de la República y de la parte accionante, presentaron sus respectivos informes.

El 16 de julio de 2015 la causa entró en estado de sentencia, según lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En fecha 23 de diciembre de 2015 se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el Magistrado Marco Antonio Medina Salas y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, designado y designada, así como juramentado y juramentada por la Asamblea Nacional en esa misma fecha. El Magistrado Marco Antonio Medina Salas fue designado Ponente.

En fecha 24 de febrero de 2017, se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas; la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Realizado el estudio de las actas que conforman el expediente, pasa esta Máxima Instancia a pronunciarse con fundamento en las consideraciones siguientes:

I

DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación del Contralor General de la República, que declaró parcialmente con lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el auto decisorio identificado con el alfanumérico 08-01-PADR-03-2014 del 19 de marzo de 2014, es del siguiente tenor:

“(…)

Mediante escrito consignado ante este Organismo Contralor el 28 de abril de 2013, por los ciudadanos Vicente Rafael Padrón, titular de la cédula de identidad N° 7.765.124, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado (IPSA) bajo el número 46.314 y Griseth Marcano, titular de la cédula de identidad N° 4.014.094 inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado (IPSA) bajo el número 16.423, actuando en su condición de apoderados judiciales del ciudadano Benito Antonio Chirinos, titular de la cédula de identidad N° 4.013.970, en su condición de ‘Represente Legal de la empresa FLANCARBE, C.A., interpusieron en tiempo hábil, recurso de reconsideración contra la decisión pronunciada en fecha 11 de marzo de 2014, incorporada al expediente administrativo mediante Auto Decisorio N° 08-01- PADR-03-2014 de fecha 19 de marzo de 2014, por la cual, quien suscribe, Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General los Servicios Jurídicos de esta Contraloría General de la República, actuando por delegación de las atribuciones conferidas en la Resolución N° 01-00-000029 del 28 de febrero de 2013, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.122 del 04 de marzo de 2013, declaró la responsabilidad administrativa y civil, entre otros, del prenombrado ciudadano, por los hechos irregulares descritos e imputados en el Auto de Inicio del procedimiento administrativo respectivo, dictado en fecha 10 de diciembre de 2013.

El Acto Impugnado

Decisión pronunciada en fecha 11 de marzo de 2013, incorporada al expediente administrativo mediante Auto Decisorio N° 08-01-PADR-03-2014 de fecha 19 de marzo de 2014, quien suscribe sostuvo, que el ciudadano Benito Antonio Chirinos, antes identificado, comprometió su responsabilidad administrativa y civil, por los siguientes hechos:

1) Por haber certificado indebidamente las valuaciones de anticipo y N° 1 del Contrato N° LS003/2008 para la obra Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas, hecho que fue subsumido en el supuesto generador de responsabilidad administrativa establecido en el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

2) Suscribir contratos con la empresa FLANCARBE, C.A., siendo que entre el representante legal de dicha empresa y la persona que se desempeñaba como Contralora Municipal para el momento de las contrataciones, existía un vínculo o parentesco pues son progenitores de dos (2) niños, tal y como se evidencia del contenido de las actas de nacimiento autenticadas ante el Registro Civil de la Parroquia Santa Lucía, Municipio Maracaibo del Estado Zulia, hecho que fue subsumido en el supuesto generador de responsabilidad administrativa establecido en el numeral 4 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

3) Por presentar presupuestos para la ejecución de seis (6) obras en su condición de representante de FLANCARBE, C.A., incluyendo en los mismos la ejecución de partidas referentes a 'Nivelación y Replanteo' cuya actividad, de acuerdo al contenido de las Normas COVENIN, se encuentra dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra, razón por la cual se generó un pago de lo indebido a su favor por la cantidad de seis mil ciento noventa y siete bolívares con cuarenta y un céntimos (Bs. 6.197,41), hecho que fue subsumido en el supuesto generador de responsabilidad administrativa establecido en el numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa y en atención a lo previsto en los artículos 67 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 37 del Código Penal, se le impuso al impugnante sanción de multa por la cantidad de treinta y cinco mil seiscientos cincuenta bolívares (Bs. 35.650,00) equivalente a Setecientos Setenta y Cinco Unidades Tributarias (775 U.T.), considerando el valor fijado en cuarenta y seis bolívares (Bs. 46,00), mediante Providencia N° 0062 de fecha 22 de enero de 2008, emanada del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 38.855 de fecha 22 de enero de 2008, una vez ponderadas las circunstancias agravantes contenidas en los literales 'b', 'c' y 'd' y atenuante prevista en el numeral 1, tipificadas en el artículo 66 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para la época, referida a la condición de funcionario público del declarado responsable, la gravedad del perjuicio fiscal, la gravedad de la infracción y el no haber incurrido el mismo en falta que amerite la imposición de multas, durante los tres (3) años anteriores a aquél en que se cometió la infracción.

De igual forma, quien suscribe sostuvo que con los hechos descritos el ciudadano antes identificado, comprometió, en forma subsidiaria su responsabilidad civil, por los daños causados al patrimonio público, en consecuencia se le formuló, con fundamento en los artículos 85 y 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y 1.185 del Código Civil, un reparo por la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA BOLÍVARES CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (Bs. 259.790,47), la cual comprende los siguientes aspectos: 1) Doscientos cuarenta y un mil novecientos tres bolívares con cincuenta y dos céntimos (Bs. 241.903,52), por haber certificado indebidamente las valuaciones de anticipo y N° 1 del N° LS003/2008 para la obra Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas; Diecisiete mil ochocientos ochenta y seis bolívares con noventa y cinco céntimos (Bs. 17.886,95), en razón del pago indebido a las contratistas INVERSIONES CARRIZANS, C.A. y FLANCARBE, C.A, por la inclusión en los presupuestos de las partidas de 'Nivelación' y 'Replanteo'.

(...)

Análisis del asunto

Visto el contexto de los planteamientos formulados por los apoderados judiciales del ciudadano Benito Antonio Chirinos, quien suscribe, pasa a decidir el recurso de reconsideración, sobre la base de las consideraciones siguientes:

Argumentan los apoderados judiciales, que su representado no es responsable en relación a la imputación de certificar indebidamente las valuaciones de anticipo y N° 1 del Contrato N° LS 223/L008 para la obra 'Conservación, Ampliación y Mejora de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas, toda vez que de la revisión detallada de los cuadros demostrativos de aumento y disminución de obra se pudo advertir que las metas fijadas se cumplieron, por cuanto la obra desarrolló su ejecución bajo dos

administraciones distintas, por lo que resulta fácil concluir que de no haber cumplido con la cantidad de obra indicada, la administración que inició su período en fecha 02 de diciembre de 2008 no hubiera aprobado y cancelado la valuación N° 2. De igual manera sostienen, que el anticipo y la valuación N° 1, hoy cuestionadas por el Órgano Contralor, fueron canceladas por la administración que concluyó el día 1 de diciembre de 2008, sin que existiera ninguna observación sobre el alcance de las metas físicas y costos asociados a ella. La valuación N° 2 le fue cancelada por la administración que inició su ejercicio el 2 de diciembre de 2008, de igual forma y con la misma transparencia, que fue aprobada y cancelada la primera.

Asimismo, señalan los apoderados del impugnante, que todas las obras realizadas en el municipio, fueron completamente construidas y se encuentran absolutamente operativas, siendo esta obra la única que no se culminó por resolución del contrato. Quedaba de parte de la administración de turno la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento para preservar cualquier daño que pudiera generarse.

Sobre este particular, tengo a bien indicarle que de la revisión y estudio pormenorizado de los documentos que sirvieron de fundamento al procedimiento administrativo, se evidenció entre otros particulares, diferencias entre las cantidades de obra relacionada y la ejecutada en el sitio.

Lo anterior, se desprende de la Valuación de Anticipo de fecha 12 de marzo de 2008 (folio 2331), por el monto de trescientos noventa y nueve mil setecientos cincuenta y cuatro bolívares con ochenta y un céntimos (Bs. 399.754,81) y Valuación N° 1 de Obra Ejecutada de fecha 04 de julio de 2008, por la cantidad de cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos sesenta y siete mil bolívares con sesenta céntimos (Bs. 446.267,60) (folios 2348 al 2354), suscritas, entre otros, por el prenombrado ciudadano, en las cuales se determinaron diferencias en cantidades de obra, entre lo relacionado en las valuaciones y lo ejecutado en el sitio. Tales diferencias conllevaron un pago a favor de la empresa contratista por la cantidad de doscientos cuarenta y un mil novecientos tres bolívares con cincuenta y dos céntimos (Bs. 241.903,52), sin que la empresa hubiese ejecutado los trabajos correspondientes a ese monto.

En este sentido, se desprende que el ciudadano Benito Antonio Chirinos, en su condición de representante legal de FLANCARBE, C.A., suscribió las valuaciones que conllevaron al pago de la obra, sin verificar previamente, que el contenido de las mismas presentaban diferencias entre la cantidad de obra relacionada (partidas Nros. 10, 15, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 74 y 76) y la ejecutada, según se evidenció del presupuesto original) del contrato (folios 2225 al 2236).

Así, conforme se puede apreciar del Alcance a la Actuación practicada por la Dirección de Control de Municipios de la Dirección General de Control de Estados y Municipios, relativo a la 'Conservación, Ampliación y Mejora de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas' (folios 2998 al 299), de la valuación de anticipo y valuación N° 1 de obra ejecutada, así como del registro de la ejecución presupuestaria del gasto, la Municipalidad canceló la suma global de seiscientos veintidós mil ochocientos ochenta y ocho bolívares con sesenta y un céntimos (Bs. 622.888,61) equivalente al 77,91% del monto del contrato.

Ahora bien, de la inspección efectuada en fecha 9 de febrero de 2011 por este organismo Contralor conjuntamente con funcionarios de la Alcaldía de Cabimas, se determinó diferencias en cantidades de obra, entre lo relacionado en valuaciones y lo ejecutado en el sitio, específicamente en las partidas referidas con anterioridad.

Tales diferencias conllevaron un pago a favor de la empresa contratista por la cantidad de doscientos cuarenta y un mil novecientos tres bolívares con cincuenta y dos céntimos (Bs. 241.903,52), sin que la empresa hubiese ejecutado los trabajos correspondientes a ese monto, conducta esta subsumida conforme al supuesto generador de responsabilidad administrativa, previsto en el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, monto este que además deberá ser reparado de manera solidaria de acuerdo a lo establecido en los artículos 85 y 90 eiusdem, en concordancia con el artículo 1.185 del Código Civil, razones estas que permiten a criterio de quien suscribe, desestimar los alegatos planteados por los apoderados y confirmar la imputación formulada. Así se declara.

Continúan los apoderados, argumentando que el Órgano de Control Fiscal incurre en Falso Supuesto al señalar que la suscripción de contratos con la empresa FLANCARBE, C.A. de la cual su mandante es representante legal se hace por interpuesta toda vez que entre dicho representante y la persona que se desempeñaba como Contralora Municipal para el momento de las contrataciones, existía un vínculo o parentesco pues son progenitores de dos (2) niños, tal y como se evidencia del contenido de las actas de nacimiento autenticadas ante el Registro Civil de la Parroquia Santa Lucía, Municipio Maracaibo del estado Zulia (folios 259 al 260).

El Organismo Contralor subsumió la referida conducta en el numeral 4 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, (...).

El referido dispositivo legal debe analizarse concatenadamente con lo previsto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 34 del la Ley del Estatuto de la Función Pública.

(...)

Definidas las circunstancias que operan para estar en presencia de un falso supuesto de derecho, quien suscribe observa, la imputación efectuada por este Organismo Contralor al ciudadano Benito Antonio Chirinos, en su condición de representante legal de la sociedad mercantil FLANCARBE, C.A., se configuró el vicio denunciado, por cuanto la conducta imputada no corresponde con el supuesto de hecho tipificado en la norma, ya que, si bien es cierto que entre el referido ciudadano y la persona que se desempeñaba como Contralora Municipal, para el momento las contrataciones, existía un vínculo o parentesco, pues son progenitores de dos (02) niños, no se puede hablar de interpuesta persona por cuanto la Alcaldía y Contraloría son entidades distintas y autónomas una de otra y los aludidos contratos se celebraron con la Alcaldía y no con la Contraloría Municipal.

(...)

De manera que, sobre la base de las consideraciones que anteceden, quien suscribe estima que el impugnante no incurrió en el supuesto generador de responsabilidad administrativa previsto en numeral 4 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se declara.

(...)

Argumentan los apoderados que su mandante no es responsable por presentar presupuestos para seis (6) obras en su condición de representante de FLANCARBE, C.A., incluyendo en los mismos partidas referentes a nivelación y replanteo, por cuanto las obras cuyo presupuesto objeta este Organismo Contralor se ejecutaron con recursos provenientes

del Ministerio del Poder Popular de Interior y Justicia, ya que todos fueron ejecutados con recursos de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales (LAEE), (...)'.

Dentro de esta línea argumentativa, las Normas COVENIN establecen los criterios técnicos o requisitos mínimos necesarios para la elaboración de procedimientos, utilización de materiales o productos, ejecución de actividades y demás aspectos que permiten determinar los cómputos métricos y la codificación de las partidas para los presupuestos de los proyectos y la construcción de las edificaciones que se ejecuten en el territorio nacional y, por tanto, resultan aplicables en el ámbito público.

En este contexto, las Normas COVENIN 2000-92 PARTE II. A 12000-2:1999, establecen en el aparte 2.6 ALCANCE DE LAS PARTIDAS, lo siguiente: “Como criterio general, la nivelación y el planteo necesarios están incluidos en el alcance de las Partidas así lo requieran (Omissis). En general, toda labor o material involucrado en la ejecución de una Partida y cuya medición no se considera específicamente se incluyen en los análisis de precios unitarios’.

(...)

Así tenemos que del análisis efectuado a cada soporte documental que consta en el expediente administrativo, se constató que el ciudadano Benito Antonio Chirinos, en su condición de representante legal de la sociedad mercantil Inversiones FLANCARBE, C.A., en los presupuestos para la ejecución de las obras AD 052-2005 ‘Acondicionamiento U.E. Las Acacias’; LS 004/2006 ‘Complejo Deportivo Los Laureles’; AD 038-2007 ‘Construcción de Cerca Perimetral U.E. Rafael Urdaneta’ y LS 003-2008 ‘Conservación, ampliación y mejoras de la plaza Juan Crisóstomo Falcón’ (folios 1567-1575; 1779-1800; 1966-1974; 225-2236); así como de las valuaciones de los contratos AD 007-2005 ‘Cancha U.E. Tierra Negra’ y CC 001/2006 ‘Construcción de Tanque Subterráneo y salón de Dirección de la U.E. Las Acacias’, se incluyó las partidas referentes a Nivelación y Replanteo (folios 1496-1501; 2078-2124), lo cual generó un pago indebido a favor de la empresa por la cantidad total de seis mil ciento noventa y siete bolívares con cuarenta y un céntimos (Bs. 6.197,41).

Lo antes expuesto pone de manifiesto, una serie de fallas por parte de la empresa contratista en la elaboración de los presupuestos de obras, así como deficiencias en el control interno llevado por ésta, a fin de dar cumplimiento al ámbito subjetivo de aplicación de las Normas COVENIN y cuya inobservancia conllevó a que se generara un pago indebido por la cantidad señalada a favor de la contratista, configurándose de esta manera el supuesto generador de responsabilidad administrativa, dispuesto en el numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se declara.

Finalmente, solicitan que, en nombre de su representado sea considerada la proporcionalidad de las conductas indicadas como infractoras, así como también la proporcionalidad de las conductas con el fin de la normativa infringida, toda vez que el principio de proporcionalidad tiene carácter constitucional, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al debido proceso, por cuanto la proporcionalidad de las sanciones forma parte de este principio, igual que los principios de congruencia y legitimidad.

(...)

Sobre el particular, quien suscribe tiene a bien indicarle que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, contempla la multa prevista en el artículo 94 eiusdem, como sanción accesoria

para aquellos que hayan sido declarados responsables administrativamente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 y 92 ibídem, atendiendo a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

En el caso bajo análisis, puede observarse que a los fines del monto de la aludida sanción pecuniaria, quien suscribe atendió a los parámetros legales antes referidos, así como a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

(...)

En consecuencia, resulta claro y evidente que la sanción de multa impuesta al recurrente derivada de la declaratoria de responsabilidad administrativa, así como la declaratoria de responsabilidad civil se encuentran debidamente motivadas en el Decisorio objeto del presente recurso, en el cual se indicó anteriormente la normativa aplicable que regula dichas sanciones, quedando para ello la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines legales, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo cual se desestima el presente argumento. Así se declara.

Decisión

Por las razones expuestas, quien suscribe, Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación (...) declara Parcialmente Con Lugar el recurso de reconsideración interpuesto por los ciudadanos Vicente Rafael Padrón y Griseth Marcano en representación del ciudadano Benito Antonio Chirinos, antes identificados, y por tanto se modifica la Decisión de fecha 11 de marzo de 2014, incorporada al expediente administrativo mediante Auto Decisorio N° 08-01-PADR-03-2014 de fecha 19 de marzo de 2014, por la cual declaró la responsabilidad administrativa, entre otros, del prenombrado y en consecuencia:

1) Se confirma la declaratoria de Responsabilidad Administrativa sólo y exclusivamente con respecto a los hechos siguientes:

- Por haber certificado indebidamente las valuaciones de Anticipo y N° 1 del Contrato N° LS 003/2008 para la ejecución de la obra 'Conservación, ampliación y mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón' del Municipio Cabimas del Estado Zulia, supuesto contemplado en el artículo 91 numeral 6, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

- Por haber presentado presupuestos de seis (6) obras en su condición de representante de la empresa FLANCARBE, C.A., incluyendo en los mismos ejecución de partidas referentes a 'Nivelación y Replanteo' cuya actividad, de acuerdo al contenido de la Normas COVENIN, se encuentra dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra, por lo cual se generó un pago indebido a favor de las contratistas, supuesto contemplado en el artículo 91 numeral 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

2) Se revoca la Declaratoria de Responsabilidad Administrativa, que le fue determinada por haber suscrito en su condición de representante de la empresa FLANCARBE, C.A., contratos con la Alcaldía del Municipio Cabimas del estado Zulia para la ejecución de seis (6) obras, siendo que para el momento de las contrataciones existía entre él y la persona que se desempeñaba como Contralora Municipal, un vínculo o parentesco, pues son progenitores de dos (2) niños, supuesto contemplado en el artículo 91 numeral 4, de la Ley

Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

3) *Se modifica el monto del reparo solidario formulado de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 1.185 del Código Civil, que inicialmente ascendió a la cantidad de doscientos cincuenta y nueve mil setecientos noventa bolívares con cuarenta y siete céntimos (Bs. 259.790,47), rebajándose a la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIEN BOLIVARES CON NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS (Bs. 248.100,93), el cual comprende los siguientes aspectos: 1) Doscientos cuarenta un mil novecientos tres bolívares con cincuenta y dos céntimos (Bs. 241.903,52), por haber certificado indebidamente las valuaciones de Anticipo y N° 1 del Contrato N° LS 003/2008, para la ejecución de la obra 'Conservación, ampliación y mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón' del Municipio Cabimas del Estado Zulia; y 2) Seis mil ciento noventa y siete bolívares con cuarenta y un céntimos (Bs. 6.197,41), monto que corresponde al total de lo pagado indebidamente por la inclusión de las partidas de 'Nivelación' y 'Replanteo' en los presupuestos de obras de los contratos números AD052/2005; 003/2008; LS 004/2006; CC 001/2006; AD 038/2007 y AD J7/2005, suscritos entre el Municipio Cabimas y la empresa FLANCARBE, C.A.*

(...)" (Sic).

II

DE LA DEMANDA DE NULIDAD

Por escrito consignado ante esta Sala en fecha 16 de diciembre de 2014, la representación judicial del ciudadano Benito Antonio Chirino, antes identificado, ejerció demanda de nulidad contra el acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación del Contralor General de la República, que declaró parcialmente con lugar el recurso de reconsideración incoado contra el auto decisorio identificado con el alfanumérico 08-01-PADR-03-2014 del 19 de marzo de 2014, a través del cual fue declarada la responsabilidad administrativa y civil del accionante y se le impuso multa y reparo. En el referido escrito, se expuso lo siguiente:

1. De los hechos:

Que mediante "memoranda de designación N° 07-02-022 y N° 07-02-023, ambos de fecha 24 de enero de 2010 y oficio credencial N° 07-02-63 de fecha 24 de enero de 2011, se dio inicio a la actuación fiscal orientada a la evaluación de las operaciones administrativas, presupuestarias y financieras llevadas a cabo por el municipio Cabimas del Estado Zulia, relacionadas con la legalidad y sinceridad del proceso de otorgamiento del servicio de gas doméstico (año 2007), proceso de adquisición y enajenación de bienes muebles (años 2005-2007). Asimismo, se efectuó evaluación de la contratación y ejecución de obras correspondientes a 7 contratos suscritos por la administración municipal, por un monto total de Bs. 2.553.886,16 con recursos provenientes del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y la Ley de Asignaciones Económicas Especiales (LAEE), durante los ejercicios económicos 2005-2008...".

Que “mediante oficio N° 07-02-810 de fecha 19 de mayo de 2011 (...) dirigido [a su mandante], de conformidad con los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) con la finalidad de solicitarle su comparecencia el día 16 de junio de 2011 (...) en la sede de la Contraloría General de la República (...)”. (Agregado de la Sala).

Indica que en “fecha 10 de diciembre de 2013, la Dirección General de Procedimientos Especiales, adscrita a la Contraloría General de la República, ordenó el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades mediante Auto de Inicio notificado con oficio N° 08-00-107 de fecha 18 de diciembre de 2013 (...)”.

Señala que su representado “en fecha 10 de marzo de 2014 (...) consignó en tiempo hábil escrito de descargos y promoción de pruebas (...)” y que “en fecha 10 y 11 de marzo de 2014, se llevó a cabo acto oral y público el cual quedó reproducido en actas de la misma fecha y se declaró la responsabilidad administrativa, se le impuso multa y se le formuló reparo (...)”.

Que en fecha “19 de marzo de 2014 se dejó constancia por escrito de la Decisión N° 08-01-PADR-03-2014, por encontrarse presuntamente incurso en los supuestos generadores de responsabilidad administrativa consagrados en el artículo 91 de la [Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal], e imponiéndole una multa equivalente a 775 U.T. de conformidad con lo estipulado en el artículo 94 ejusdem y se formuló reparo por un monto de 259.790,47 (...)”. (Sic). (Agregados de la Sala).

Indica que contra la referida decisión su mandante ejerció el recurso de reconsideración, el cual fue declarado parcialmente con lugar en fecha 6 de junio de 2014 “confirmando la declaratoria de responsabilidad administrativa, la imposición de multa y se modificó el monto del reparo (...) rebajándose (...) y revocando la declaratoria de responsabilidad administrativa relacionada con la suscripción de contrato para la ejecución de seis (6) obras, entre la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia y la empresa FLANCARBE, C.A. (...)”.

2. Fundamentos de derecho:

2.1. Prescripción de la acción.

Que mediante oficio número 07-02-810 de fecha 19 de mayo de 2011 “recibido en fecha 31 de mayo del mismo año, dirigido al ciudadano Benito Antonio Chirino, se solicitó su comparecencia de conformidad con los artículos 7 y 46 de la [Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal]”. (Agregado de la Sala).

Indica que de acuerdo a los referidos artículos “el llamado a comparecer es de carácter obligatorio como colaborador en virtud de la competencia que tiene la Contraloría General de la República para realizar inspecciones, fiscalizaciones y auditorías”.

Manifiesta que su mandante, en su condición de “representante legal de la empresa FLANCARBE, C.A. quien suscribió contratos con la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia, fue debidamente notificado del inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades de conformidad con el artículo 96 de la

[Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal], el 8 de enero de 2014”. (Agregado de la Sala).

Que “en relación al hallazgo referido a la certificación indebida de la valuación de anticipo y valuación N° 1 del contrato N° LS-0003/2008, (...) vale destacar, que la valuación N° 1 fue presentada en fecha 04/07/2008 y la notificación del auto de apertura [es] de fecha 08/01/2014, es decir, habían transcurrido cinco (5) años, seis (6) meses y cuatro (4) días.” (Sic). (Agregado de la Sala).

Denuncia que “en lo que se refiere a la ‘presentación de los presupuestos para la ejecución de seis (6) obras, incluyendo nivelación y replanteo cuya actividad, de acuerdo al contenido de las normas COVENIN, se encuentran dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra’ (...) queda igualmente demostrado que han transcurrido más de cinco (5) años desde la ocurrencia de los hechos y la fecha de notificación del auto de apertura...”.

Que “el cómputo de la prescripción aplicado a los particulares se comenzará a contar a partir de la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión, en el caso de los hallazgos antes mencionados han transcurrido más de cinco (5) años desde la ocurrencia de los mismos y a la fecha de notificación del auto de apertura, en consecuencia, queda demostrada la prescripción de las acciones administrativas, sancionatorias y resarcitorias, por parte de la Contraloría General de la República...”.

Denuncia que “si bien es cierto que la Dirección de Control de Estados y Municipios, libró un oficio de comparecencia a [su] mandante, no es menos cierto que el mismo adolece de las siguientes irregularidades: -El llamado constriñe la asistencia obligatoria so pena de la imposición de una multa por mandato de la ley que regula la materia. -No se realizó de conformidad con el ordenamiento legal vigente en cuanto a los requisitos elementales para realizar una notificación que produzca el efecto de interrumpir la prescripción en virtud de lo estipulado en el artículo 115 [de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal] (...). El llamado a comparecer que realizó la Contraloría General de la República a [su] mandante no tuvo el carácter de interesado legítimo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 80 del Reglamento...”. (Sic). (Agregados de la Sala).

Que “por todos los argumentos antes expuestos, es evidente que el oficio de comparecencia no cumple con los extremos legales necesarios para interrumpir la prescripción, siendo que nuestro mandante no fue notificado de la potestad investigativa de conformidad con lo estipulado en el artículo 79...”.

2.2. Violación al derecho a la defensa al debido proceso y prescindencia del procedimiento legalmente establecido.

Denuncia que “la Dirección de Control de Estados y Municipios, no formalizó la potestad investigativa que debió realizar por imperio de la ley de conformidad con (...) los artículos 77 al 81 de la [Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal]” y que no “no cumplió con la ley al no realizar el auto de proceder que daba inicio a la fase investigativa y en consecuencia, no lo notificó a [su] mandante, tal como lo prescriben los artículos 79 de la [referida Ley]”, lo cual, a su juicio demuestra la prescindencia de la instancia investigativa.

Indica que a su mandante no se le concedió el lapso de “diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, más el término de la distancia, para exponer sus argumentos y promover pruebas, y quince (15) hábiles para evacuarlas, lo cual no fue así, sino que se pasó directamente al Procedimiento de Determinación de Responsabilidades, utilizando como fundamento un supuesto informe definitivo y un alcance no notificado y por demás carentes de legalidad”.

Arguye que “luego de siete (07) meses, en fecha 23 de diciembre de 2011, la referida Dirección realizó un alcance a la actuación fiscal, con el mismo oficio credencial de la actuación principal N° 07-02-63, con igual fecha, alcance y objetivos, es decir sin fundamentos de hecho ni de derecho que lo motivaran, con el único interés de incluir los alegatos y defensas presentados por los interesados, que por error inexcusable, obviaron en el primer informe, lo cual, a todas luces es ilegal, por cuanto de la valoración realizada a las defensas interpuestas por los mismos es que tiene lugar el informe definitivo”.

2.3. Falso supuesto de derecho.

Indica que del análisis del “Auto Decisorio N° 08-01-PADR-03-2014, de fecha 19 de marzo de 2014”, se desprende que a su mandante le fue declarada la responsabilidad administrativa por los siguientes hechos:

“1.- Certificación indebida de la valuación de anticipo y valuación N° 1 del contrato N° LS-033/2008, para la ejecución de la obra ‘Conservación, ampliación y mejoras de la plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas del Estado Zulia’, siendo que de la inspección realizada se evidenció diferencia entre la cantidad de obra relacionada y la ejecutada en el sitio.

2.- Por haber aprobado los presupuestos de seis (6) obras por parte de las contratistas INVERSIONES CARRIZANS, C.A. Y FRANCARBE, C.A., sin verificar que en los mismos se incluyeron la ejecución de partidas referentes a ‘Nivelación y replanteo’, cuya actividad, de acuerdo al contenido de las Normas Covenin, se encuentra dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra, razón por la cual se generó un pago indebido a favor de las contratistas por la cantidad total de Bs. 17.886,95.” (Sic).

Señala que “al analizar el supuesto generador de responsabilidad administrativa aplicado al hallazgo número uno relacionado con la certificación indebida de la valuación de anticipo y valuación N° 1 (...) encuadrado en el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) el mismo no se subsume en la conducta denunciada por el órgano de control fiscal, en virtud de que guarda relación directa con la expedición ilegal o no ajustada a la verdad de autorizaciones en general requeridas por los ciudadanos para ejercer válidamente un derecho, ahora bien, [su] mandante no es funcionario público, por lo tanto, no tiene la facultad de expedir ningún documento relacionado con la gestión de los entes y organismos...”. (Agregado de la Sala).

Que “durante la ejecución del contrato LS-003-2008, fue designado un ingeniero inspector quien era el competente para vigilar y verificar la ejecución de la obra y avalar los documentos relacionados con la misma, como son las planillas de medición, la liquidación de la obra y las valuaciones respectivas, todo ello de conformidad con el artículo 115 [de la Ley de Contrataciones Públicas], en consecuencia, sin la debida

aprobación por parte del ingeniero inspector de las valuaciones en cuestión sería imposible proceder al pago de las mismas”. (Agregado de la Sala).

Arguye que el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *“es aplicable a toda persona que dentro de sus funciones tenga la competencia para autorizar certificaciones, autorizaciones, aprobaciones, permisos o cualquier otro documento que den lugar, como en este caso al pago de valuaciones, por lo tanto, es imposible, que la sola presentación de las mismas por parte del representante de la empresa y por ende interesado en el pago pueda de alguna manera influir y menos aún obligar a dicho pago”.*

Indica que de acuerdo a lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Contrataciones Públicas, *“la facultad para autorizar, certificar y aprobar las valuaciones la tiene conferida el ingeniero inspector, por lo que estamos en presencia de un falso supuesto de derecho...”.*

Con relación al segundo hecho imputado a su mandante, señala que *“1. Los presupuestos presentados estaban sujetos a revisión y aprobación por parte de los responsables de la Dirección de Infraestructura de la Alcaldía de Cabimas. 2. En el caso de que efectivamente los presupuestos fueron aprobados por los responsables en esa forma, dicha inobservancia no involucra la responsabilidad de [su] mandante por no estar dentro de sus facultades y atribuciones. 3. La presentación de los presupuestos por parte de [su] mandante no da lugar al pago porque dentro de su competencia y atribuciones no estaba ordenar ni autorizar el pago, este debía pasar por un riguroso doble control para que pudiera realizarse (...)”.* (Agregados de la Sala).

Que conforme se desprende del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *“el fin del Control Interno es controlar mediante la asignación de actividades en los procesos a cada funcionario público, de manera que, cuando se deba establecer responsabilidades no habrá dudas a quien le correspondía realizar las actividades en cuestión”* de tal forma que *“no es posible involucrar a los particulares, como en este caso, a nuestro mandante, con las responsabilidades propias de los funcionarios públicos que son quienes deben cumplir rigurosamente con las obligaciones establecidas en los manuales de control interno...”.*

Denuncia que *“se pretende aplicar a [su] mandante el supuesto generador de responsabilidad administrativa, establecido en el artículo 91, numeral 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) cuando es evidente que la norma COVENIN utilizada como criterio para pretender responsabilizarlo, no forma parte de las normas que comprenden el control interno, de manera que, no puede ser utilizada como pre-tipo para encuadrarla en el supuesto generador de responsabilidad antes señalado, que por lo demás en un residual limitado al sistema de control interno”.* (Agregado de la Sala).

Por todo lo expuesto, solicita que sea declarada con lugar la demanda de nulidad.

III

ALEGATOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En fecha 2 de julio de 2015 la representación judicial de la Contraloría General de la República, solicitó la declaratoria sin lugar de la demanda interpuesta, con base en lo siguiente:

1. De la prescripción de la acción administrativa.

Indica, que el oficio número 07-02-810 de fecha 19 de mayo de 2011, a través del cual el máximo órgano contralor solicitó la comparecencia del demandante, así como el Informe remitido como anexo al referido documento, cumplen con los extremos *“requeridos en el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de interrumpir el lapso de prescripción establecido en el artículo 114 eiusdem”*.

Señalan que *“el procedimiento para la determinación de responsabilidades puede iniciarse como consecuencia de los resultados derivados del ejercicio de la potestad investigativa o de los hallazgos detectados en una actuación fiscal, la notificación de los interesados legítimos (en el caso de la potestad) y de los que deban rendir declaración (en el caso de la actuación fiscal), habrá de realizarse de conformidad con la norma aplicable en cada caso, es decir, artículo 79 de la aludida Ley en el primero y artículos 7 y 46 en el segundo, de allí el error en el que incurre la parte actora con su argumento”*.

Que *“de la revisión que se realice a las actas que conforman el expediente administrativo, se evidencia que, desde la fecha en la que ocurrieron los hechos irregulares imputados al actor, hasta la oportunidad en la que se le notificó de los hallazgos detectados en la actuación fiscal practicada por el Organismo Contralor, transcurrió un lapso inferior al de cinco (5) años establecido para el ejercicio de la acción fiscal, por parte de la Contraloría General de la República. Igualmente, el acto que declaró la responsabilidad administrativa del impugnante, fue emitido en el lapso legalmente establecido”*.

En razón de lo expuesto, solicitan que se declare improcedente el alegato bajo examen.

2. De la presunta violación del derecho a la defensa.

Que *“no solo con ocasión al ejercicio de la potestad de investigación, se puede iniciar el procedimiento para la determinación de responsabilidades, sino que el mismo puede derivar, entre otros motivos, de los resultados obtenidos a través de cualquier actuación de control”*.

Manifiestan que *“en el caso de autos se emitieron dos (2) Informes, el primero de ellos en fecha 19 de mayo de 2011 (...), a los efectos de consignar por escrito las consideraciones que a bien tuviese con respecto a las observaciones vertidas en el informe en referencia, lo que realizó mediante escrito de fecha 10 de junio de 2011 y, el segundo, de fecha 23 de diciembre de 2011, en el que se analizaron las consideraciones expuestas en el escrito consignado”*.

De allí que, aducen, *“no se configura la trasgresión del derecho a la defensa denunciado, toda vez que, la notificación antes mencionada se practicó a fin de comunicarle al [accionante], la existencia de observaciones derivadas de las operaciones administrativas, presupuestarias y financieras llevadas a cabo por la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia (...) así como, la verificación de las contrataciones y*

ejecución de obras, efectuadas durante los ejercicios económicos 2005-2008, y no a efectos de ejercer una defensa en su carácter de ‘interesado legítimo’ o ‘imputado’, calificativos propios de los procedimientos de potestad investigativa o de determinación de responsabilidades, respectivamente”. (Agregado de la Sala).

Que en “el caso de marras se han respetado estrictamente las garantías constitucionales vinculadas con el debido proceso, por cuanto, el accionante fue debidamente notificado de los actos del procedimiento; tuvo acceso irrestricto al expediente; se le anunciaron los lapsos y recursos disponibles para ejercer su defensa; pudo esgrimir, por sí mismo o por medio de apoderado, todos sus alegatos, los cuales fueron valorados por la autoridad competente y; en general, participó activamente en la sustanciación del expediente del caso, por lo que, resulta a todas luces infundada la denuncia de violación al derecho a la defensa”.

3. Falso supuesto de derecho y violación del principio de tipicidad.

Indican que de la revisión del expediente administrativo se observa “la valuación de anticipo de fecha 12 de marzo de 2008 y la valuación N° 1 de fecha 4 de julio del mismo año, del Contrato N° LS003/2008 (...) suscritas entre otros, por el ciudadano BENITO ANTONIO CHIRINO, que reflejan una cantidad de obra ejecutada que no se ajustó a lo detectado por los funcionarios que integraron la Comisión de la Contraloría General de la República, de acuerdo a la inspección realizada en fecha 09 de febrero de 2011, lo que ocasionó un pago indebido a favor de la empresa FLANCARBE, C.A., cuyo representante legal era el prenombrado ciudadano, por la cantidad de doscientos cuarenta y un mil novecientos tres bolívares fuertes con cincuenta y dos céntimos (Bs. F. 241.903.52)”.

Que “lo anterior demuestra que con su anuencia, el accionante, conjuntamente con otros implicados, avaló el contenido de un documento que hacía constar una situación que no se ajustaba a la realidad, en detrimento del patrimonio público del ente local contratante, por lo que, si bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 115 y 116 de la Ley de Contrataciones Públicas vigente para la época, dentro de las facultades del Ingeniero Inspector de una obra, están las de vigilar, verificar y aprobar los documentos relacionados con la misma, así como conformar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la contratación, no es menos cierto que corresponde a la contratista, de acuerdo al artículo 118 eiusdem, presentar las facturas o valuaciones contentivas de la información que permite al ente contratante realizar, posteriormente los pagos respectivos”.

Manifiestan con relación al segundo hecho irregular “que las Normas COVENIN establecen los criterios técnicos o requisitos mínimos necesarios para la elaboración de procedimientos, utilización de materiales o productos, ejecución de actividades y demás aspectos que permiten determinar los cómputos métricos y la codificación de las partidas para los proyectos y la construcción de las edificaciones que se ejecuten en el territorio nacional, y, por tanto, resultan aplicables al ámbito público”.

Denuncia que existen “fallas en la elaboración de los presupuestos de obra, por parte de la empresa FLANCARBE, C.A., cuyo representante legal era el ciudadano Benito Antonio Chirino, respecto a los criterios establecidos en las referidas Normas para el alcance de las partidas de obra, por cuanto, si bien es obligación de las autoridades competentes cumplir rigurosamente con las obligaciones establecidas en los manuales de

control interno, el prenombrado ciudadano, al incluir las partidas de ‘Nivelación y Replanteo’ en los presupuestos, cuando dicha actividad se encuentra dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra, ocasionó la erogación de un pago indebido a favor de su empresa”.

Que “*visto que las Normas COVENIN son de aplicación obligatoria en la ejecución de obras como la del caso que nos ocupa, por cuanto establecen los criterios técnicos que se observan para tal fin, resulta infundada la afirmación de la apoderada judicial del accionante, en cuanto a que las mismas no constituyen normas de control interno, ya que, como tales, debe[n] entender todas aquéllas que sean de aplicación imperativa en la realización de cualquier proceso inherente a la contratación de obras públicas, por ende, mal podría pretender la parte actora que en el caso de marras se vulnera el principio de tipicidad, pues su mandante intervino directamente en la no observancia de las aludidas normas, al incluir partidas de nivelación y replanteo dentro de los presupuestos, aun cuando dicha actividad se entiende comprendida dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra”.* (Agregado de la Sala).

Finalmente, solicitan a esta Sala declarar sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por la parte actora.

IV

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto a la demanda de nulidad incoada por el ciudadano Benito Antonio Chirino contra el acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación del Contralor General de la República, que declaró parcialmente con lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el auto decisorio identificado con el alfanumérico 08-01-PADR-03-2014 del 19 de marzo de 2014, mediante el cual fue declarada la responsabilidad administrativa y civil del accionante y se le impuso multa y reparo, en su condición de representante legal de la empresa Flancarbe, C.A., contratista en varias obras ejecutadas por el Municipio Cabimas, Estado Zulia.

Al respecto, la parte accionante denuncia los siguientes vicios:

1. Prescripción de la acción:

Indica, que mediante oficio número 07-02-810 de fecha 19 de mayo de 2011, la Contraloría General de la República solicitó la comparecencia de su representado, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*como colaborador en virtud de la competencia que tiene [dicho órgano] para realizar inspecciones, fiscalizaciones y auditorías*”. (Agregado de la Sala).

Manifiesta que su mandante, en su condición de “*representante legal de la empresa FLANCARBE, C.A. quien suscribió contratos con la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia, fue debidamente notificado del inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades de conformidad con el artículo 96 de la [Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal], el 8 de enero de 2014*”. (Agregado de la Sala).

Arguye que “*en relación al hallazgo referido a la certificación indebida de la valuación de anticipo y valuación N° 1 del contrato N° LS-0003/2008, (...) vale destacar, que (...) fue presentada en fecha 04/07/2008 y la notificación del auto de apertura de fecha 08/01/2014, es decir, habían transcurrido cinco (5) años, seis (6) meses y cuatro (4) días*”. (Sic).

Denuncia que “*en lo que se refiere a la ‘presentación de los presupuestos para la ejecución de seis (6) obras, incluyendo nivelación y replanteo cuya actividad, de acuerdo al contenido de las normas COVENIN, se encuentran dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra’ (...) queda igualmente demostrado que han transcurrido más de cinco (5) años desde la ocurrencia de los hechos y la fecha de notificación del auto de apertura...*”.

Que “*el cómputo de la prescripción aplicado a los particulares se comenzará a contar a partir de la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión, en el caso de los hallazgos antes mencionados han transcurrido más de cinco (5) años desde la ocurrencia de los mismos y a la fecha de notificación del auto de apertura, en consecuencia, queda demostrada la prescripción de las acciones administrativas, sancionatorias y resarcitorias, por parte de la Contraloría General de la República...*”.

Denuncia que “*si bien es cierto que la Dirección de Control de Estados y Municipios, libró un oficio de comparecencia a [su] mandante, no es menos cierto que el mismo (...) No se realizó de conformidad con el ordenamiento legal vigente en cuanto a los requisitos elementales para realizar una notificación que produzca el efecto de interrumpir la prescripción en virtud de lo estipulado en el artículo 115 [de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal] (...)*”.(Agregado de la Sala).

Delimitado lo anterior, advierte la Sala que para el momento en que se produjeron los hechos generadores de responsabilidad (año 2008), se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la república bolivariana de Venezuela número 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001, la cual en su artículo 114 dispone el régimen de prescripción de la acción sancionatoria, en los siguientes términos:

“Artículo 114. Las acciones administrativas sancionatorias o resarcitorias derivadas de la presente Ley, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en Leyes especiales se establezcan plazos diferentes.

Dicho término se comenzará a contar desde la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión que origine la responsabilidad administrativa, la imposición de la multa o la formulación del reparo; sin embargo, cuando el infractor fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función ostentado para la época de ocurrencia de la irregularidad. Si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiere cesado o haya sido allanada. Si durante el lapso de prescripción el infractor llegare a gozar de inmunidad, se continuarán los procedimientos que pudieran dar lugar a las acciones administrativas, sancionatorias o resarcitorias que correspondan (...)”.

De la norma parcialmente transcrita se desprende que las acciones administrativas sean sancionatorias o resarcitorias, prescriben en un lapso de cinco (5) años, contado a partir de la ocurrencia del hecho, acto u omisión, que da lugar a la imposición de la multa o la formulación del reparo.

En este orden de ideas, resulta necesario indicar que el lapso de prescripción puede ser interrumpido por la Contraloría General de la República mediante la realización de diversos actos dispuestos en el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, aplicable en razón del tiempo, el cual establece lo que sigue:

“Artículo 115: La prescripción se interrumpe:

1.- Por la información suministrada al imputado durante las investigaciones preliminares, conforme a lo previsto en el artículo 79 de esta Ley.

2.- Por la notificación a los interesados o interesadas del auto de apertura del procedimiento para la determinación de responsabilidades, establecido en esta Ley.

3.- Por cualquier actuación fiscal notificada a los interesados o interesadas, en la que se haga constar la existencia de irregularidades, siempre que se inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades establecido en esta Ley”. (Resaltado de la Sala.)

Dispuesto lo anterior corresponde entonces a la Sala verificar si en el caso de autos prescribió la acción sancionatoria, para lo cual observa:

Los hechos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa del demandante, según se desprende del acto administrativo impugnado, son los siguientes:

1. La certificación indebida de las valuaciones de anticipo y número 1 del Contrato distinguido con las letras y números LS003/2008 para la obra Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas, en el Estado Zulia, las cuales fueron suscritas en fechas **12 de marzo y 4 de julio de 2008** (folios 2331 y 2348 de la pieza número 10 del expediente administrativo), respectivamente.

2. La presentación de presupuestos y valuaciones para seis (6) obras en su condición de representante de Flancarbe, C.A., incluyendo en los mismos la ejecución de partidas referentes a “*Nivelación y Replanteo*” cuya actividad, de acuerdo al contenido de las Normas COVENIN, se encuentra dentro del alcance de las demás partidas relacionadas con la ejecución de la obra.

Dichos presupuestos corresponden a las siguientes obras:

2.1. Programa Recuperación y Consolidación de Instalaciones Deportivas del Municipio Cabimas VI Etapa “*Cancha Tierra Negra*” (AD007/2005), de fecha **8 de marzo de 2005**. (Folios 1496 al 1502 de la pieza número 7 del expediente administrativo).

2.2. Remodelación del Complejo Deportivo “*Los Laureles*” (LS 004/2006), Parroquia Germán Ríos Linares del Municipio Cabimas del Estado Zulia, de fecha **25 de mayo de 2005**. (Folios 1779 al 1800 de la pieza número 8 del expediente administrativo).

2.3. Acondicionamiento de Unidades Educativas del Municipio Cabimas (II Etapa), Unidad Educativa Las Acacias (AD 052/2005), Parroquia Rómulo Betancourt de fecha **2 de agosto de 2005**. (Folios 1567 al 1575 de la pieza número 7 del expediente administrativo).

2.4. Construcción de Tanque Subterráneo (Caseta) y Salón de Dirección de la Unidad Educativa Las Acacias, Parroquia Rómulo Betancourt (CC 001/2006), de fecha **16 de marzo de 2006**. (Folios 2078 al 2084 de la pieza número 9 del expediente administrativo).

2.5. Conservación, Ampliación y Mejora de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón de Tierra Negra (LS 003/2008), Municipio Cabimas del Estado Zulia de fecha **12 de marzo de 2008**. (Folios 2225 al 2236 de la pieza número 10 del expediente administrativo).

Ahora bien, en fecha 19 de mayo de 2011, la Dirección de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República emitió el *“Informe de la Actuación Fiscal practicada en la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia”*, de cuyo *“Alcance”* se lee lo siguiente:

“La actuación estuvo orientada a la evaluación de las operaciones administrativas presupuestarias y financieras llevadas por la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia, relacionadas con la legalidad y sinceridad del proceso de otorgamiento del Servicio de Gas Doméstico (año 2007), proceso de adquisición y enajenación de bienes muebles (año 2005 y 2007). Asimismo, se efectuó la evaluación de la contratación y ejecución de obras correspondientes a 7 contratos suscritos por la Administración Municipal, por un monto total de Bs. 2.523.886,15, con recursos provenientes del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y la Ley de Asignaciones Económicas y Especiales (LAEE), durante los ejercicios económicos 2005-2008”.

Con base en el referido Informe, en la misma fecha la aludida Dirección libró el oficio número 07-02-810, dirigido al ciudadano Benito Antonio Chirino *“de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”* a los fines de solicitar su comparecencia *“con el objeto de tratar asunto relacionado con la Actuación Fiscal practicada (...) en el Municipio Cabimas del Estado Zulia”*. Cabe destacar que con el aludido oficio se le remitió al interesado *“un ejemplar del informe contentivo de los resultados de la referida actuación”*.

Por otra parte, el 10 de diciembre de 2013, la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República acordó el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades en el expediente número 08-01-07-13-012, con ocasión de los resultados derivados de la actuación fiscal practicada por la Dirección de Control de Estados y Municipios en la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia, la cual fue notificada al demandante en fecha **8 de enero de 2014** conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, atendiendo a las normas legales referidas, así como a las actas que conforman el expediente, se observa que, con relación a *“la certificación indebida de las valuaciones de anticipo y N° 1 del Contrato N° LS003/2008 para la obra Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas”* de fechas **12 de marzo y 4 de julio de 2008**, así como en los casos de *“la presentación de presupuestos y valuaciones”* de las obras *“Construcción de la Cerca Perimetral en la Unidad Educativa Rafael Urdaneta de la Parroquia La Rosa del Municipio Cabimas del Estado Zulia”*, de fecha **16 de agosto de 2007** y *“Conservación, Ampliación y Mejora de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón de Tierra negra, Municipio Cabimas del Estado Zulia”* de fecha **12 de marzo de 2008**, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos imputados hasta

el momento en que la Contraloría General de la República acordó notificarlo del inicio de la investigación, no había transcurrido el lapso de cinco (5) años a que se refiere el precitado artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda vez que el mismo había sido interrumpido con la notificación efectuada a través del oficio número 07-02-810 de fecha **19 de mayo de 2011**, dirigido al ciudadano Benito Antonio Chirino “*de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 46 de la [referida Ley]*” a los fines de solicitar su comparecencia “*con el objeto de tratar asunto relacionado con la Actuación Fiscal practicada (...) en el Municipio Cabimas del Estado Zulia*”.

En efecto, contrariamente a lo afirmado por la parte actora, el referido oficio de notificación sí tiene la cualidad para interrumpir la prescripción, conforme a lo establecido en el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, toda vez que se trata de una actuación fiscal notificada al demandante, en la que se hizo constar la existencia de irregularidades, dándose inicio posteriormente al procedimiento para la determinación de responsabilidades.

Con relación a los contratos: 1. Programa Recuperación y Consolidación de Instalaciones Deportivas del Municipio Cabimas VI Etapa “*Cancha Tierra Negra*”, de fecha **8 de marzo de 2005**; 2. Remodelación del Complejo Deportivo “*Los Laureles*”, Parroquia Germán Ríos Linares del Municipio Cabimas del Estado Zulia, de fecha **25 de mayo de 2005**; 3. Acondicionamiento de Unidades Educativas del Municipio Cabimas (II Etapa), Unidad Educativa Las Acacias, Parroquia Rómulo Betancourt de fecha **2 de agosto de 2005**; y, 4. Construcción de Tanque Subterráneo (Caseta) y Salón de Dirección de la Unidad Educativa Las Acacias, Parroquia Rómulo Betancourt, de fecha **16 de marzo de 2006**, sí transcurrió un lapso superior a los cinco (5) años, contados hasta la fecha de la referida interrupción, razón por la cual, la investigación relativa a las antedichas irregularidades estaba prescrita para el momento en que se solicitó la comparecencia del demandante.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta parcialmente con lugar el alegato de prescripción argüido por el demandante. Así se declara.

2. Violación al derecho a la defensa al debido proceso y prescindencia del procedimiento legalmente establecido.

Denuncia que “*la Dirección de Control de Estados y Municipios, no formalizó la potestad investigativa que debió realizar por imperio de la ley de conformidad con (...) los artículos 77 al 81 de la [Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal]*” y que no “*no cumplió con la ley al no realizar el auto de proceder que daba inicio a la fase investigativa y en consecuencia, no lo notificó a [su] mandante, tal como lo prescriben los artículos 79 de la [referida Ley]...*”, lo cual, a su juicio demuestra la prescindencia de la instancia investigativa. (Agregados de la Sala).

Indica que a su mandante no se le concedió el lapso de “*diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, más el término de la distancia, para exponer sus argumentos y promover pruebas, y quince (15) hábiles para evacuarlas, lo cual no fue así, sino que se pasó directamente al Procedimiento de Determinación de Responsabilidades, utilizando como fundamento un supuesto informe definitivo y un alcance no notificado y por demás carentes de legalidad...*”.

Arguye que *“luego de siete (07) meses, en fecha 23 de diciembre de 2011, la referida Dirección realizó un alcance a la actuación fiscal, con el mismo oficio credencial de la actuación principal N° 07-02-63, con igual fecha, alcance y objetivos, es decir sin fundamentos de hecho ni de derecho que lo motivaran, con el único interés de incluir los alegatos y defensas presentados por los interesados, que por error inexcusable, obviaron en el primer informe, lo cual, a todas luces es ilegal, por cuanto de la valoración realizada a las defensas interpuestas por los mismos es que tiene lugar el informe definitivo”*.

Sobre este particular cabe mencionar que los derechos al debido proceso, a la defensa y a la presunción de inocencia están previstos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

- 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. (...)*
- 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*
- 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. (...)*
- 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley (...).”*

Respecto a los mencionados derechos, esta Sala ha establecido lo siguiente:

“(...) ha sido criterio de esta Sala que el debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una expresión del derecho a la defensa, el cual comprende tanto la posibilidad de acceder al expediente, el derecho a ser oído (audiencia del interesado), a obtener una decisión motivada y su impugnación.

Se ha establecido también, que los aspectos esenciales que el juzgador debe constatar previamente para declarar la violación del derecho consagrado en el aludido artículo 49 de la Carta Magna son: que la Administración haya resuelto un asunto sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido o que haya impedido de manera absoluta a los particulares su participación en la formación del acto administrativo, que pudiera afectar sus derechos o intereses, (ver entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 4.904 del 13 de julio de 2005 y 00827 del 31 de mayo de 2007).

Se ha sostenido además, que no es suficiente que el acto administrativo sea dictado previa sustanciación de un procedimiento, sino que además, el administrado pueda ejercer las garantías y derechos que lo asisten, como son el derecho de alegar y promover pruebas (ver sentencia N° 02.936 de fecha 20 de diciembre de 2006).” (Vid. Sentencia de esta Sala número 0411 del 24 de abril de 2013).

Ahora bien, a los fines de resolver la denuncia bajo examen, esta Sala considera necesario atender al contenido del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional

de Control Fiscal, aplicable al caso bajo examen en razón del tiempo, el cual dispone lo siguiente:

“Poder de inspección e investigación de los órganos de Control Fiscal Externo

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

Por su parte, el artículo 96 *eiusdem*, establece lo que sigue:

“Inicio del procedimiento administrativo

Artículo 96. *Si como consecuencia del ejercicio de las funciones de control o de las potestades de investigación establecidas en esta Ley, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o la imposición de multas, el órgano de control fiscal respectivo iniciará el procedimiento mediante auto motivado que se notificará a los interesados según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*

(...)”.

Asimismo, el artículo 85 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.240 del 12 de agosto de 2009), dispone lo siguiente:

“Modos de proceder

Artículo 85. *El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades podrá iniciarse como consecuencia: 1) Del ejercicio de las funciones de control. 2) Del ejercicio de la potestad de investigación. 3) Por denuncia de particulares. 4) A solicitud de cualquier organismo o empleado público.*

A los efectos de iniciar este procedimiento se requerirán elementos de convicción o prueba que permitan presumir fundadamente la responsabilidad de personas determinadas”.
(Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se evidencia que el inicio del procedimiento para la determinación de responsabilidades, puede provenir o bien del ejercicio de las potestades de investigación a las que aluden los artículos 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal o **bien de cualquier actuación fiscal (auditoría, inspecciones, fiscalizaciones, entre otras) que tenga como origen el ejercicio de las funciones de control que por Ley le están atribuidas a los órganos de control fiscal**, sobre los entes y órganos sujetos a las disposiciones de la misma.

Los resultados y conclusiones de las actuaciones que practiquen los órganos de control fiscal serán comunicados a las entidades objeto de dichas actuaciones y a las demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar las medidas correctivas necesarias.

En este orden de ideas, se observa de la revisión de las actas que conforman el expediente (folios 65 y 66 de la pieza número 1 del expediente administrativo), el memorándum número 07-02-022 del 24 de enero de 2011 suscrito por la Directora de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, dirigido al ciudadano Iván Manzur, cédula de identidad número 6.977.885, en su condición de “Auditor Senior”. Dicho documento señala lo que sigue:

“(…)

Me dirijo a usted, en la oportunidad de participarle que esta Dirección le ha designado para que integre el equipo de trabajo que realizará una Actuación Fiscal en la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia. Dicha actuación estará orientada a verificar y evaluar los procedimientos establecidos por la Alcaldía para la contratación y ejecución de obras durante los años 2005 al 2008. (...).

El tiempo estimado para realizar la mencionada actuación es de 25 días hábiles (...).

Igualmente, el plazo señalado incluye el levantamiento de Actas Fiscales cuando en el curso de la actuación se detecten hechos que ameriten el uso de dicho instrumento.

(...)”.

Asimismo, cursa a los folios 168 al 230 de la pieza principal el “Informe” de la “Actuación fiscal practicada en la Alcaldía del Municipio Cabimas Estado Zulia”, de fecha 19 de mayo de 2011, suscrito por la Directora de Control de Municipios de la Contraloría General de la República.

Del referido documento se desprende lo siguiente:

“(…)

Origen

La actuación fiscal cuyos resultados se exponen en el presente informe, fue ordenada en cumplimiento del Plan Operativo Anual del año 2011 de la Dirección de Control de Municipios, adscrita a la Dirección General de Control de Estados y Municipios, en razón de la competencia de este Máximo Organismo de Control de realizar auditorías, inspección y fiscalización de los organismos sujetos a control, previsto en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y se practicó de conformidad con las instrucciones impartidas mediante Memoranda de Designación N° 07-02-022 y N° 07-02-023, ambos de fecha 24-01-2010 y Oficio Credencial N° 07-02-63 de fecha 24-01-2011.

(...)”.

Con base en el señalado Informe, en la misma fecha la aludida Dirección libró el oficio número 07-02-810, dirigido al ciudadano Benito Antonio Chirino “de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal” a los fines de solicitar su comparecencia “con el objeto de tratar asunto relacionado con la Actuación Fiscal practicada (...) en el Municipio Cabimas del Estado Zulia”. Cabe destacar que con el indicado oficio se le remitió al interesado “un ejemplar del informe contentivo de los resultados de la referida actuación”.

Ahora bien, se observa a los folios 2547 y 2548 de la pieza número 11 del expediente administrativo, el Acta de fecha 16 de junio de 2011, suscrita por el demandante y por funcionarios de la Dirección de Control de

Municipios de la Contraloría General de la República, en la cual se deja constancia de lo siguiente:

*“En el día de hoy dieciséis (16) de junio del año 2011 (...), compareció por ante esta Contraloría General de la República, previa citación (...), el ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO**, (...) en su condición de presidente de la empresa FLANCARBE, C.A., por lo que se deja constancia de lo siguiente: **PRIMERO:** que tuvo a la vista, once (11) carpetas contentivas de dos mil quinientos treinta y dos (2.532) folios, relativos a la documentación recabada en la actuación fiscal practicada en la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia (...). **SEGUNDO:** que la referida documentación fue revisada por el ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO**, antes identificado. **TERCERO:** Que el ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO**, consignó la siguiente documentación: escrito de alegatos suscrito por el ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO** de fecha 10 de junio de 2011, constante de seis (06) folios útiles relacionado al caso y anexos constante de ciento treinta y cinco (135) folios útiles (...).” (Resaltado del texto).*

Por otra parte, cursa a los folios 2690 al 2695 de la pieza número 12 del expediente administrativo el escrito de alegatos presentado por el demandante ante la Dirección de Control de Municipios de la Contraloría General de la República, en fecha 16 de junio de 2011.

Ahora bien, la Dirección de Control de Municipios de la Contraloría General de la República emitió en fecha 23 de diciembre de 2011 el *“ALCANCE DE LA ACTUACIÓN FISCAL PRACTICADA EN LA ALCALDÍA DEL MUNICIPIO CABIMAS DEL ESTADO ZULIA”*, en el cual se incluyen los alegatos y consideraciones de las personas llamadas a comparecer en virtud de la referida actuación, entre los cuales se encontraba el demandante.

Por otra parte, la Directora General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, suscribió en fecha 10 de diciembre del 2013, el *“Auto de Inicio”* del *“Procedimiento Administrativo para la Determinación de Responsabilidades”* (folios 3010 al 3037 de la pieza número 13 del expediente administrativo), conforme a lo establecido en el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

El referido auto de inicio fue notificado el 8 de enero de 2014 al demandante por oficio número 08-00-107 de fecha 18 de diciembre de 2013 (folios 3056 al 3058 de la pieza número 13 del expediente administrativo).

Asimismo, se evidencia que por escrito del 5 de febrero de 2014 el demandante presentó escrito de promoción de pruebas en el procedimiento de determinación de responsabilidades (folios 3069 y 3070 de la pieza número 13 del expediente administrativo), las cuales fueron admitidas por auto del día 10 del mismo mes y año.

Por otra parte, a los folios 3522 al 3525 de la pieza número 13 del expediente administrativo cursa el acta del *“acto oral y público”* celebrado el 10 de marzo de 2014 conforme a lo establecido al artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en la cual se deja constancia de la comparecencia, entre otros, de los apoderados judiciales del ciudadano Benito Antonio Chirino, así como de la consignación de su respectivo escrito de alegatos y defensas (folios 3584 al 3592).

De todo lo expuesto, esta Sala concluye que, contrariamente a lo alegado por el accionante:

1. El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, puede iniciarse como consecuencia del ejercicio de las funciones de control (artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal) y no únicamente como resultado de la potestad de investigación (artículo 96 *eiusdem*).

2. En el ámbito del ejercicio de las referidas funciones de control (auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, entre otras), la Contraloría General de la República o el órgano de control fiscal de que se trate debe comunicar los resultados y conclusiones de las actuaciones que practiquen, a las entidades objeto de dichas actuaciones (artículo 63 *eiusdem*).

3. La elaboración de un informe con las conclusiones de la actuación fiscal practicada y un alcance del mismo, no constituyen conductas que contravengan los derechos a la defensa y al debido proceso del accionante, ni constituyen una vulneración del procedimiento legalmente establecido, toda vez que, como quedó sentado, en el caso bajo examen el órgano de control fiscal ejerció sus facultades de control y no la “*potestad investigativa*” propiamente dicha, aun cuando en aras de preservar los legítimos derechos que asisten al ciudadano Benito Antonio Chirino, la Contraloría General de la República solicitó su comparecencia, no en calidad de “*investigado*” sino como persona de interés dada su vinculación con una empresa contratista del Municipio Cabimas del Estado Zulia.

4. Una vez determinada la existencia de hechos irregulares, la Contraloría General de la República dio inicio al procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, regulado tanto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal como en su Reglamento y en el cual participó activamente el accionante.

De esta manera debe esta Sala concluir que en el caso de autos no se violaron los derechos a la defensa ni al debido proceso del ciudadano Benito Antonio Chirino, ni hubo una omisión del procedimiento legalmente establecido para la emisión del acto administrativo impugnado. Así se declara.

2.4. Falso supuesto.

Que “*durante la ejecución del contrato LS-003-2008, fue designado un ingeniero inspector quien era el competente para vigilar y verificar la ejecución de la obra y avalar los documentos relacionados con la misma, como son las planillas de medición, la liquidación de la obra y las valuaciones respectivas, todo ello de conformidad con el artículo 115 [de la Ley de Contrataciones Públicas], en consecuencia, sin la debida aprobación por parte del ingeniero inspector de las valuaciones en cuestión sería imposible proceder al pago de las mismas*”. (Agregado de la Sala).

Arguye el demandante que el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*es aplicable a toda persona que dentro de sus funciones tenga la competencia para autorizar certificaciones, autorizaciones, aprobaciones, permisos o cualquier otro documento que den lugar, como en este caso al pago de valuaciones, por lo tanto, es imposible, que la sola presentación de las mismas por parte del representante de la empresa y por ende interesado en el pago pueda de alguna manera influir y menos aún obligar a dicho pago*”.

Indica que de acuerdo a lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Contrataciones Públicas, “*la facultad para autorizar, certificar y aprobar las valuaciones la tiene conferida el ingeniero inspector, por lo que estamos en presencia de un falso supuesto de derecho...*”.

Con relación al segundo hecho imputado a su mandante, señala que “*1. Los presupuestos presentados estaban sujetos a revisión y aprobación por parte de los responsables de la Dirección de Infraestructura de la Alcaldía de Cabimas. 2. En el caso de que efectivamente los presupuestos fueron aprobados por los responsables en esa forma, dicha inobservancia no involucra la responsabilidad de [su] mandante por no estar dentro de sus facultades y atribuciones. 3. La presentación de los presupuestos por parte de [su] mandante no da lugar al pago porque dentro de su competencia y atribuciones no estaba ordenar ni autorizar el pago, este debía pasar por un riguroso doble control para que pudiera realizarse (...)*”. (Agregados de la Sala).

Denuncia que “*se pretende aplicar a [su] mandante el supuesto generador de responsabilidad administrativa, establecido en el artículo 91, numeral 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) cuando es evidente que la norma COVENIN utilizada como criterio para pretender responsabilizarlo, no forma parte de las normas que comprenden el control interno, de manera que, no puede ser utilizada como pre-tipo para encuadrarla en el supuesto generador de responsabilidad antes señalado, que por lo demás en un residual limitado al sistema de control interno*”. (Agregado de la Sala).

Al respecto, vale destacar que el vicio de falso supuesto se produce cuando la Administración al dictar un determinado acto fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que ocurrieron de manera distinta a la apreciación efectuada por el órgano administrativo de que se trate, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho; igualmente, cuando los hechos que sirven de fundamento a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración los subsume de manera errónea en el derecho positivo, se materializa el denominado falso supuesto de derecho. Por tal virtud, dicho vicio -en sus dos (2) manifestaciones- afecta la causa de la decisión administrativa, lo que en principio acarrea su nulidad (*Vid.*, sentencia de esta Sala número 01385 del 16 de octubre de 2014).

Ahora bien, corresponde analizar si en el caso de autos el acto objeto de impugnación está viciado de falso supuesto, para lo cual se observa lo siguiente:

El artículo 9, numeral 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001, aplicable en razón del tiempo, establece lo que sigue:

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

(...)

12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras

transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos”.

Por su parte, el artículo 93 *eiusdem*, preceptúa lo siguiente:

“De las Potestades Sancionatorias

Artículo 93. *Las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la determinación de responsabilidades. Dicha potestad comprende las facultades para:*

1. Declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, empleados y obreros que presten servicio en los entes señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, así como de los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad.” (Resaltado de la Sala).

Así, del análisis de los artículos 9 y 93, numeral 1 *eiusdem*, se desprende que **los y las particulares** que administren, manejen o custodien bienes o recursos públicos, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, sea falseando u omitiendo información que genere un daño en el patrimonio, responden administrativamente, tanto en cuanto su conducta se ajuste a los supuestos generadores de responsabilidad, de manera que al igual que ocurre en los casos de los funcionarios y las funcionarias, la vinculación con el patrimonio público juega un papel fundamental para determinar cuáles particulares podrían ser sujetos de responsabilidad administrativa.

En este punto es necesario advertir que la responsabilidad administrativa está concebida como una expresión de las potestades de los órganos de control fiscal, ejercida en principio sobre la Administración Pública y sus funcionarios y/o funcionarias, no obstante la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal extiende la potestad sancionatoria del Órgano Contralor a los y las particulares.

Determinado lo anterior, se observa que la Contraloría General de la República sancionó al demandante en su condición de Representante Legal de la sociedad mercantil Flancarbe, C.A., empresa contratista en varias obras desarrolladas por el Municipio Cabimas del Estado Zulia, como agente responsable de la comisión de varios ilícitos administrativos, conforme a la potestad sancionatoria que la Ley otorga a dicho órgano de Control Fiscal.

En este sentido, con relación a la sanción impuesta por la certificación indebida de las valuaciones de anticipo y número 1 del Contrato identificado con las letras y números LS003/2008 para la obra Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas, esta Sala observa de la revisión de las actas procesales (folios 2331 y 2348 de la pieza número 10 del expediente administrativo, respectivamente), que las mismas se encuentran firmadas por el ciudadano Benito Antonio Chirino, en su condición de “*CONTRATISTA*”, ante lo cual resulta necesario traer a colación el numeral 6 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, aplicable al caso bajo examen, el cual dispone lo siguiente:

“Ilícitos Administrativos

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

(...)

6. *La expedición ilegal o no ajustada a la verdad de licencias, certificaciones, autorizaciones, aprobaciones, permisos o cualquier otro documento en un procedimiento relacionado con la gestión de los entes u organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, incluyendo los que se emitan en ejercicio de funciones control.*

(...). (Resaltado de la Sala).

En el caso bajo análisis, el demandante suscribió conjuntamente con otras personas, las valuaciones de anticipo y número 1 del Contrato distinguido con las letras y números LS003/2008 para la obra *Conservación, Ampliación y Mejoras de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón del Municipio Cabimas*, avalando el contenido de las mismas, lo que conllevó a un pago indebido por parte del referido Municipio, toda vez que de la actuación fiscal practicada (folios 2998 y 2999 de la pieza número 13 del expediente administrativo) se evidenció una diferencia entre el total de cantidad de obra relacionada y la que fue efectivamente ejecutada, lo cual ocasionó un perjuicio económico al patrimonio público que comprometió su responsabilidad administrativa. En consecuencia, se desecha el alegato bajo examen. Así se decide.

Con relación al falso supuesto de derecho denunciado respecto al segundo ilícito administrativo imputado, esto es, la presentación en su condición de representante legal de la sociedad mercantil Flancarbe, C.A., de seis (6) presupuestos para igual número de obras *“incluyendo en los mismos partidas referentes a nivelación y replanteo”*, violando lo establecido en las normas *COVENIN* aplicables por el tipo de obra a ejecutar, debe señalarse que se encuentra tipificado en el numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, aplicable en razón del tiempo, el cual establece lo que sigue:

“Ilícitos Administrativos

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

(...)

29. *Cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal, o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistema y procedimientos que comprenden el control interno.*

Ahora bien, observa la Sala que tal como quedó establecido en el punto número 1 de esta motivación, de los seis (6) presupuestos presentados por el demandante, solo puede ser sancionado por los correspondientes a las obras *“Construcción de la Cerca Perimetral en la Unidad Educativa Rafael Urdaneta de la Parroquia La Rosa del Municipio Cabimas del Estado Zulia”*, y *“Conservación, Ampliación y Mejora de la Plaza Juan Crisóstomo Falcón de Tierra negra, Municipio Cabimas del Estado Zulia”*, toda vez que para los otros cuatro (4), la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República se encontraba prescrita para el momento en que se dio inicio al procedimiento sancionatorio; razón por la cual el análisis se circunscribirá solo a esas dos (2) obras.

En este sentido, contrariamente a lo alegado por el accionante, se observa que si bien los presupuestos presentados estaban sujetos a la revisión y aprobación de los funcionarios correspondientes en el Municipio Cabimas del Estado Zulia (ente contratante), no es menos cierto que dichos documentos fueron emitidos y suscritos por la sociedad mercantil Flancarbe, C.A., hecho que compromete la responsabilidad del ciudadano Benito Antonio Chirino en su condición de Representante Legal de dicha persona jurídica.

Asimismo, con relación al alegato según el cual las normas *COVENIN* no forman parte de las normas de control interno, debe esta Sala señalar que de acuerdo al acto impugnado, los presupuestos presentados por la empresa cuya representación ostenta el accionante incumplieron las normas “*COVENIN 2000-87*”, “*COVENIN 2000-92 PARTE II*” y “*COVENIN 2000-2:1999*”.

En este sentido se hace necesario indicar que las mencionadas normas *COVENIN*, de acuerdo con lo establecido por el Máximo Órgano Contralor en el acto impugnado “*establecen los criterios técnicos o requisitos mínimos necesarios para la elaboración de procedimientos, utilización de materiales o productos, ejecución de actividades y demás aspectos que permiten determinar los cómputos métricos y la codificación de las partidas para los presupuestos de los proyectos y la construcción de las edificaciones que se ejecuten en el territorio nacional, y por tanto, resultan aplicables en el ámbito público*”.

Ahora bien, las normas “*COVENIN 2000-2:1999*”, están relacionadas con el “*SECTOR CONSTRUCCIÓN. MEDICIONES Y CODIFICACIÓN DE PARTIDAS PARA ESTUDIOS, PROYECTOS Y CONSTRUCCIÓN. PARTE 2: EDIFICACIONES. SUPLEMENTO DE LA NORMA COVENIN-MINDUR 2000/II.A92 (Provisional)*” y fueron declaradas de obligatorio cumplimiento por el entonces Ministerio de Fomento a través de la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.225 del 3 de junio de 1993.

Las referidas normas, en su “*TÍTULO 1 GENERALIDADES CAPÍTULO 1 ASPECTOS GENERALES 1.1 VALIDEZ Y ALCANCE*”, disponen lo siguiente:

“Esta Norma establece los criterios para la determinación de los Cómputos Métricos y la Codificación de las Partidas para el presupuesto del proyecto, y construcción de las nuevas edificaciones que se ejecuten en el territorio nacional. Las obras temporales o provisionales también deberán cumplir con estas disposiciones”.

De lo anterior se desprende que las normas en cuestión, como parte del ordenamiento jurídico venezolano son de cumplimiento obligatorio en el ámbito de aplicación correspondiente, más aún cuando se trata de la elaboración de presupuestos para la contratación de obras públicas, razón por la cual se desecha el alegato bajo estudio.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, se declara improcedente el alegato de falso supuesto. Así se declara.

Con vista a los razonamientos antes explanados, esta Sala declara parcialmente con lugar la demanda de nulidad ejercida contra el acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por delegación del Contralor General de la República.

Por tanto, se anula el acto impugnado únicamente en lo que se refiere a la formulación del reparo “*por el total de lo pagado indebidamente por la inclusión de las partidas ‘Nivelación’ y ‘Replanteo’...*” en los presupuestos de obras de los contratos: “AD 007-2005 ‘Cancha U.E. Tierra Negra’...”; 2. “LS 004/2006 ‘Complejo Deportivo Los Laureles’...”; 3. “AD 052-2005 ‘Acondicionamiento U.E. Las Acacias’...”; y, 4. “CC 001/2006 ‘Construcción de tanque Subterráneo y salón de Dirección de la U.E. Las Acacias...”. (Ver acto impugnado, folio 159 de la pieza principal del expediente).

En consecuencia, se ordena al Contralor General de la República ajustar el monto del reparo y la multa impuesta al demandante sobre la base de la anterior declaratoria. Así se establece.

VI DECISIÓN

Conforme a los argumentos expuestos, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1. **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda de nulidad incoada por la representación judicial del ciudadano **BENITO ANTONIO CHIRINO**, contra el acto administrativo sin número del 6 de junio de 2014, dictado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, actuando por delegación del **CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

2. **NULO** el mencionado acto únicamente en lo que se refiere a la formulación del reparo “*por el total de lo pagado indebidamente por la inclusión de las partidas ‘Nivelación’ y ‘Replanteo’...*” en los presupuestos de obras de los contratos: “AD 007-2005 ‘Cancha U.E. Tierra Negra’...”; 2. “LS 004/2006 ‘Complejo Deportivo Los Laureles’...”; 3. “AD 052-2005 ‘Acondicionamiento U.E. Las Acacias’...”; y, 4. “CC 001/2006 ‘Construcción de tanque Subterráneo y salón de Dirección de la U.E. Las Acacias...”.

3. Se **ORDENA** al Contralor General de la República modificar el monto del reparo y la multa impuesta al accionante, en los términos expuestos en el fallo.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Notifíquese a la Procuraduría General de la República. Devuélvase el expediente administrativo. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los doce (12) días del mes de junio del año dos mil dieciocho (2018). Años 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

La Presidenta,
**MARÍA CAROLINA
AMELIACH VILLARROEL**

El Vicepresidente -
Ponente,
**MARCO ANTONIO
MEDINA SALAS**

La Magistrada,

**BÁRBARA GABRIELA
CÉSAR SIERO**

El Magistrado,
**INOCENCIO
FIGUEROA
ARIZALETA**

La Magistrada,
**EULALIA COROMOTO
GUERRERO RIVERO**

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD

**En fecha trece (13) de junio del año dos mil
dieciocho, se publicó y registró la anterior
sentencia bajo el N° 00706.**

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD