

Victor Rafael Hernández-Mendible
José R. Araujo-Juárez
Alejandro Canónico Sarabia
Mauricio B. Pernía Reyes
Miguel Ángel Torrealba Sánchez
Ali Daniels Pinto

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA


**FUNDACION
ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Caracas, 2015

Consideraciones sobre el régimen sancionatorio en las contrataciones públicas

Alí Daniels Pinto¹

Prolegómeno.

Cuando se observa la evolución de la normativa legal que regula a la Administración en Venezuela, resulta sorprendente la aridez de la producción por parte del legislador. Así, a pesar del papel protagónico, para bien o para mal, que ha tenido la Administración Pública a partir de 1935, lo cierto es que, a contracorriente de la permanente emisión normativa por parte de ésta hacia la sociedad, poco se hizo para regularla a nivel legislativo.

Las explicaciones, seguramente, pueden ser muchas, pero debe acotarse que a partir de la fecha indicada la Administración empieza a tener un papel fundamental en la economía del país a través del ingreso petrolero, y aun considerando que desde ese momento hubo gobiernos de muy diferente signo político -desde el postgomecismo de López Contreras, pasando por el desarrollismo perezjimenista, hasta la social-democracia de Betancourt- uno de los pocos elementos que se pueden considerar comunes a todos ellos fue la falta de iniciativa tanto para disminuirla discrecionalidad de la Administración, como para promover la creación de modos homogéneos y transparentes de proceder en la ejecución del presupuesto público o en salvaguarda de los derechos del ciudadano.

Por ello, esa legislación tuvo que esperar a una fecha tan tardía como 1982 para que por ejemplo entrase en vigencia la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, apenas un año antes de la crisis económica que marcó un hito en la historia del país con el llamado *viernes negro* (18 de febrero de 1983), fecha en la cual se devaluó la moneda y se estableció un régimen cambiario regulado que duró casi 6 años y que no se distinguió ni por su eficacia ni por su transparencia. Este hecho, seguramente casual, pues la ley mencionada fue aprobada en 1981, cuando todavía ese escenario no estaba dentro de las previsiones oficiales, resulta destacable en la medida en que esta vía de regulación de la Administración nace cuando la misma empieza perder su capacidad de gestionar una riqueza menguante.

A pesar del descalabro de 1983 y de la necesidad del gobierno de ser más eficaz en el gasto público, hubo que esperar hasta 1990 para tener una ley especial que regulase con detalle lo relativo a las contrataciones públicas², lo cual coincide también con otra crisis fiscal luego de que se agotasen las reservas internacionales y el Estado hubo de recurrir a los órganos internacionales de asistencia

¹ Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la UCAB. Cursos de Doctorado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de derecho humanitario y derechos humanos en pregrado y de derecho administrativo en postgrado de la UCAB. Autor de diversas publicaciones en reconocidas revistas y obras colectivas.

²No consideramos lo establecido en el Título XIII de la Ley Orgánica de Hacienda Pública (Gaceta Oficial N° 1660 (Ext.) del 21 de junio de 1974), verdadero mosaico normativo, en la que muy vagamente se establecieron algunos principios procedimentales para las contrataciones públicas, pero se mantuvo la discrecionalidad en la adjudicación de las contrataciones bajo el ambiguo concepto de que se debía dar la buena pro a aquella oferta que "ofrezca las mayores ventajas" (Art. 428, numeral 6) sin establecer parámetro alguno para llegar a tal determinación.

financiera. Es decir, se reguló la contratación pública cuando la Administración ya no tenía la capacidad de gasto que había tenido durante décadas y para tenerla dependía de entes externos³.

En razón de ello, destacamos que entonces el desarrollo normativo de las contrataciones públicas es relativamente reciente y ha estado sujeto a los vaivenes que el flujo del ingreso petrolero - o la falta del mismo- ha impuesto a la Administración.

Lo expuesto, trae como consecuencia que la experiencia de la regulación de la contratación pública sea una de las áreas más recientes en el derecho administrativo venezolano, con las consecuencias que de ello se derivan en una economía fuertemente influenciada por el gasto público y con un funcionariado sin garantías de continuidad, sujeto a las variaciones de cada nuevo gobierno, y en otros casos, al simple cambio de autoridades de los entes u órganos en los que se encuentran. Esto, por supuesto, genera dificultades a la hora de establecer una ejecución coherente y cohesionada de la normativa vinculada a la contratación pública, y, sobre todo, para el desarrollo de una práctica administrativa que permita hacer evolucionar su normativa en razón de lo actuado y del cambio del entorno social y técnico.

Consecuencia lógica de todo lo anteriores que no resulte una sorpresa que cuando se trata lo relativo al régimen sancionatorio se deba hacer alusión a varias fuentes normativas, con diferente grado de evolución, para tratar de conformar una visión coherente sobre el mismo. A continuación, haremos referencia a esas fuentes y a la competencia de los órganos en la materia.

1. De la multiplicidad de fuentes y organismos involucrados.

Los instrumentos que fundamentalmente rigen las sanciones administrativas en la contratación pública son dos: la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal⁴ (LOCGRSCF) y el novísimo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁵ (DRVFLCP). Este panorama, con una dupla de fuentes legales, se complica aún más si se toma en cuenta que existe además una dispersión de otros instrumentos legales, que también contienen normas de contenido sancionatorio, entre otros: el Decreto con Rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁶ y la Ley del Estatuto de la Función Pública⁷. Pese a lo anterior, centraremos el análisis del presente trabajo en las dos fuentes inicialmente indicadas por ser las de uso más recurrente en el ámbito de las contrataciones públicas.

Aunque hagamos referencia a lo establecido en las dos leyes antes mencionadas, esta no es una tarea fácil, porque ellas no sólo se interceptan e interrelacionan disposiciones con diferentes visiones y perspectivas por parte del legislador, sino que además regulan planos de competencia diferentes, por cuanto en el procesamiento de los hechos generadores de un procedimiento sancionatorio, la LOCGRSCF establece un órgano competente para procesar y dos para decidir las sanciones, mientras que la DRVFLCP determina que un órgano lleva a cabo el procedimiento y otro toma la decisión.

³ Se podría objetar que en esta relación falta la Ley de Carrera Administrativa de 1975, pero la omisión no es gratuita en la medida en que dicho instrumento en modo alguno significó el establecimiento de un régimen efectivo de carrera ni la consolidación de un funcionariado profesionalizado con estabilidad y protegido de las veleidades de los cambios de gobierno.

⁴ Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

⁵ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

⁶ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

⁷ Gaceta Oficial N° 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002.

En este sentido, la LOCGRSCF faculta para llevar adelante el procedimiento a la Contraloría General de la República o al órgano de control fiscal que sea competente según el caso, pero una vez que se llega al momento de la decisión, un tipo de sanciones las puede adoptar el órgano instructor y otras sólo las puede imponer el Contralor según la gravedad de la sanción. En el caso del DRVFLCP, la tramitación para determinar la responsabilidad de los particulares de acuerdo con los tipos previstos en el artículo 167 *eiusdem*, debe ser determinada por el órgano contratante, quien puede decidir imponer una multa (artículo 168) y luego de ello, remitir el expediente para que el Servicio Nacional de Contrataciones estime o no la imposición de la sanción de inhabilitación del Registro Nacional de Contrataciones. Como puede apreciarse, no sólo se trata de un régimen sancionatorio sustentado en diferentes fuentes legales, algunas de ellas dispersas, con el riesgo de solapamiento, sino que además puede involucrar según el caso la iniciativa de cuatro diferentes entidades con criterios que fácilmente pueden ser divergentes con las consecuencias que ello puede traer sobre la eficacia y la eficiencia de las decisiones a adoptar, como veremos *infra*, así como en la uniformidad de criterios que ha de existir sobre situaciones pueden reiterarse.

Dicho lo anterior, primero pasaremos a comentar los principios que han de regir a todo régimen sancionatorio y luego, comentaremos los aspectos que consideramos más resaltantes de cadauno de los instrumentos antes mencionados.

2. Principios que rigen la actividad sancionatoria de la Administración

2.1. Principios de derecho sustantivo.

a. Principio de legalidad y reserva legal.

Como lo expresa ARAUJO, el principio de legalidad tiene varias aristas, además de la obvia que es la regulación de la actuación administrativa, en general, y de la sancionatoria, en particular, que se manifiesta en que las sanciones estén señaladas por normas de rango legal⁸. Para este autor, el principio de legalidad en materia punitiva tiene varias manifestaciones, y describe, en primer lugar, la imposibilidad de que exista infracción o sanción administrativa sin norma legal que la contenga, o que sea establecida por normas de rango menor, salvo que se cumplan con los términos expresados por la jurisprudencia⁹. Sobre este señalamiento, efectivamente el máximo tribunal a través de sus dispositivos, ha establecido que es posible la determinación de faltas y sanciones por reglamentos, siempre que haya una habilitación legal expresa (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 1986, caso Difiedemer).

Si a lo expuesto agregamos que el artículo 49, numeral 6 de la Constitución al establecer que "ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes", tenemos entonces que existe claridad en la literalidad del texto constitucional que no dejaría lugar a dudas sobre la exclusividad por parte del legislador respecto al establecimiento de las faltas y las sanciones que le correspondan, y a pesar de ello el Tribunal Supremo ha confirmado el criterio previamente establecido por la sentencia Difiedemer, por lo que se ha admitido que por vía reglamentaria se regule lo relativo a las sanciones, siempre que haya habilitación legal expresa, de acuerdo con los siguientes términos:

"La práctica de esta modalidad es de vieja data en nuestro país y ha dado lugar a discusiones sobre si el reglamentista puede interferir en el ámbito de materias que la Constitución asigna a la ley. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia (v.gr. s.S.C. N° 333/2004, del 9

⁸ Araujo, J. (2007). Derecho Administrativo. Parte General. Caracas: Paredes. p. 719.

⁹ IDEM.

de marzo, y N° 1613/2004, del 17 de agosto) se ha inclinado a aceptar que el reglamento delimite materias propias de la previsión legal, siempre y cuando la ley establezca los criterios y las materias a regular, es decir, la existencia previa de una autorización que exprese de forma específica, lacónica y con parámetros delimitados, el ámbito que la Administración debe normar, supuesto que no implica que el reglamentista quede atrapado en el simple hecho de copiar la norma legal, pues la habilitación, por sí misma, debe entenderse como la obligación de complementar técnicamente y con base en el conocimiento que la Administración tenga sobre la materia" (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1422 del 30 de junio de 2005).

Esta perspectiva, que inicialmente puede parecer chocante, no es más que la simple consecuencia de la confrontación de la realidad con los principios jurídicos, pues esta misma situación nos la encontramos en otros sistemas jurídicos como el español y el francés, los cuales, aunque por vías diversas, con mayores o menores reticencias, finalmente aceptaron que la materia sancionatoria pudiese ser delegada por el reglamentista, utilizando, sobre todo, el argumento de que las materias que asume la Administración, son cada vez más complejas y por lo mismo, de imposible cobertura legal en toda su extensión, lo que genera en palabras de ALEJANDRO NIETO un "contraste entre el dogma riguroso enfáticamente verbalizado y una realidad que vive escandalosamente apartada de él"¹⁰, lo que explica de la siguiente manera:

"Porque es un hecho innegable que, pese a las brillantes verbalizaciones del dogma, lo que el ciudadano percibe es que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal (tan insistentemente invocado), aquí existen Reglamentos tipificadores y, sobre ello, la tipificación que las normas realizan no es precisa ni directa sino por remisión. La evidencia de esta constatación no puede ser negada; lo que ha obligado a un meritorio esfuerzo teórico explicativo para (intentar) justificar que, pese a todo, el moderno Estado de Derecho nada tiene que ver, en punto a la legalidad, con los viejos sistemas del Estado absoluto (y franquista)"¹¹.

Junto a esta posición en el derecho español, tenemos otros autores que siguen pregonando que todo lo relativo al derecho sancionador administrativo esté regulado exclusivamente en instrumento de rango legal, y así FRAGA PITALUGA señala que:

"Aunque la reserva de ley no es absoluta y puede haber complementación de la ley que establezca la infracción y la sanción administrativa, a través de un reglamento, el ámbito de esa reglamentación es extraordinariamente limitado y debe respetar el contenido nuclear del principio de la legalidad que exige que la conducta antijurídica y la sanción correspondiente, estén perfectamente definidas en la ley, de tal suerte que el contenido que tendrá la norma reglamentaria sea previsible (ley previa)"¹².

Como puede apreciarse, la discusión sobre este punto no es menor y en ese sentido, la remisión al reglamento de algunos elementos que conforman el principio de legalidad, y ponemos como ejemplo por ser el más común, a saber, la determinación de los típicos sancionatorios, puede generar, en algunos casos, el cuestionamiento si tal remisión en realidad obedece a una verdadera rendición del

¹⁰ NIETO, A. (2002). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos. p. 202.

¹¹ Idem.

¹² FRAGA, L (2000). Consideraciones generales sobre el régimen de las sanciones administrativas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, 1 (octubre). Caracas: Monteávila, pp. 72-73.

legislador ante la imposibilidad material de cubrir todos los supuestos posibles de infracciones administrativas, dejando con ello de ocuparse del mandato constitucional, o si por otro lado, se trata de la asunción por parte del Ejecutivo de una actividad fundamentalmente técnica en algunas de las áreas sometidas a su regulación, y que por lo mismo, en las que tiene mayor capacidad para ocuparse de manera más eficiente de la determinación de las conductas ilícitas. En ambos casos, al tratar necesariamente con el establecimiento de políticas normativas no es fácil determinar cuáles son las legítimas razones que justifiquen lo que en la práctica no es más que convertir el principio de legalidad en una simple formalidad, aunque en todo caso, como se ha expuesto, en nuestro ordenamiento (como en España y Francia) permite la posibilidad de que la ley remita la materia sancionatoria al reglamento, siempre que se establezca un marco de dicha remisión.

Dicho lo anterior, pasamos a mencionar el segundo aspecto del principio de legalidad de acuerdo con ARAUJO que no sería otro que el de la tipicidad¹³, el cual forma parte de un título aparte que abordaremos con más detenimiento *infra*.

El tercer aspecto del principio de legalidad, de acuerdo con ARAUJO sería “el respeto al principio de prohibición de indefensión”¹⁴, es decir, la obligación que tiene la Administración de respetar el derecho a la defensa en todos aquellos casos que se pueda afectar la esfera jurídica de un particular.

En cuarto lugar, considera este autor, que el principio de legalidad también implica el control o revisión de los actos de la Administración, tanto por ella misma a través del mecanismo de los recursos administrativos, como a través de la revisión por parte de los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia administrativa.

En última instancia, estima el citado autor que el principio de la legalidad también conlleva que la norma que prevea la infracción y la sanción sean previas a la conducta sancionada de modo que no haya retroactividad de la misma.

b. Principio de tipicidad.

Esta garantía, derivada de la anterior, exige no sólo la existencia de una norma legal, con los matices antes mencionados en que se determinen las conductas u omisiones que serán consideradas como faltas, sino que además la descripción de tales conductas u omisiones debe ser previa, es decir, debe estar contenida en una norma de derecho positivo, clara y expresa, que no dé lugar a confusiones ni a interpretaciones arbitrarias, y permita establecer los elementos conceptuales de la conducta antijurídica, de modo de facilitar la aplicación de la norma sin dudas respecto al supuesto de hecho para que se ajuste efectivamente a los elementos fácticos que en cada caso se establezcan como probados.

En este punto lo que debe destacarse es que el fin del principio de tipicidad es evitar no sólo que la determinación de las conductas u omisiones a ser sancionadas queden sujetas al juicio subjetivo de la Administración, sino también que previamente a la manifestación de voluntad de la misma, los típicos administrativos se encuentren prístinamente delimitados. Estas ideas pueden ser resumidas en las siguientes frases latinas: a) “Nulla poena sine lege praevia”; b) “Nulla poena sino lege stricta”

¹³ Idem.

¹⁴ ARAUJO, J. (2007). Op. cit. p. 720.

y c) "Nulla poena sine lege scripta", es decir, que como se indicó tanto los tipos como las sanciones debe estar previamente establecidos, que los mismos han de estar clara e indubitablemente expresados y que se encuentren en norma de derecho positivo, y no sujetos a valoraciones subjetivas.

En ese sentido, ARAUJO señala, como indicamos *supra*, que la tipicidad es una de las manifestaciones del principio de legalidad, y al respecto afirma que la tipicidad conlleva "que la conducta antijurídica (infracción administrativa) y su sanción deben estar no sólo previstas en una norma preexistente de rango legal (legalidad de sanción), sino descritas con la suficiente concreción de todos sus elementos, de modo que se excluya la interpretación analógica o las cláusulas abiertas"¹⁵, por lo expuesto y dada su importancia, a pesar de formar parte del principio de legalidad, hemos querido darle un trato separado, en virtud de la trascendencia que para el ciudadano tiene el hecho de que las conductas por las que eventualmente pueda ser sancionado estén claramente definidas. Por la vinculación descrita con el principio de legalidad, no escapa el principio de tipicidad a las posiciones que existen respecto a esta y en tal sentido citamos ROJAS cuando afirma:

"Dentro del contexto doctrinario expuesto resulta factible distinguir una diversidad de posiciones en cuanto a la aplicación del principio de la tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Así, una corriente doctrinaria niega la aplicación del principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Por su parte, las modernas tendencias aceptan dicha aplicación, y dentro de esta corriente doctrinaria, tendríamos que ubicar a quienes sostienen que **el principio de tipicidad rige en el Derecho Administrativo Sancionador, de manera atenuada**, pues a su parecer, no puede pretenderse, que este principio rija con el mismo rigor con que lo hace en el ámbito del Derecho Penal, donde lo que está en rigor es la libertad del hombre"¹⁶ (énfasis propio).

Luego de lo que hemos señalado sobre el principio de tipicidad queda claro que no estamos de acuerdo con la última de las posiciones descritas en la medida en que cualquier posibilidad que la conducta antijurídica esté sometida al juicio de un funcionario, resulta en una contravención de este principio. Pese a ello, y en el entendido que pueda interpretarse, lo mismo que en el principio de legalidad, que puede haber remisiones por parte del legislador, sería sólo en ese contexto en que podría aceptarse la atenuación a que se hace referencia, pero esto sólo puede operar, como se ha expuesto previamente, si la remisión se hace dentro unos criterios que la limiten y bajo la premisa que siempre y en todo caso, tanto los ilícitos como las sanciones deben ser claramente determinados previamente.

Por ello, debemos reiterar que la tipicidad comporta la determinación precisa de los tipos sujetos a sanción, de modo que no haya ambigüedades a la hora de ubicar los hechos de que se trate en la respectiva conducta a ser reprimida, o como señala ROJAS "puede ocurrir que la norma legal sea tan amplia y genérica, que no regule en realidad, ningún ilícito administrativo, otorgándole así a la administración una potestad irrestricta para imponer sanciones"¹⁷ pues como él mismo señala la tipificación debe ser exhaustiva. Por ello, serían violatorias de este principio todas aquellas disposiciones que dejen al arbitrio de un funcionario, según el caso, la determinación de la conducta susceptible de sanción con independencia de que esta última se encuentre preestablecida, tal y como exige el principio de tipicidad, pues de este modo, el tipo establecido no será ni previo, ni estará en

¹⁵Idem.

¹⁶ ROJAS, D. (2004). Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionatoria. Caracas: Tecnos. p. 140.

¹⁷ ROJAS, D. (2004). Op. cit. p. 149.

una norma de derecho positivo, ni tampoco será claro y expreso, por cuanto quedaría a la subjetividad del funcionario.

Del mismo modo, tenemos que considerar violatorias del principio de tipicidad, todas aquellas irregularidades que contengan conceptos nebulosos y de tal amplitud e imprecisión, que den lugar a interpretaciones arbitrarias sobre la conducta que debe ser sancionada. En este punto, resultan especialmente ambiguas, para dar un ejemplo, todos aquellos típicos que se relacionan con las llamadas "buenas costumbres", donde las posibilidades de interpretación son prácticamente ilimitadas en cuanto a lo que pueden ser estas para un individuo o para otro.

c. Principio "non bis in idem".

Entre los elementos que conforman el derecho al debido proceso, el artículo 49 de la Constitución en su numeral 7 señala que: "Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente". Al utilizarse la palabra "juicio" pudiera parecer que los procedimientos administrativos no estarían incluidos, pero ello no es así por cuanto el encabezado del artículo 49 señala que: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas" y a continuación pasa a señalar los elementos que lo componen, por lo que las acepciones "juicio" y "juzgada" no han de entenderse sólo en el ámbito de los órganos jurisdiccionales, sino también respecto de los procedimientos administrativos.

La lógica que acompaña este precepto resulta, como puede apreciarse, bastante contundente, pero al efecto se han planteado algunas situaciones que pueden ser susceptibles de equívocos. En primer lugar, hemos de considerar los procedimientos sancionatorios en los que se utiliza como precedente la comisión de un ilícito previo que fue sancionado en su momento de acuerdo con el correspondiente procedimiento. En tal tesitura, algunos han alegado¹⁸ que tomar esos hechos en un segundo procedimiento violaría el principio "non bis in idem", y en tal circunstancia, lo correcto es señalar que la naturaleza de ese hecho ilícito en ambos casos es completamente diferente, pues en el primer procedimiento es la causa de la sanción, mientras que en el segundo es una circunstancia paralela y diferenciada del hecho principal que, sobre todo, ha de servir para estimar la sanción en tanto atenuante o agravante, por lo que no resulta en modo alguno esta situación una violación del "non bis in idem".

Otro caso en el que se pueden generar controversias sobre este principio, es el de la imposición de sanciones accesorias, ya que las mismas, por su naturaleza deben tener un carácter aflictivo menor que la principal, y es precisamente sobre este punto respecto del que puede haber cuestionamientos en la medida en que una sanción, que debe ser un evidente complemento de otra, no puede imponer sanciones de igual o mayor carácter gravoso que la principal, porque resultaría un contrasentido y una violación del principio "non bis in idem". Así, un criterio para determinar si la sanción aneja a la principal tiene efectivamente esa condición, es la de analizar si lógicamente la accesoria se desprende de la misma, y para ello podemos poner como ejemplo el supuesto en que un funcionario policial haya sido sancionado administrativamente por el uso indebido de un arma de fuego con la suspensión del cargo y de forma accesoria, mientras esté vigente la sanción principal, se le prohíba,

¹⁸Ver caso Casa de Cambio Caracas vs. Junta de Regulación Financiera, sentencia N° 2002-3375 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 4-12-2002:
<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2002/DICIEMBRE/025-4-01-26154-2002-3375.HTML>

mientras dure la sanción principal, el uso de dicho instrumento. Pese a lo dicho, estamos conscientes que esta situación de derivación natural no siempre es fácil de determinar y en algunos casos, la línea de separación entre sanciones es tenue cuando, en cambio, deberían ser jerárquicamente establecidas según su grado de gravedad.

d. Principio de prescripción.

El establecimiento de un marco temporal claro y determinado, en el que pueda ejercerse la potestad de la Administración resulta necesario para darle contenido lógico a un procedimiento sancionatorio. Así, este concepto sirve al mismo tiempo para varios elementos: en primer lugar, cumple una función de límite al ejercicio de competencias, y por lo mismo, sirve de medida para evaluar la aplicación a tiempo de las medidas que la Administración necesita para evitar obstáculos y lograr los objetivos que tiene a su cargo; y en segundo lugar, está relacionado con la seguridad jurídica de modo que un ilícito no se convierta en una amenaza *sine die* para quien lo haya cometido, ni en un ejercicio negligente e inoportuno de las potestades administrativas. A esto debe agregarse, que mientras más tiempo transcurra entre el hecho generador y la sanción, menos es el efecto aleccionador que ésta última tiene, por lo que la aplicación oportuna es tan importante como su determinación. También debe estimarse, que sobre todo en las faltas de menor entidad, el no ejercicio de la potestad sancionatoria, como medio de apercibimiento, puede tener, en determinadas situaciones mayores beneficios para la Administración y el ciudadano que la mecánica imposición de un castigo. Resulta así evidente la importancia del lapso en el cual puede legítimamente ejercerse la potestad sancionatoria como garantía necesaria para la seguridad jurídica.

e. Principio de presunción de inocencia.

Dentro de los elementos estructurales del debido proceso, la Constitución en su artículo 49, numeral 2 señala que: “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Este principio es uno de los que más cuesta asumir en una sociedad donde el silencio del acusado, quizá por razones culturales, no es bien recibido, y por el contrario se asume como una evidencia de culpabilidad. Siendo así, debemos pasar entonces al segundo elemento que conforma este principio y que no es otro que, ante la inexistencia de pruebas en contra, ha de declararse la no responsabilidad de quien fuese acusado, o dicho de otro modo, para que sea declarado sujeto de sanción, quien acusa tiene la carga de probar la veracidad de dicha acusación y de no hacerlo, aún a pesar del silencio del acusado, debe declarar la no vinculación del mismo con los hechos que se le imputen a este.

A este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que: “El derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado cuando se determina definitivamente la culpabilidad del sujeto inculcado, luego de un procedimiento contradictorio”¹⁹.

¹⁹Sentencia Nº 113 de fecha 27 de marzo de 2003, de la Sala de Casación Penal, Expediente Nº C03-0065.

Como consecuencia de ello, sin un contradictorio, y sin los elementos propios del mismo, esto es, sin las pruebas que determinen la responsabilidad, resulta evidente que se mantiene la presunción constitucional en comento.

Pese a lo anteriormente citado, en este principio podemos apreciar una de las más marcadas diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, porque en éste el menor carácter afflictivo de sus sanciones y la propia estructura organizacional de la Administración Pública, han ocasionado que no todos los principios del derecho penal hayan sido trasvasados al derecho administrativo.

Así, por ejemplo, en el caso del derecho penal existe una clara diferenciación entre la etapa de investigación, a cargo de los cuerpos policiales, y del Ministerio Público, y el juicio ante el órgano jurisdiccional, con el propósito que el juez tenga una posición desprejuiciada ante el acusado, porque no ha formado parte de los vaivenes de la investigación previa. En el caso de las sanciones administrativas, la situación es diferente, pues por lo general, y salvo excepciones, la Administración se encarga de ambas etapas, porque cuando tiene conocimiento de la comisión de un ilícito, inicia ella misma un procedimiento contradictorio que da lugar a que ella tome una decisión sobre el caso.

La anterior situación, en la que la Administración recaba información previa y luego notifica al presunto infractor contiene necesariamente la construcción de un prejuicio, ya que esta exige que un determinado sujeto, al menos, explique las razones que lo exonerarían de la responsabilidad que preliminarmente le atribuye. Ese juicio preliminar, sin duda, resulta en estricta lógica, un cuestionamiento al principio de presunción de inocencia, en la medida en que la imposición de cargos implica necesariamente la existencia, de al menos, una duda sobre la responsabilidad de quien se notifica para que ejerza su defensa. Por supuesto, tal situación, queda morigerada, si aún dentro de la Administración, la dependencia que solicita el procedimiento sancionatorio es diferente a quien toma la decisión correspondiente, por cuanto existiría una clara diferenciación entre acusador y juzgador, pero, como es sabido, este ideal no siempre se presenta en todos los casos.

Por ello, tiene sentido respecto del principio de presunción de inocencia, que tanto la doctrina como la jurisprudencia hagan hincapié en la importancia de las pruebas llevadas al procedimiento, de modo que la decisión esté basada en la capacidad probatoria de tales instrumentos y no en el simple juicio de quien hace la instrucción del caso.

Finalmente, también debemos agregar a este elemento en el ámbito administrativo, tal y como lo señala FRAGA, que "este principio ha tenido importantes limitaciones para lograr su plena vigencia pues, en numerosos casos, diversas leyes administrativas otorgan una presunción de certeza a ciertas actuaciones cumplidas por la Administración"²⁰ pero al mismo tiempo reconoce que la jurisprudencia ha reafirmado su aplicación plena en el derecho administrativo sancionador citando la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 1° de diciembre de 1994 (caso: "Beda Flor Morán vs. Consejo de la Judicatura) en que se declaró nula la sanción impuesta a una jueza sin que la misma fuese objeto de una sentencia condenatoria. Complementando lo expuesto por el citado autor, debemos señalar que tal criterio ha sido posteriormente ratificado por el propio Tribunal Supremo de Justicia, que en Sala Constitucional declaró lo siguiente:

"Nótese, entonces que el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado en la tercera fase, esto es, cuando se determina definitivamente la culpabilidad del sujeto inculcado, luego de un procedimiento contradictorio. Por el

²⁰ FRAGA, L. (2000). Op. cit. p. 87

contrario, si en la primera o segunda fase, la Administración determina, preliminarmente, que el sujeto investigado, en efecto, infringió el ordenamiento jurídico, y con prescindencia de procedimiento alguno, concluye en la culpabilidad del indiciado, se estaría violando, sin duda alguna, el derecho constitucional a la presunción de inocencia. En consecuencia, la Sala comparte el criterio sostenido en este sentido por el *a quo* y así se declara"²¹.

El mencionado dispositivo es especialmente relevante en la medida en que confirmó una decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por la cual se dejó sin efectos el acto de cargos instruido contra un funcionario, así como los subsiguientes al mismo, ordenando además la inhibición del funcionario instructor, por emitir opinión sobre la responsabilidad del encausado en dicho acto al ser esto violatorio de la presunción de inocencia. Es decir, en este caso, ya desde su inicio, el instructor da como cierta la responsabilidad del sujeto encausado, lo que, implicaba pasar de la evaluación de la responsabilidad de un presunto inocente a un juicio sobre un declarado culpable que debía probar que no lo era, pervirtiéndose de este modo lo sustancial de esta garantía.

Podemos concluir entonces, que con los matices expuestos, el derecho a la presunción de inocencia forma parte de cualquier procedimiento administrativo sancionador, y en tal virtud, queda a cargo de la Administración el llevar a cabo un procedimiento contradictorio en el que el sujeto del mismo pueda ejercer su defensa y promover las pruebas que estime convenientes, y aún en el caso de que ello no ocurra, queda bajo la responsabilidad del ente u órgano correspondiente el probar fehacientemente el o los hechos generadores de los ilícitos que generaron el procedimiento y que sean de entidad suficiente como para desvirtuar la presunción a favor del encausado.

g. Principio del derecho a la defensa.

Enmarcado, como el anterior, dentro de la generalidad del derecho al debido proceso, constituye el derecho a la defensa no sólo una exigencia de cualquier procedimiento contradictorio, sino que es la base misma de la justicia, en la medida en que una decisión sin escuchar al acusado, sin permitirle el acceso al expediente, o promover sus pruebas y controlar las que se le opondan, no sólo viciaría cualquier procedimiento sino que sería una afrenta a la justicia como fin básico del derecho, pues la decisión resultante sería estrictamente unilateral, y en definitiva arbitraria, incluso con independencia que sea la más adecuada de acuerdo con la norma correspondiente, pues no puede haber decisión justa violando derechos constitucionales. El derecho a la defensa se erige entonces en una necesidad lógica de cualquier proceso que busque una decisión apegada a derecho y justa en la medida que ambos conceptos exigen el análisis de los argumentos contrapuestos de una causa según la exposición de las partes que lo integren, de modo que la decisión las englobe y señale cual parte, si es que alguna, ha de prevalecer. Es pues, un elemento estructural de la dialéctica mínimamente necesaria para dictar una decisión, y no sólo la hace apegada a derecho, sino también, compatible con uno de los fines últimos del derecho, que es la justicia.

Lo dicho tiene su respaldo no sólo en los diferentes numerales del artículo 49 de la Constitución, que establecen los elementos constitutivos del derecho a la defensa, sino que además ha sido desarrollado por el máximo tribunal de la República, el cual al efecto ha señalado lo siguiente:

“... se concibe el derecho a la defensa, entre otras manifestaciones, como el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que

²¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 7 de agosto del 2001, caso Alfredo Esquivar vs. Contraloría Interna de CADAPE.

le sea posible al particular, presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento, las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo. Asimismo, se ha sostenido doctrinariamente que la defensa tiene lugar cuando el administrado tiene la posibilidad de presentar pruebas, las cuales permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración y finalmente, con una gran connotación, el derecho que tiene toda persona a ser informada de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la Administración”²².

Del dispositivo antes parcialmente transcrito, resulta claro concluir que en un procedimiento donde no se presenten previamente a la decisión, los cargos que se imputan, donde no se permiten lapsos para promover o evacuar pruebas, donde ni siquiera hay expediente al que tener acceso, no hay derecho a la defensa. Lo dicho ha sido ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cuando expresó “que la violación al derecho a la defensa existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifican los actos que los afecten” (Sentencia N° 02 de fecha 24 de enero de 2001, Expediente N° 00-1023 de fecha 24/01/2001).

En consecuencia, podemos concluir que en cualquier procedimiento en el que se oiga simplemente al encausado, sin el cumplimiento del resto de los elementos que se han mencionado, es un cumplimiento meramente formal e insuficiente de la obligación constitucional de garantizar el derecho a la defensa a todo ciudadano. Si a lo anterior agregamos que no existe un procedimiento claro y determinado, y que el procedimiento se lleva a cabo fundamentalmente en garantía del derecho a la defensa, tenemos que el incumplimiento en este sentido tiene no una, sino varias manifestaciones, todas ellas de suma gravedad.

h. Principio de proporcionalidad.

Este principio está contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece lo siguiente:

“Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Con esto, el principio de proporcionalidad se erige en límite de la potestad sancionatoria, en el sentido, como lo señala ARAUJO, de la “exigencia de una relación, de una adecuación entre los medios empleados por la Administración y los fines que persigue”²³. Es decir, no sólo es un deber

²² Sentencia N° 01279 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de junio de 2001, Expediente N° 15613.

²³ ARAUJO, J. (2007). Op. cit. p. 721.

de justicia establecer una sanción proporcional al hecho que la origina, sino que además de no hacerse así se desvirtuaría el fin de la Administración al sancionar, porque ha de haber una relación correspondiente y armoniosa entre el ilícito y la sanción a imponer, pues en el caso de que la sanción sea tan leve que no importe su imposición no se lograría el fin que se persigue con ello, esto es, que no se vuelva a cometer la infracción. En el supuesto contrario, este último argumento no se aplica, pues precisamente se puede alegar que mientras de mayor entidad sea el castigo, se evita más fácilmente el acaecimiento de la conducta ilícita, y es aquí donde tiene más trascendencia el principio de proporcionalidad, pues es el límite a los excesos en la represión de lo ilícito, ya que la sanción debe ser equilibrada y adecuada a los hechos del caso sin que la aflicción impuesta con aquella afecte al principio de justicia inherente al sistema jurídico.

Respecto de este principio deben hacerse algunas consideraciones, pues en algunos casos, la proporcionalidad exige tratamientos diferentes en razón de las circunstancias en que se cometen los ilícitos que se estén analizando. Así, tenemos entonces que en primer lugar, puede la Administración, en virtud de los elementos de convicción a su disposición, decidir no sancionar una conducta que estime ilícita, sea porque piense que existen muchas posibilidades que no se vuelvan a repetir, o porque considere que una simple admonición basta para evitar nuevos ilícitos. En segundo lugar, puede ocurrir, por otra parte, que las circunstancias que rodean el acto sean de tal modo atenuantes que, dentro de un rango establecido legalmente, se opte por la sanción menor, o el término medio del rango dado, y finalmente, puede presentarse el caso que se trate de conductas reiteradas que requieren una acción más ejemplarizante y se determine la aplicación en tal circunstancia de la sanción más gravosa. En cualquiera de las situaciones antes indicadas, y sobre todo en los casos más gravosos (es decir, cuando se impone una sanción que supere la media), lo fundamental es la motivación de la decisión correspondiente para que queden claras las razones por las cuales se opta por una sanción mayor que otra. Lo mismo ocurre en el supuesto, ya comentado, de las sanciones accesorias, que pueden ser o no aplicadas según la gravedad del caso.

Comentario aparte merece el hecho de que en este principio no sólo está involucrada la Administración, sino que incide el establecimiento de políticas represivas por parte del legislador, quien puede estimar como válidas sanciones que no se correspondan con la gravedad de las conductas sancionadas, y bajo tal tesitura, la Administración tendría poco margen de maniobra, por lo que cualquier instrumento normativo sancionatorio debe contar con la debida adecuación a las realidades del caso, de modo que pueda cumplir con las finalidades que se establezcan con un mínimo de racionalidad y ecuanimidad²⁴.

Como puede apreciarse, lo que exige el principio de proporcionalidad es que se vea el procedimiento sancionatorio con la perspectiva suficiente para aplicar la sanción de forma equilibrada y congruente con los hechos del caso, y en tal sentido, se provee a la Administración de elementos de juicio que le permitirán establecer criterios que propicien un ejercicio uniforme y racional de la potestad sancionatoria, con lo cual podemos apreciar que no se trata sólo de un principio favorable al ciudadano, sino que también se erige en una herramienta útil a los fines de la Administración.

²⁴ Un ejemplo de esto lo tenemos en el caso del establecimiento de sanciones tan onerosas que se hacen impracticables, verbigracia, el establecimiento de multas tan elevadas que no puedan ser sufragadas por ningún ciudadano asalariado, o todas aquellas, en el caso de las personas jurídicas, que no consideren la verdadera capacidad de pago o patrimonio de las mismas.

3. Principios de derecho adjetivo.

a. Competencia.

Como es sabido, la competencia es la medida de las potestades que puede ejercer un órgano o ente de la Administración, y en tal sentido, opera la regla del derecho público según la cual sólo puede hacerse lo que esté expresamente establecido en la norma, y en el caso del derecho administrativo sancionador rige con igual intensidad. En consecuencia, resulta evidente que es necesario no sólo ser competente para imponer la sanción, sino que adicionalmente, en los casos en que haya una distribución de competencias a distintos órganos de las diferentes etapas del procedimiento sancionatorio, las dependencias que intervengan tengan dadas estas atribuciones expresamente, por lo que no puede haber designaciones *ad hoc*, sino la realización de las actuaciones según corresponda en las normas que previamente determinen los campos de acción de quienes participen en un procedimiento sancionatorio. Por ello, resulta necesario que tanto las labores de imposición de los cargos, de sustanciación del procedimiento correspondiente, y por supuesto, de decisión, estén claramente atribuidas a quienes tengan conocimiento de esos cargos.

b. Debido proceso.

El derecho al debido proceso no es más que un verdadero derecho "continente" de otros derechos, algunos de ellos ya mencionados en este trabajo, que constituyen garantías inherentes a la persona humana, y, en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimiento. El derecho al debido proceso ha sido entendido, entre otros, como el que permite oír a las partes de la manera prevista en la Ley, y que otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para presentar sus defensas, para que luego el órgano legalmente competente tome una decisión fundada en derecho.

Siendo así, es evidente la violación de la garantía del debido proceso, en aquellos casos en que no se reconozca el derecho a ser impuesto de los cargos por escrito, a tener un lapso para presentarla defensa, se impida el que pueda ser asistido por un abogado, tener un lapso para promover o evacuar pruebas, o se impida el acceso al expediente, pues todo ello permite controlar y analizar los argumentos contrarios, así como contrastar la decisión y determinar la vinculación de la misma con lo alegado y probado en los escritos presentados y la Ley. Se trata entonces de la concatenación y armonización de todo el conjunto de elementos que configuran el derecho al debido proceso, entre los cuales, no puede prescindirse de alguno, por ser elementos constitutivos y nucleares del mismo.

En virtud de lo previamente señalado, resulta necesario entonces que la Administración esté, en primer lugar, clara respecto del procedimiento a aplicar al caso concreto, y en tal sentido, en el supuesto de no existir un procedimiento especial en norma de rango legal, debe aplicarse entonces el general establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En segundo lugar, deben respetarse los lapsos que la ley otorga, sin que pueda aceptarse, ni siquiera contando con la anuencia del encausado, abreviación de los mismos invocando una celeridad que en este caso sería contraria a los derechos establecidos en la Constitución. Finalmente, debe la Administración velar porque el expediente, que debe ser el resultado final de las actuaciones realizadas, refleje en la

medida más fidedigna posible los hechos del caso y resulte en una decisión congruente con lo allí contenido.

c. Principio de la “reformatio in peius”.

Como lo estableció la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, permite a la autoridad administrativa, al contrario de los órganos jurisdiccionales penales, el pronunciarse no sólo sobre lo alegado por los recurrentes, sino también sobre los asuntos “que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados”, lo cual facultaría la autoridad administrativa el fundamentar su decisión en extremos que no le fueron solicitados, pudiendo empeorar en consecuencia la situación previa de los recurrentes²⁵.

De acuerdo con lo citado, como se dijo, es posible modificar la sanción, tanto para aumentarla como para disminuirla, aunque con la limitación de que la modificación orientada al aumento, como en el caso de los recursos a que alude la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sólo puede ser decidida por el superior de quien impuso la sanción, es decir, no podría aplicarse en los casos de reconsideración de la decisión. Por supuesto, si se opta por una sanción más gravosa dentro del rango legalmente establecido, lo evidente es que tal decisión sea suficientemente motivada tanto en lo que respecta a la insuficiencia de la sanción previa como por las razones que obligan a un aumento de la capacidad aflictiva de la punición a ser impuesta.

2. Régimen sancionatorio de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal (LOCGRSCF).

Debido a su larga experiencia de más de 8 décadas²⁶, la Contraloría General de República, ahora un órgano del Poder Ciudadano (artículos 273 y 287 de la Constitución de 1999), y antes un órgano auxiliar del Congreso, aunque con autonomía funcional (artículos 236 y 237 de la Constitución de 1961), tiene el instrumento legal más desarrollado en lo relativo tanto a las sanciones administrativas como al procedimiento que debe seguirse para determinar la responsabilidad correspondiente. En lo que respecta a las contrataciones, esta es la primera norma a analizar por ser la más desarrollada y regir todo lo relativo al manejo indebido de los haberes públicos, elemento fundamental de las contrataciones públicas, y así, lo haremos a continuación en cinco subcapítulos.

2.1. Sujetos sometidos a la LOCGRSCF.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOCGRSCF, están sujetos a la actividad fiscalizadora de las entidades con competencia contralora, los órganos de los poderes públicos nacionales, estatales y municipales, así como de los Distritos y Distritos Metropolitanos; las autoridades de los Territorios y Dependencias Federales, los institutos autónomos en los tres niveles territoriales; el Banco Central de Venezuela, las Universidades Públicas, las sociedades en las que algunas de las personas antes mencionadas tenga participación en el capital social, y las que a su vez sean

²⁵ Vid. Revista de Derecho Público (1994), Nº 59-60, julio-diciembre, Editorial Jurídica Venezolana. p. 210

²⁶ Fue creada por la Ley Orgánica de Hacienda Nacional del 15 de julio de 1938.

constituidas por estas últimas; las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas previamente descritas o si estas designan sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios públicos sean mayores a 50% de su presupuesto; y finalmente, las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes y las que contraten con las personas, entes u órganos antes mencionados, o que reciban subsidios o incentivos fiscales, o tengan relación con el manejo o custodia de fondos públicos.

En relación con la enumeración anterior, llama la atención que no se considere necesaria la acción fiscalizadora de aquellas sociedades o fundaciones que tengan aportes menores al 50% de su presupuesto, pues con independencia de la cantidad porcentual, cualquier persona que maneje fondos públicos debe responder de los mismos con absoluta transparencia y siguiendo los procedimientos correspondientes como el resto de los sujetos ya mencionados. Sin embargo, esta excepción regulatoria está subsanada por lo que establece el numeral 12 del artículo 9 cuando afirma que están sujetos a esa actividad contralora quienes reciban aportes, subsidios o "en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos" sin hacer mención a un porcentaje mínimo o máximo, por lo que en tal situación cabe decir que cualquier persona natural o jurídica que administre fondos públicos es susceptible de rendir cuentas, por ello, objeto de la labor fiscalizadora de los órganos contralores, lo cual deja entonces inoperante lo establecido previamente sobre las sociedades y fundaciones.

Así entonces resulta evidente que el numeral 12 no sólo hace sujeto de la ley a todo aquel que reciba fondos públicos, sino también a todos aquellos que "contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores". En este particular, no podemos sino estar de acuerdo con la inclusión de todos aquellos que estén involucrados en el manejo de fondos públicos, y entre ellos, a los contratistas. Sin embargo, también ha de indicarse que cuando se procede a analizar lo referente al enunciado de los ilícitos y sus sanciones, la ley, si bien es bastante exhaustiva para determinar los tipos correspondientes a los funcionarios públicos, no lo es respecto de las personas naturales o jurídicas que en la relación con estos puedan llegar a incurrir en las conductas u omisiones señaladas como ilícitas. Lo mismo puede decirse en el caso de las sanciones, fundamentalmente dirigidas a los servidores públicos (las más graves incluso, son inaplicables a los particulares).

En este sentido, se puede argumentar que para los contratistas existen las vías penales, pero aceptar esa posición sería tanto como aceptar que se debe discriminar entre funcionarios y contratistas, cuando en realidad el hecho sancionable, si es cometido conjuntamente, debe aparejar las mismas responsabilidades, administrativas, civiles y penales, y por ello, resulta ilógico que en vía administrativa se centre la atención sólo en el funcionario y no también en los particulares que actuaron en complicidad con él²⁷. Entendemos perfectamente que el seguimiento respecto a los segundos es más difícil, pero, finalmente, eso no puede ser excusa para la impunidad, sino un elemento a considerar a los efectos de tener políticas legislativas que permitan establecer cauces normativos para que todos los responsables del mal o indebido uso de los fondos y bienes públicos

²⁷ La responsabilidad de los particulares por irregularidades en el uso de fondos públicos es una figura reconocida en otros ordenamientos, y así tenemos el caso colombiano, donde se le denomina responsabilidad fiscal, la cual se entiende como "una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado" como se ha indicado en sentencia C-619/02 de la Corte Constitucional del 8 de agosto de 2002, expediente N° D-3873.

Vid. http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/Adminitrativo/Sentencia-C-619-02.pdf

respondan por sus acciones. Lo expuesto lo focalizamos respecto de la figura del reparo, instrumento a través del cual se determina el monto de los dineros públicos utilizados irregularmente y que por ello deben ser restituidos al patrimonio público. En este supuesto, el artículo 58 de la LOGRSCF establece que se pueden efectuar reparos contra “quienes hayan causado daños al patrimonio de la República”, lo cual, en concatenación con el numeral 12 del artículo 9 *eiusdem*, incluye como sujeto del Sistema de Control Fiscal a las personas naturales o empresas que “contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores”, por lo que la figura del reparo les es aplicable, pero en la práctica ello apenas ocurre²⁸.

Para confirmar lo expuesto, sólo basta con leer los informes del máximo órgano contralor, donde históricamente el centro de atención, siguiendo los parámetros de la ley, es el funcionariado, y en tal sentido, se hace necesaria la ampliación de la acción contralora a quienes actúan al alimón con funcionarios públicos para desviar los fondos del Estado que en realidad son los fondos de todos los venezolanos.

2.2. Competencia.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece los fundamentos jurídicos para el control tanto de los ingresos, gastos y bienes públicos como de la gestión de los entes y órganos públicos (artículo2).

Ya en lo que se refiere a la competencia efectiva de la actividad contralora, y para no ser equívocos con los términos de la Ley, tenemos que la misma si bien da a las unidades de auditoría la competencia más inmediata de control sobre el uso de los haberes públicos (artículo 41), otorga del mismo modo a la Contraloría General de la República la coordinación de los demás órganos del control fiscal (artículo49) y sobre todo, la prevalencia en el ejercicio de tales potestades, con carácter no sólo inhibitorio para estos, sino además con la carga adicional de remitir cualquier actuación al máximo órgano contralor una vez decidida la intervención por parte de éste. Por ello, en ejecución de esta potestad, puede la Contraloría General de la República también asumir las investigaciones y procedimientos para la determinación de responsabilidades, iniciados por los demás órganos de control fiscal cuando lo juzgue conveniente. A tales fines, los mencionados órganos de control fiscal deberán participar a la Contraloría General de la República el inicio de los procedimientos de determinación de responsabilidades y de las investigaciones que ordenen (artículo50).

El ejercicio de las competencias entonces, de acuerdo a la ley, está distribuida en dos niveles, uno general para todos los órganos del control fiscal (incluyendo a la Contraloría General) y otro especial, de exclusivo ejercicio de la Contraloría General de la República.

²⁸ Así tenemos que en el Informe de Gestión de la Contraloría General de la República correspondiente al año 2014, de un total de 59 reparos impuestos en dicho período, 47 fueron dictados a funcionarios o empleados de órganos u entes públicos, y 12 a particulares, y en este último supuesto, 3 de esos particulares fueron objeto de reparos por ser parte de una Fundación privada que administraba fondos públicos, es decir, se encontraban en situación análoga a la de los funcionarios públicos, y sólo 4 en su condición de representantes de empresas contratistas, es decir, los reparos generados contra particulares por actuaciones de personas jurídicas privadas apenas representan el 6,78% del total. Debe destacarse, además, que no hubo reparo alguno contra personas jurídicas.

Vid.:

http://www.cgr.gob.ve/descarga.php?Nombre=0000_INFORME_COMPLETO.pdf&Ruta=pdf/informes/gestion/2014/0000_INFORME_COMPLETO.pdf

Partiendo de tales supuestos, según el artículo 26 *eiusdem* son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal tanto la Contraloría General de la República; como las Contralorías de los Estados, Distritos, Distritos Metropolitanos y Municipios; la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, y las demás unidades de auditoría interna de las entidades señaladas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 ya mencionado.

En este sentido, debe destacarse que el artículo 27 *eiusdem* establece claramente que todos los titulares de los órganos de control fiscal deben ser designados por concurso público, con la única excepción del Contralor o Contralora General, quien por disposición constitucional debe ser nombrado por la Asamblea Nacional. Destacamos que, en el caso del Contralor de la Fuerza Armada, a tenor de lo señalado en el Decreto Presidencial más reciente en que se designa a su titular, no se hace mención alguna a que se haya hecho dicho concurso público²⁹, a pesar de ser ordenado por los artículos 14 y 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

2.2.1. Competencias generales de los órganos del control fiscal.

De acuerdo con el artículo 58 de la LOGRSNCF, todos los órganos de dicho sistema pueden formular reparos a quienes hayan causado daños patrimoniales tanto a la República como a los organismos y entes señalados en el artículo 9 *eiusdem*. Del mismo modo, puede procederse al reparo en los casos de omisión o negligencia en el manejo de los recursos públicos, y en los casos de contravención del plan de organización, políticas, normas, métodos y procedimientos de control interno.

2.2.2. Competencias exclusivas de la Contraloría General de la República.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la LOGRSNCF, cuando alguno de los órganos de control fiscal cuente con los elementos de convicción que pudieran dar pie a la formulación de reparos, la declaración de responsabilidad administrativa o imposición de multas a los funcionarios de alto nivel, deben enviar el expediente a la Contraloría General, para que ésta, previa notificación a los interesados, según el caso, continúe con la investigación, decida el archivo de las actuaciones o inicie el procedimiento para la determinación de las responsabilidades.

²⁹ Decreto N° 9.104 del 23 de julio del 2012, publicado en Gaceta Oficial N° 39.970 de la misma fecha. Debe enfatizarse que en dicho decreto se menciona como base legal del nombramiento el numeral 16 del artículo 236 de la Constitución ("Nombrar y remover a aquellos funcionarios o aquellas funcionarias cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley"); pero lo que sorprende es que cite el artículo 65 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública ("Las viceministras o viceministros serán de libre nombramiento y remoción por la Presidenta o Presidente de la República, oída la propuesta de la ministra o ministro correspondiente"), y la Ley del Estatuto de la Función Pública, en sus artículos 4 (El Presidente o Presidenta de la República ejercerá la dirección de la función pública en el Poder Ejecutivo Nacional), 19 ("El Presidente o Presidenta de la República ejercerá la dirección de la función pública en el Poder Ejecutivo Nacional..") y el numeral 5 del artículo 20 ("Los funcionarios o funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes: (...) 5. Los viceministros o viceministras"). Es decir, se equipara a este Contralor con un Viceministro, sin que se expliquen las razones de ello, y sin hacer mención alguna ni de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal ni del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional ya citados, a pesar de que son las normas que expresamente regulan este nombramiento.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 105 *eiusdem*, es potestad exclusiva del Contralor General de la República la determinación de la sanción de suspensión del ejercicio del cargo sin goce sueldo hasta por 24 meses, la destitución o la inhabilitación hasta por 15 años, luego de que se haya determinado la responsabilidad administrativa. Esta decisión, a tenor del mismo artículo se hará sin que medie otro procedimiento, luego del establecimiento de la responsabilidad administrativa.

2. 3. Tipos sancionatorios.

En virtud de lo que dispone el artículo 141 de la Constitución de la República, todo acto de la administración ha de regirse, entre otros, por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, todos ellos vinculados con la buena administración que debe ser la regla en el manejo de los fondos públicos. Esto, además, ha de complementarse con el principio de economía establecido por el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público³⁰, que señala que el sistema de control interno debe promover "la eficiencia en la captación y uso de los recursos públicos". En tal sentido, llama la atención que la LOCGRSCF no haga referencia alguna a los principios que deban regir la actividad regulada por el control fiscal, sino que se limita exclusivamente a señalar los principios para el Sistema Nacional de Control Fiscal, aunque tal omisión queda cubierta por los preceptos constitucionales y legales mencionados en el capítulo 1.

A los efectos de las contrataciones públicas, podemos englobar las sanciones establecidas en la LOCGRSCF en dos clases según el tipo de ilícitos a que se refieren: 1) Ilícitos contra la administración de haberes públicos; 2) Ilícitos contra la actividad contralora.

En el primer caso se trata de supuestos vinculados directamente con el manejo de los caudales, bienes y derechos públicos o con el incumplimiento de los procedimientos vinculados a estos, mientras que los segundos tienen como finalidad sancionar todas aquellas conductas u omisiones que dificulten o incumplan con la obligación de colaborar con la función Contralora. Partiendo entonces de los supuestos anteriores, pasamos analizar los primeros, que hemos agrupados según los principios analizados en el capítulo 1, infringidos por los típicos señalados en el artículo 91 de la LOCGRSCF.

2.3.1. Ilícitos contra la administración haberes públicos.

Violaciones al principio de buena administración:

- En el numeral 2 de la LOCGRSCF se prevé como ilícito: "la omisión, retardo, negligencia o imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio de los entes u órganos sometidos a la ley". Al respecto debemos enfatizar la crónica carencia histórica en el mantenimiento de los bienes públicos, lo que cada tanto y sin planificación alguna, obliga a realizar importantes erogaciones para que dichos bienes puedan recuperarse y servir a los fines que son destinados. De ahí que se hace necesaria en las políticas de control fiscal, la implementación sistemática de procedimientos que supervisen, en primer lugar, la existencia de planes de mantenimiento permanentes, y en segundo lugar, la ejecución de los mismos bajo el cuidado de los entes sometidos al control fiscal. También dentro del supuesto mencionado en la norma antes transcrita han de considerarse aquellas medidas de protección de los bienes ante siniestros, como lo sería la suscripción de pólizas

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio de 2.012.

de seguros para sufragar las pérdidas generadas en caso de cualquier eventualidad. Un ejemplo ilustrativo de este supuesto es la decisión de la Sala Político Administrativa en que se confirmó un reparo y una multa impuestos a una funcionaria, encargada de la Dirección General de Administración y Servicios del Ministerio del Ambiente, debido a unos vehículos que se perdieron con ocasión de un incendio que no habían sido incorporados como bienes nacionales, y tampoco se habían adquirido las pólizas de seguros que hubieran sufragado la pérdida originada por el siniestro mencionado³¹.

Probablemente por la falta de cultura de mantenimiento de los bienes públicos hemos de indicar que en el supuesto de hecho descrito en el numeral 2 es donde hemos encontrado más decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, y bajo tal condición se han amparado los siguientes casos³²:

a) Suspensión de un concejal sin goce de sueldo por 12 meses por aceptar pagos que no le correspondían, al considerar que al hacerlo había actuado "de manera negligente en la preservación y salvaguarda de los bienes del patrimonio público, al cobrar en exceso"³³.

b) Multa por Bs. 8.140 al Director General de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública, Instituto Universitario de Tecnología porque "suscribió los contratos de compra-venta de cinco (05) locales que conforman el inmueble denominado edificio Bilbao, sin contar con la debida competencia" pues firmar dichos contratos sin la habilitación correspondiente fue una conducta "imprudente", ya que "los funcionarios públicos deben actuar con la misma responsabilidad y cuidado que debe asumir un buen padre de familia en aras de proteger los intereses que le corresponde tutelar"³⁴.

c) Destitución e Inhabilitación por tres años a un Almacenista de Compañía Anónima Electricidad de Los Andes (CADELA) "por la presunta negligencia por falta de toma de decisiones en lo que respecta a la materia de seguridad, imprudencia en el manejo y custodia de los materiales depositados en el almacén de Distribución Barinas", así como por el incumplimiento "del llenado de la forma 169 relacionada con la entrada y salida de materiales del almacén, lo cual trajo como consecuencia que se originaran tres hurtos continuos", que generaron pérdidas por Bs. 101.408,24, según la nomenclatura monetaria de la época. Debe destacarse que este recurso de nulidad fue declarado con lugar por cuanto el acto que estableció la responsabilidad del impugnante no fue notificado, por lo que se ordenó la reposición del procedimiento al estado en que se notificara dicho acto para que el recurrente pudiese optar por ejercer el recurso de reconsideración³⁵.

d) Inhabilitación por 8 años y el pago de lo perdido, a un Cabo Segundo de la Policía Metropolitana, "al asumir un comportamiento negligente en la preservación y salvaguarda del arma de reglamento asignada" debido a que la extravió³⁶.

³¹ Sentencia N° 1614 del 29 de noviembre del año 2011 (Sala Político Administrativa, SPA). Caso Gladys Méndez Querecuto vs. Oficina de Auditoría Interna del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

³² Aunque dos de ellos, los narrados en los literales b) y e), no son propiamente falta de mantenimiento, los ponemos en este rubro por haberse aplicado, entre otros, la norma del numeral 2 del artículo 91 de la LOGRSCF.

³³ Sentencia N° 1686 del 07 de diciembre del año 2011 (SPA). Caso Javier Marcial Salazar Coa vs. Contraloría General de la República (CGR). Ver un caso similar en la Sentencia N° 832 del 11 de julio del 2012. Caso Antonio José Idrogo Planche vs. CGR.

³⁴ Sentencia N° 954, del 14 de julio del año 2011 (SPA). Caso Omar Enrique Velásquez Alvaray vs. CGR.

³⁵ Sentencia N° 589 del 29 de mayo del año 2012 (SPA). Caso Rafael Eduardo Padilla Alvarado vs. CGR.

³⁶ Sentencia N° 872, del 17 de julio de 2013 (SPA). Caso Julio Ulises Moreno García vs. CGR.

e) Sanción de multa por la cantidad de Bs. 2.653,20 a quien fuera Vicepresidente de la División de Liquidación y Control del Área de Crédito del Banco Industrial de Venezuela, por cuanto "actuó en forma negligente al liquidar el crédito otorgado a la Cooperativa de Producción Palma Samba" (dicho crédito era por Bs.1.930.500,00) ya que "ha debido abstenerse de liquidar el crédito otorgado a la Cooperativa de Producción Palma Samba, hasta tanto se verificara la condición suspensoria del crédito"³⁷.

De los cinco casos antes mencionados, lo que más llama la atención *prima facie* es lo disímil tanto en los tipos de sanción como en su intensidad, y que las más graves fueron impuestas a un Almacenista y a un Cabo de la Policía Metropolitana, y ante las muchas observaciones que ello pueda acarrear, entre ellas, el hecho de que se mencionaron otros casos en lo que se provocó un daño mayor al patrimonio público, y pese a ello, se impusieron sanciones menores a las establecidas para los sujetos mencionados, todo ello hace necesario que se establezcan parámetros más objetivos para la imposición de las sanciones a los efectos de darle más uniformidad a las decisiones en esta materia de la Contraloría.

Mención aparte merece lo relativo a la desmejora de los derechos de los entes públicos pues a este respecto ha de considerarse que cuando los bienes públicos son encomendados a terceros, sin el carácter de funcionarios, en principio, quedarían fuera del alcance de la sanción del numeral 2 del artículo 91 de la LOCGRSCF, lo cual pone de manifiesto un vacío que claramente puede afectar los intereses patrimoniales de los organismos públicos. Aunque en este supuesto puede aplicarse, por referirse a supuestos de hecho similares, el numeral 19 del mismo artículo que considera ilícito administrativo lo siguiente: "Dejar prescribir o permitir que desmejoren acciones o derechos de los entes u organismos", por no hacerlos valer en la oportunidad legal o hacerlo de forma negligente.

- El numeral 13 del artículo 91 de la LOCGRSCF establece como ilícito no haber exigido garantía a quien deba prestarla o haberla aceptado insuficientemente, situación estrechamente relacionada con la contratación pública, y en la que hemos conseguido criterios de la Contraloría que suscitan debate. Así, tenemos entonces que la misma ha expresado que, en el marco de los convenios internacionales, es posible aceptar fianzas emitidas en el exterior, lo cual genera dudas, en primer lugar, sobre las condiciones que esas fianzas establecen, y sobre todo en lo que respecta a los tribunales que puedan conocer los conflictos que se generen en torno a las mismas y la legislación aplicable, y en segundo lugar, sobre la posibilidad de ejecutar dichas garantías en el exterior, con las obvias dificultades que ello representa³⁸. Dicho lo anterior, y respecto de otro caso, pero aplicable por analogía, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo declaró la sanción de inhabilitación por diez años y multa por Bs. 2.653,20 a un miembro de la Junta Directiva del Banco Industrial de Venezuela por aceptar "garantías insuficientes con ocasión del préstamo a la Cooperativa de Producción Palma Samba, R.L."³⁹.

- Otro ilícito es la utilización en obras o servicios de índole particular, de trabajadores o trabajadoras, bienes o recursos que, por cualquier título, estén afectados o destinados a los entes y organismos públicos (numeral 5). Un caso típico es el que se encuentra analizado en una decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en que se impuso una sanción de suspensión de doce

³⁷ Sentencia N° 1432, del 12 de diciembre de 2013 (SPA). Caso Víctor Manuel Lozada Avendaño vs. CGR. En el mismo caso fueron sancionados otros Vicepresidentes y gerentes del Banco Industrial de Venezuela, ver Sentencia N° 54, del 30 de enero de 2013 (SPA), caso Humberto HerreraRodríguez vs. CGR.

³⁸ Vid. Contraloría General de la República (2012). Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 2007-2008 (N° XX). Caracas: CGR. p. 93 y ss.

³⁹ Sentencia N° 929, del 12 de junio de 2014 (SPA). Caso Jorge Alfredo Castillo Santos vs. CGR.

meses a un Inspector Técnico Regional del entonces Ministerio de Energía y Petróleo, entre otras irregularidades, por el "uso del vehículo adscrito para [sus] servicios y la utilización del chofer respectivo para retirar durante una semana a [sus] hijos menores del Colegio donde cursaban estudios"⁴⁰.

- También se prevé como ilícito: "Ordenar pagos por bienes o servicios u obras no suministrados, realizados o ejecutados, sea parcial o totalmente, o que no hayan sido contratados". Lo mismo en el caso de prestaciones, utilidades, bonificaciones, dividendos, dietas u otros conceptos que se hagan en discrepancia con las normas que los regulan (numeral 7). Así, serán responsables todos los funcionarios que hayan intervenido en el procedimiento de ordenación del pago, siempre que dicha intervención (hecho, acto u omisión) haya generado la irregularidad. De esta manera, existe una decisión del máximo tribunal en la que se impuso una multa por la cantidad de 632,5 unidades tributarias, así como un reparo por la suma de Bs. F 379.542,64 al Director de Administración de Bienes y Servicios del Instituto Regional del Deporte del Estado Miranda (IRDEM), entre otras razones, por realizar "setenta y dos (72) pagos en un mes antes del cese de sus funciones como Presidente del Instituto Regional del Deporte del Estado Miranda (IRDEM), a favor del ciudadano Gustavo Pérez Osuna, sin evidenciarse documentación justificativa alguna que soportara dichas erogaciones"⁴¹.

Debemos destacar en este caso que no debería interpretarse esto último, como vinculación exclusiva al procedimiento de pago, pues la responsabilidad debería generarse desde la emisión de informes o documentos de las dependencias administrativas que avalan el pago indebido, pues con la existencia de esa documentación éstas últimas tienen pocas herramientas para detectar lo indebido del pago efectuado.

Este supuesto debe asociarse por su similitud con el más general establecido en el numeral 14, que está referido a la ilegalidad del pago, con la salvedad de que este último señala expresamente que los funcionarios se eximen de responsabilidad si hacen constar que advirtieron la ilegalidad de este luego de recibida la orden. Del mismo modo, esto se complementa con la disposición contenida en el numeral 12 que señala como ilícito el efectuar gastos o contraer compromisos "sin autorización legal previa" o sin contar presupuestariamente con los recursos, salvo que se trate de situaciones de emergencia y se notifique de las mismas a los órganos de control fiscal. Como puede apreciarse, en realidad este numeral de lo que trata es de estimar como eximente de responsabilidad la existencia de una emergencia, pero el principio general del gasto ilegal o no autorizado sigue siendo el mismo. Por los supuestos anteriores, el Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado la sanción de multa impuesta junto con la responsabilidad civil declarada por la Contraloría General de la República en el caso de un Concejal Metropolitano que autorizó el pago y efectuó gastos que eran de la competencia del Alcalde, y por tal motivo, el máximo tribunal confirmó que tal conducta se correspondía con los dos numerales antes indicados⁴².

De similar naturaleza a estos supuestos, pero referido los órganos colegiados, es el establecido en el numeral 15 que determina la responsabilidad de quienes aprueben con sus votos pagos ilegales o indebidos. En este último caso, ha habido decisiones de la Sala Político Administrativa en que se

⁴⁰ Sentencia N° 1208 del 12 de agosto de 2014 (SPA). Caso Argenis Candelario García Ruiz vs. CGR.

⁴¹ Sentencia N° 1469, del 03 de noviembre de 2011 (SPA). Caso Francisco José Massabie Ruíz vs. Director de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría del Estado Bolivariano de Miranda.

⁴² Sentencia N° 786, del 08 de junio del año 2011 (SPA). Caso Wilfredo Rodríguez Páez vs. CGR.

han ratificado sanciones de suspensión por 6 meses⁴³ y 12 meses⁴⁴ a legisladores estatales y concejales que votaron aumentos o pagos de conceptos que les estaban prohibidos. También se ha confirmado la sanción de inhabilitación para el funcionario de la dependencia de finanzas de un Concejo Municipal que autorizó el pago de alimentos y bebidas y de pólizas para concejales, por cuanto estos sólo podían recibir dietas. Aunque hemos de recalcar que en este último caso se declaró parcialmente con lugar el recurso por cuanto la inhabilitación decidida (de tres años, tiempo máximo establecido en el artículo 122 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, aplicable *ratione tempore*) no guardaba proporción con la multa impuesta que correspondía al 60% del rango dado por la ley, y en consecuencia se ordenó a la Contraloría ajustar la inhabilitación a ese parámetro⁴⁵. Como puede apreciarse, en todos los casos descritos el supuesto fáctico es parecido, esto es, la aprobación o ejecución de un pago ilegal.

-La falta de planificación, así como el incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos es también un ilícito según el numeral 10 de la LOGRSCF. La simple revisión de las memorias y cuentas de las diferentes entidades de la Administración muestra cómo históricamente ha existido un incumplimiento reiterado de las metas de ejecución presupuestaria. Esto es lamentable por dos razones: primero porque no se cumple con el objetivo establecido en el presupuesto de ese año con lo que se acumulan necesidades insatisfechas, y segundo, porque con la inflación ese gasto subirá significativamente y se necesitarán más recursos para cumplir con el objetivo inicialmente trazado⁴⁶. Otro aspecto que influye negativamente en la planificación es la figura del presupuesto "reconducido" o con cifras desactualizadas que luego requieren de créditos adicionales para solventar las acreencias; pues en tales circunstancias no es posible establecer y cumplir metas, sea porque contar con el mismo presupuesto del año anterior implica un menor número de metas a alcanzar en virtud de la inflación, sea porque ante la incertidumbre de la aprobación de un crédito adicional no puede hacerse una planificación con seriedad.

- Comprendemos dentro de un supuesto parecido las disposiciones contenidas en los numerales 17 y 18, pues el primero está referido a la adquisición, uso o contratación de bienes, obras o servicios que excedan manifiestamente a las necesidades del organismo, sin razones que lo justifiquen, mientras que el segundo está referido a gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las necesidades estrictamente protocolares del organismo. Es decir, en ambos supuestos se trata del mismo concepto general, esto es, la autorización de gastos innecesarios o injustificados. Como ejemplo de esto podemos citar el informe "Actuaciones, Anexo al Informe de Gestión 2011 de la Contraloría General de la República", en cuya página 12, respecto de una Fundación adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género se afirma lo siguiente: "adquisiciones de tarjetas telefónicas para celulares de los funcionarios de la Fundación, no obstante, su prohibición en el Instructivo Presidencial para la eliminación del Gasto Suntuario o Superfluo en el Sector Público Nacional (Gaceta Oficial N° 39.146 del 25-03-2009). Este Instructivo exige la aprobación del Vicepresidente Ejecutivo para efectuar gastos en los rubros allí mencionados, entre los cuales están, entre otros, la adquisición de plataformas tecnológicas y las adquisiciones y

⁴³ Sentencia N° 309 del 10 de marzo del 2011 (SPA). Caso Rafael Gustavo Páez Linares vs. CGR.

⁴⁴ Sentencia N° 243 del 21 de marzo del 2012 (SPA). Caso Luis Germán Marcano vs. CGR.

⁴⁵ Sentencia N° 1441 del 02 de noviembre del año 2011 (SPA). Caso Kenia Yolanda Inaudi Alejos vs. CGR.

⁴⁶ La mayor evidencia de la falta de planificación son las obras inconclusas y tal efecto citamos un Informe de la Contraloría que señala lo siguiente: "se observó que respecto a la cantidad de obras reportadas como inconclusas desde el año 2007 hasta el año 2011 se contabilizó la cantidad de 3.346 obras por Bs. 30.365.311.740,92". Vid. Contraloría General de la República (2013). Actuaciones, Anexo al Informe de Gestión. Caracas: CGR. p. 185

remodelaciones de sedes de entidades públicas. También establece la obligación de ajustar "los niveles superiores en la nómina del personal contratado en la Administración Pública" y al efecto existen decisiones judiciales que declararon nulos actos que implicaron el retiro de funcionarios de carrera, basados en las disposiciones de este instructivo por exceder su alcance⁴⁷.

- Finalmente, nos encontramos con la disposición contenida en el numeral 28 que considera como hecho sancionable: "La retención o el retardo injustificado en el pago o en la tramitación de órdenes de pago", y en este supuesto debemos aclarar que no sólo se trata de sancionar una omisión o retardo que afecta los derechos de terceros, sino que además causa un perjuicio a la propia Administración en la medida en que la falta o retardo de pago hace que la oferta de servicios al sector público se restrinja pues no todos los contratistas tienen la capacidad financiera para soportar retrasos en los pagos, con lo que la capacidad que la Administración cumpla consus objetivos también puede verse significativamente afectada.

Violaciones procedimentales

Se pueden agrupar en las siguientes:

- Inobservancia total o parcial de los procedimientos de selección de contratistas (numeral 1). Respecto de este ilícito existen casos analizados por los órganos jurisdiccionales, en los que se ratifica la sanción impuesta por estos motivos⁴⁸. Así tenemos el caso de una Contraloría Municipal que remodeló sus oficinas violando los preceptos procedimentales correspondientes⁴⁹ (María del Carmen Noya vs. Contraloría del Municipio Chacao del Estado Miranda). Otro ejemplo es el referido a la adquisición de equipos para un centro asistencial⁵⁰.

- La omisión del control previo (numeral 9), es decir, la revisión antes de ejecutar el gasto por parte de la Contraloría. Este supuesto, sobre todo en el ámbito municipal creó mucha controversia debido a que la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de fecha 08 de junio de 2005⁵¹ suprimió la mención del control previo, y a partir de allí, algunos interpretaron que se había derogado este requerimiento, lo que posteriormente generó la imposición de sanciones por tal motivo⁵².

- El ordenar la ejecución de contratos contrariando la normativa (numeral 23). En este caso, a diferencia de los supuestos mencionados *supra*, no hace falta la autorización de un pago ilegal, sino el requerir el inicio de un contrato, lo cual, lógicamente fatalmente traerá como consecuencia ulterior una erogación para la Administración. Este supuesto, entonces, tiene carácter preventivo en la medida en que sanciona actividades ilegales que posteriormente puedan generar compromisos a los entes u órganos públicos.

⁴⁷ Sentencia N° 2012-1283 del 27 de junio de 2012 (Corte Segunda de lo Contencioso Administrativa, CSCA). Belkys Yolanda Alujas Silva vs. Gobernación del Estado Nueva Esparta.

⁴⁸ Debemos acotar que a pesar de que la derogada Ley de Contrataciones Públicas era previa a la LOGRSCF, de manera errónea esta norma hace referencia a la Ley de Licitaciones en vez de la Ley de Contrataciones Públicas que era la vigente para ese momento.

⁴⁹ Vid. Sentencia N° 2012-2475 del 4 de diciembre de 2012 (CSCA).

⁵⁰ Vid. Sentencia N° 2011-0052 del 25 de enero de 2011 (CSCA). Caso Jorge Luis Fernández, Pablo Escalona y Luís J. Duno vs. Contralor General del Estado Lara.

⁵¹ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 38204 del 8 de junio de 2005.

⁵² Véase el juicio más comentado al respecto en la decisión de la Sala Constitucional N° 1047 del 29 de julio de 2013, caso David Uzcátegui vs. Sala Político Administrativa.

Violaciones al principio de buena fe y de carácter fraudulento.

Todos los casos contemplados en estos típicos administrativos tienen en común el uso de elementos que implican un fraude a los efectos de lograr un beneficio, sea por la celebración de contratos con funcionarios a través de interpuesta persona (numeral 4), sea por actuar en concierto, mediante "maniobras o artificios" con otros para obtener un resultado determinado o un beneficio (numeral 20), o sea, por la verificación de actividades de simulación o fraude en la gestión de los entes sujetos a la ley (numeral 21)⁵³. En el caso del numeral 20 podemos citar una sentencia del Tribunal Supremo en la que se analizó un caso en la que se declaró subsumible en tal disposición, el que un miembro de la Junta Directiva del Banco Industrial de Venezuela haya concertado "*con el Presidente de la Fundación 'Proyecto País', el otorgamiento de un préstamo a la Cooperativa de Producción Palma Sambra, R.L., por la cantidad de Bs. 1.930.500.000,00 equivalentes a Bs. 1.930.500,00, en el marco del Convenio suscrito entre el referido BIV y la nombrada Fundación, para la adquisición de 450 hectáreas efectivas de Palma Aceitera del Fundo denominado 'Hato Sambra'. Asimismo, aceptó garantías insuficientes con ocasión del préstamo a la Cooperativa de Producción Palma Sambra, R.L.*"⁵⁴. También tenemos el caso en el que se declaró la responsabilidad administrativa de un Gobernador por las siguientes razones:

"Presunta concertación entre la Alcaldía del Municipio Pedro Zaraza del Estado Guárico, la Gobernación del Estado Guárico, quienes fungieron como ente contratante, y la empresa Ingeniería Pecha C.A., en su condición de contratista, en la celebración del Contrato N° 2002-09-070 de fecha 30 de septiembre de 2002, para la ejecución de la obra 'Ampliación de la Planta de Potabilización de Agua, ubicada en el Municipio Pedro Zaraza del Estado Guárico' por un monto de un mil doscientos ochenta y siete millones catorce mil cuarenta bolívares con ocho céntimos (Bs. 1.287.014.040,08), siendo que de acuerdo a comunicación suscrita por la empresa HIDROPÁEZ, la propuesta presentada 'no representa la mejor opción técnica y económica', razón que motivó que el 28 de octubre de 2002, la obra se paralizara y posteriormente, en fecha 02 de diciembre de ese mismo año, fue suscrita otra acta de paralización motivado al cambio del proyecto solicitado por HIDROPÁEZ. No obstante, en fecha 31 de diciembre de 2002, el ente contratante (Alcaldía y Gobernación) procedió a autorizar el pago del anticipo correspondiente al 30% del monto de la obra, equivalente a trescientos ochenta y seis millones ciento cuatro mil doscientos doce bolívares con dos céntimos (Bs. 386.104.212,02), cantidad ésta recibida por el contratista" (Sentencia N° 1056 del 03 de agosto del 2011 (SPA). Caso Eduardo Manuitt vs. CGR) (énfasis propio).

Violación al principio de rendición de cuentas.

Los supuestos agrupados bajo esta denominación implican todas aquellas conductas u omisiones que impidan la efectiva y necesaria transparencia que es implícita a la rendición de cuentas, y así incluye la negativa a suministrar los libros, facturas y demás documentos que requieran los órganos del control fiscal (numeral 24), la rendición de cuentas con datos incorrectos de forma reiterada o sin prestar las debidas facilidades (numeral 25) o el incumplimiento de las normas o instrucciones de la

⁵³ Respecto de este último supuesto ver sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo N° 912 del 5 de agosto del año 2008, por la que se confirmó la declaratoria de responsabilidad pues "al liberarse los recursos presupuestarios mediante una declaratoria de insubsistencia para destinarlos al financiamiento de créditos adicionales, se incurrió en una actuación simulada habida cuenta que se aplicó indebidamente esa figura, con el objeto de eludir la tantas veces señalada obligación de transferir fondos al Distrito Metropolitano de Caracas".

⁵⁴ Sentencia N° 929, del 12 de junio de 2014 (SPA). Caso Jorge Alfredo Castillo Santos vs. CGR.

Contraloría General de la República (numeral 26). También, hemos de incluir bajo este renglón, la expedición "ilegal o no ajustada a la verdad de licencias, certificaciones, autorizaciones, aprobaciones, permisos" (numeral 6) o cualquier otro documento relacionado con los entes públicos o con la actividad contralora. Ha de aclararse que estas certificaciones se han entendido no sólo como la emisión de lo que comúnmente llamamos "solvencias", sino además a aquellas actuaciones que certifican la correcta imputación de un gasto de acuerdo con las normas correspondientes, como "la certificación presuntamente indebida de órdenes de servicios y de pago"⁵⁵.

Violación a la normativa legal o sublegal del control interno.

Este supuesto, siguiendo lo señalado *supra* en lo que respecta a la delegación legal para el establecimiento de tipos sancionatorios, contiene una disposición de remisión respecto al no seguimiento de una "norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno" (numeral 29)⁵⁶. En tales casos como se ha expuesto, lo importante es que las conductas u omisiones estén claramente establecidas en las disposiciones ya mencionadas, de modo que no haya subjetividad en la definición del tipo. Hemos de acotar que contra este numeral se presentó un recurso de nulidad por inconstitucionalidad que fue declarado sin lugar por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo por las siguientes razones:

"Vistas las argumentaciones precedentemente expuestas, debe la Sala recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una transgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Asimismo, el legislador delega en la Administración, la posibilidad de dictar normas para su eficaz funcionamiento, de manera de evitar que las autoridades públicas se constituyan en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas previamente por él, lo que perjudicaría el cumplimiento de la gestión" (Sentencia N° 488 del 30 de marzo de 2004, Sala Constitucional, caso Freddy Orlando)⁵⁷.

⁵⁵ Vid. Sentencia N° 13 del 12 de enero del 2011 (SPA), caso Lilibeth Espinoza Díaz vs. CGR.

⁵⁶ Respecto de este numeral podemos señalar la ya comentada sentencia que declaró la responsabilidad de un funcionario por la pérdida de su arma de reglamento. Vid. Sentencia N° 872, del 17 de julio de 2013 (SPA). Caso Julio Ulises Moreno García vs. CGR.

⁵⁷ Ha de señalarse que dicha sentencia cuenta con un voto salvado del Magistrado Rondón Haaz, en el que expresó que debía declararse con lugar la nulidad, entre otras, por las siguientes razones: "En el caso de autos, la norma que se impugnó no describe, ni siquiera de manera genérica, cuáles son los ilícitos administrativos que pueden dar lugar a sanciones administrativas, ni cuáles son, concretamente, las normas cuya violación comporta una infracción, y deja al arbitrio de la Administración la absoluta determinación del contenido de esa conducta como hecho generador de responsabilidad administrativa. Con ello, es evidente que se trata de una norma en blanco que no se respeta el núcleo esencial de la garantía fundamental de la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas que preceptúa la norma constitucional y, por tanto, ha debido declararse su nulidad.

Tenemos entonces que la decisión antes citada ratifica la jurisprudencia recaída en el caso ya citado, Difiedemer, por la que se permite la delegación normativa de la Administración. Sin embargo, no queda clara la afirmación de la sentencia según la cual el cumplimiento de la ley haría de los entes u órganos administrativos "ejecutores mecánicos", pues el acatamiento de la legalidad no es *per se* algo que por su naturaleza implique una dificultad para "el cumplimiento de la gestión", sino una exigencia constitucional (artículo 137 de la Constitución). Aunque estamos de acuerdo con el fundamento de esta potestad normativa, producto de la flexibilidad que en determinadas materias, sobre todo técnicas, necesita la Administración para actuar más eficazmente, por la dificultad que implica que el legislador esté al día con los cambios constantes que se producen, sobre todo, en entornos regulatorios, por ejemplo, como las telecomunicaciones.

2.3.2. Ilícitos contra la actividad contralora

De acuerdo con lo previsto en el artículo 94 de la LOCGRSCF se pueden imponer multas a quienes incurran en los siguientes supuestos:

- 1) Quienes obstaculicen o impidan el ejercicio de las potestades de los órganos de control.
- 2) Quienes incurran, de forma reiterada en errores u omisiones en la tramitación de asuntos que deban ser conocidos por el control fiscal.
- 3) Quienes no comparecieren, sin motivo justificado, ante los órganos del control fiscal.
- 4) Quienes no envíen informes, libros y documentos a los órganos de control, a pesar de estar obligados a ello o no lo hicieren oportunamente.
- 5) Quienes, estando obligados a ello, no envíen o exhiban dentro del plazo fijado, los informes, libros y documentos que los órganos de control fiscal les requieran.
- 6) Quienes designen a los titulares de los órganos del control fiscal sin cumplir con lo establecido en la normativa correspondiente.

Como puede apreciarse, con excepción del último supuesto, todos los típicos establecidos en la ley están relacionados con la buena marcha de la actividad contralora, mientras que en el último caso se trata del debido acatamiento a una decisión en ejecución de tal actividad, por lo que se trata, también, en última instancia, que se dé cumplimiento a lo ordenado en el ejercicio de las potestades de control.

2. 4. Procedimiento.

Tanto para la formulación de reparos, como para la declaración de responsabilidad administrativa o para la imposición de multas debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 95 y siguientes de la LOCGRSCF. Del mismo modo, es aplicable el Manual de Normas y Procedimientos para la

En abundancia, este voto salvante advierte que, en este caso, la Sala se apartó de su propia jurisprudencia en relación con el principio de legalidad y de tipicidad de las sanciones administrativas. Así, en sentencia de 11-6-02 (caso la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) la Sala anuló el artículo 52 de esa Ley porque no se adecuaba al principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas e implicaba una norma en blanco".

Determinación de la Responsabilidad Administrativa y Formulación de Reparos, emitido mediante la Resolución N° 01-00-000262 del 22 de diciembre de 2011⁵⁸.

El procedimiento común a los supuestos antes descritos podemos seccionarlo en cuatro fases: 1. Fase preliminar; 2. Fase de Instrucción; 3. Fase de Decisión; 4. Fase de Ejecución.

Fase preliminar.

Esta etapa, si bien no está expresamente prevista, se deriva claramente de las disposiciones de la ley en la medida en que se exige que para el inicio del procedimiento que se tengan medios de pruebas que sustenten la posible existencia de conductas u omisiones sujetas a responsabilidad. En tal virtud, esta fase comporta todas aquellas actuaciones previas al inicio del procedimiento por el que se hacen las actuaciones de recopilación de información, determinación de medios probatorios y establecimiento del presunto o presuntos responsables de los hechos que se consideran lesivos. Esta etapa, de acuerdo con el artículo 96 de la LOGRSCF, puede iniciarse de dos maneras: en razón del ejercicio de las potestades de un órgano de control fiscal cuando tenga elementos de convicción para el inicio del procedimiento, o mediante denuncia escrita (incluso por correo electrónico), aunque en este caso, la ley exige que la misma venga acompañada de "elementos suficientes de convicción o prueba" que fundamenten presumir la responsabilidad de "personas determinadas". A nuestro entender, y aun siguiendo la literalidad de la norma, es posible una tercera opción según la cual, a consecuencia de una denuncia, la Contraloría pueda iniciar *motu proprio* una averiguación preliminar o auditoría, según el caso, y a consecuencia de esta, pueda concluir que existen elementos para el inicio del procedimiento correspondiente. En cualquier caso, y tal como lo indica el Manual de Normas y Procedimientos para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa y Formulación de Reparos establece⁵⁹ que antes de decidir si se inicia el procedimiento debe hacerse un informe que se denomina "Valoración jurídica"

Otro elemento importante de esta fase es que si de las averiguaciones preliminares se determina que pudieran estar involucrados "funcionarios o funcionarias de alto nivel de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, que se encuentren en ejercicio de sus cargos" se debe remitir el expediente a la Contraloría General de la República para que la misma examine la pertinencia de esta valoración y decida si continúa la investigación, o inicia el procedimiento, y de ser este el caso, esta queda a partir de ese momento bajo su responsabilidad, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la LOGRSCF. También debemos señalar que el dispositivo antes mencionado le permite a la Contraloría General el asumir cualquier investigación que esté siendo llevada a cabo por otro órgano de control fiscal cuando así lo estime, y a tal efecto, deben los demás órganos notificar a la Contraloría de las investigaciones que estén realizando.

Fase de instrucción.

Una vez efectuada la fase de recopilación de información preliminar, se pasa a la fase de instrucción en la que por auto motivado se inicia el procedimiento correspondiente que ha de notificarse a los interesados de acuerdo a las previsiones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El auto de apertura, de acuerdo con el artículo 98 de la LOGRSCF, debe contener lo siguiente:

⁵⁸ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.827 del 23 de diciembre de 2011.

⁵⁹ En la disposición segunda de la Sección Normas Específicas del asunto Valoración Jurídica.

- Descripción de los hechos imputados (que también pueden ser omisiones).
- Identificación del o de los sujetos presuntamente responsables.
- Indicación de los elementos probatorios y las razones que comprometen, presuntamente, la responsabilidad de los encausados.
- La orden de notificar a los interesados en el procedimiento.

La norma también indica que con la notificación "los interesados o interesadas quedarán a derecho para todos los efectos del procedimiento".

Luego, de acuerdo con el artículo 99 de la LOCGRSCF, los interesados, dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación pueden indicar en el expediente la o las pruebas que producirán en el acto público que se debe efectuar posteriormente. El artículo 100 *eiusdem* indica que se pueden proponer todos los medios que no estén expresamente prohibidos. De acuerdo con este dispositivo, el fin de este medio probatorio ha de ser el desvirtuar los elementos presentados como base para justificar el auto de apertura, aunque no necesariamente esto debe ser así, pues puede ocurrir que la prueba que se presente tenga que ver con circunstancias ajenas al procedimiento, pero que pueden tener incidencia en el mismo, como lo sería por ejemplo, la notificación al órgano de control fiscal del deceso del investigado, lo cual traería como lógica consecuencia la terminación del proceso sin que proceda el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En virtud de lo establecido en el artículo 102 de la LOCGRSCF, salvo disposición especial, las pruebas han de valorarse según las reglas de la sana crítica, es decir, la utilización de "reglas de lógica, de experiencia, sociales o de las costumbres, que permitan a los jueces estimar o apreciar una realidad"⁶⁰.

De acuerdo con el Manual de Normas y Procedimientos para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa y Formulación de Reparos, en su aparte "De las pruebas" en su disposición N° 2, indica que una vez señaladas las mismas, el órgano competente se pronunciará sobre su admisión dentro los tres días hábiles siguientes y las pruebas se evacuarán "de ser necesario" antes del acto oral y público.

Una vez transcurrido el plazo antes indicado, se fijará por auto expreso la celebración del acto oral y público por el que los interesados expresen sus defensas. Dicho acto deberá fijarse para el décimo quinto día hábil siguiente, luego de la notificación al último de los interesados (artículo 101).

Fase de decisión

Hemos separado esta fase de la instrucción a pesar de estar contenida dentro del procedimiento general porque en el mismo pueden ocurrir varias situaciones de diverso contenido, que incluso, pueden generar, el envío del expediente a otro órgano para que complemente las decisiones a adoptar, con lo cual, esta etapa puede ser ejecutada en dos instancias diferentes, como veremos de seguidas. Así, tenemos entonces que, de acuerdo con el artículo 103 de la LOCGRSCF, el mismo día en que se celebre el acto oral y público, o en todo caso, al día siguiente, la autoridad correspondiente deberá, de forma oral y pública, señalar si formula el reparo, declara la responsabilidad administrativa, impone la multa, absuelve de responsabilidad o declara el

⁶⁰ Duque, R. (1990). Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario. Caracas: ALVA. p. 294.

sobreseimiento, según el caso. En el supuesto que se haya dictado un acto para mejor proveer, una vez resuelto el mismo, se dictará la decisión en los términos ya expuestos.

Como no podía ser de otra manera en nuestro sistema jurídico, en el que prima lo escrito, se indica en el mismo artículo 103 que la decisión que se tome debe constar por escrito en el expediente, como máximo a los cinco días hábiles luego de pronunciada, y tendrá efectos de inmediato.

De acuerdo con el artículo 104, la determinación de las correspondientes responsabilidades debe pasar por una serie de pronunciamientos sucesivos, pues se indica que aún en el supuesto de que se decida no formular reparo por no existir daño patrimonial, debe también haber pronunciamiento expreso sobre si se ha incurrido en algún supuesto de responsabilidad administrativa de acuerdo a los típicos señalados en el artículo 91, y de ser así, ha de declararse la misma.

En virtud de lo establecido en el artículo 105 de la LOCGRSCF, en el caso de la declaratoria de responsabilidad administrativa, la misma será sancionada con la multa prevista en el artículo 94. Aparte de esta situación, le corresponde exclusivamente al Contralor General, de forma complementaria, en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, (a cargo de la máxima autoridad); e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años.

Tenemos entonces que, en caso de declaratoria de responsabilidad, la fase decisión puede dividirse en dos procedimientos: uno en el que el órgano contralor que lleva el caso impone la multa de acuerdo a los parámetros establecidos legalmente, y otro, en el que el Contralor General impone algunas de las sanciones ya expuestas, de acuerdo con la gravedad del ilícito cometido, que, como se ha visto, incluye tanto la destitución como la inhabilitación.

Las decisiones que finalizan el procedimiento sancionatorio agotan la vía administrativa (artículo 106), pero contra las mismas puede interponerse, de forma potestativa, el recurso de reconsideración, dentro de los quince días hábiles contados a partir del pronunciamiento de la decisión, teniendo la autoridad correspondiente otros quince días hábiles para decidir (artículo 107).

En el caso de las decisiones del Contralor General, las mismas pueden ser recurridas en vía judicial ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dentro de los seis meses siguientes a la notificación del acto. En el caso de los demás órganos de control fiscal, las competentes para conocer los recursos de nulidad contra los actos emanados de estos, son las Cortes de lo Contencioso Administrativo (artículo 108).

Lo dicho no exime la posibilidad, si se dan los supuestos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que proceda la interposición del recurso de revisión (artículo 109). En el mismo sentido, la ley es clara en cuanto a que la interposición de los recursos no suspende la ejecución de los actos dictados por los órganos contralores (artículo 110).

Finalmente, la ley declara expresamente que los procedimientos de reparo o responsabilidad administrativa en nada obstan al ejercicio de las acciones civiles y penales correspondientes, sin que pueda alegarse en los mismos el incumplimiento de alguna formalidad establecida en la LOCGRSCF (artículo 111).

2. 5. Sanciones.

2.5.1. Tipos de sanciones.

Las medidas punitivas establecidas por la ley son de tres tipos: pecuniario, de afectación al cargo e inhabilitante. El primer tipo está representado por las multas, de acuerdo con el artículo 94, pueden ser de 100 a 1000 unidades tributarias. Las segundas por todas aquellas que inciden en la titularidad o ejercicio de un cargo o público y que como se ha indicado *supra* pueden ser la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período de hasta veinticuatro meses o la destitución, y la última categoría está conformada por la inhabilitación para el ejercicio del cargo público hasta por 15 años.

2.5.2. Modos de aplicación.

En todos los supuestos anteriores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 103, a los efectos de precisar los términos individualizados de la sanción, se han de tomar en cuenta, en primer lugar, la gravedad de la falta; en segundo lugar, los atenuantes y agravantes, y finalmente, los perjuicios causados. Respecto a los agravantes, para considerarlos hemos de remitirnos al Reglamento de la Ley, que en su artículo 107 establece:

- 1) La reincidencia y la reiteración.
- 2) La condición de funcionario público.
- 3) La resistencia o reticencia del infractor para esclarecer los hechos.
- 4) La gravedad del acto, hecho u omisión que comprometió la responsabilidad del imputado.
- 5) La magnitud del perjuicio causado al patrimonio público.
- 6) El haber sido advertido acerca de la irregularidad del acto, hecho u omisión por el que se comprometió su responsabilidad.
- 7) Ser funcionario de un órgano de control fiscal.
- 8) Ser funcionario electo por votación popular.

Y por su parte los atenuantes, están descritos en el artículo 108 *eiusdem*, y significativamente, son mucho menos que los agravantes, aunque el último aparte otorga la posibilidad de establecer otros, lo cual no ocurre en el caso anterior, lo que hace concluir entonces que los agravantes son *numerus clausus*. Expuesto lo anterior, pasamos a señalar las atenuantes de acuerdo con lo dispuesto en la norma ya indicada:

- 1) No haber sido objeto de alguna de las sanciones establecidas en la Ley.
- 2) El estado mental del imputado que no excluya totalmente la responsabilidad.
- 3) Las demás atenuantes que resultaren, a juicio del respectivo titular del órgano de control fiscal o su delegatario.

La forma en que deben apreciarse y valorarse los elementos antes expuestos a los efectos de definir la sanción a imponer, está descrita en el artículo 109 del Reglamento que al efecto establece que en el caso que la multa tenga dos límites y no haya atenuantes ni agravantes, debe imponerse el término medio, o compensarse en el supuesto que haya una de cada especie, lo cual nos lleva a la misma

solución. Por otro lado, en el caso de que existiesen sólo atenuantes, debe imponerse la multa por debajo del término medio, y si sólo hay sólo agravantes, por encima del mismo.

Como resulta de lo expuesto anteriormente, de las sanciones señaladas por la ley, la que presenta mayores precisiones para facilitar su ejecución es la pecuniaria, aunque en el supuesto de suspensión hasta por 24 meses podrían utilizarse premisas similares a las multas, pues puede considerarse que en tal caso existe un rango de imposición de la sanción, lo mismo que para la inhabilitación, pero ello no es posible para la destitución. En estos últimos dos casos, una mínima racionalidad impone que, dada su gravedad, deberían reservarse entonces para situaciones en los que los tres supuestos establecidos por la ley para sopesar las sanciones, a saber, la gravedad de la falta, las atenuantes y agravantes, y finalmente los perjuicios causados, estén todos inclinados hacia una sanción más ejemplarizante, aunque por supuesto, dada la falta de elementos objetivos, al final todo esto supone una gran discrecionalidad. Y finalmente sobre el caso particular de la inhabilitación, debemos señalar, que, por tratarse de una autoridad administrativa, esta sanción ha sido particularmente cuestionada, sobre todo en el supuesto de autoridades electas por el voto popular, y en tal sentido, existe pronunciamiento expreso de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la cual en sentencia del 1° de septiembre de 2011 señaló:

"El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana"⁶¹.

Como es sabido, esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue declarada inejecutable por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante fallo del 17 de octubre 2011 (expediente N° 11-1130), entre otras razones por estimar que la inhabilitación en ese caso era administrativa y no política, pues el sujeto, si bien no podía ser titular de un cargo público, si podía, por ejemplo, "participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática"⁶². Pese a lo expuesto, debemos considerar, en primer lugar, la literalidad del artículo 23 de la Convención que expresamente señala que los derechos políticos, entre los cuales, está, por supuesto, el de poder ser elegido, pueden ser regulados en cuanto a su ejercicio mediante ley, y en los casos de "condena, por juez competente, en proceso penal". Siendo así, y tratándose de un derecho humano, la interpretación no puede ser restrictiva, sino por el contrario progresiva y a favor del ejercicio del mismo, y si bien este principio no se encuentra recogido en norma expresa de derecho interno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al encontrarse vigente para el momento en que se dictó la sentencia, debía tener prevalencia sobre las disposiciones de otras normas de carácter legal, a tenor de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución que meridianamente establece que: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la

⁶¹ Caso Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela. Vid. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/mapa-interactivo>

⁶² Vid.: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

República" tal y como fue reconocido por la propia Sala Constitucional en otra ocasión⁶³, aunque luego ha precisado que tal interpretación está sujeta a lo que ella disponga en cada caso⁶⁴.

2.5.3. Prescripción.

En general, las acciones sancionatorias o resarcitorias ejecutadas en virtud de la LOGRSCF prescriben a los cinco años (artículo 114), contados a partir de la ocurrencia de lo que origine la responsabilidad administrativa, la imposición de la multa o la formulación del reparo, según el caso, salvo en el supuesto que el infractor fuese funcionario público, pues en tal circunstancia la prescripción corre a partir de que haya cesado en el cargo que tenía para el momento de la ocurrencia de la situación irregular, y en el supuesto de que los funcionarios tengan inmunidad, la prescripción se iniciará al momento que tal inmunidad cese o sea allanada.

Pese a la claridad de la norma, debemos hacer otra consideración sobre este tema, en particular en lo que respecta a los casos en que, por un lado, un órgano de control fiscal declare la responsabilidad administrativa, y por el otro, en acto aparte y posterior, el Contralor se pronuncie por la suspensión, destitución o la inhabilitación, pues no han sido pocos los casos en los que se denuncia que transcurre mucho tiempo entre el acto que declara la responsabilidad administrativa y el posteriormente dictado por el Contralor conteniendo la suspensión, destitución o inhabilitación según el caso. Así, la Sala Político Administrativa ha hecho sobre tal particular la siguiente interpretación:

"Ahora bien, como quedó anotado supra, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no prevé expresamente un lapso de prescripción para la declaratoria de las sanciones accesorias contempladas en su artículo 105, luego de declarada la responsabilidad administrativa del funcionario de que se trate.

Por tanto, estima la Sala procedente en estos casos, dada la especialidad de la materia, aplicar el lapso general de prescripción previsto en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, **contando el término allí previsto a partir de la fecha de la declaratoria de responsabilidad**" (énfasis propio, Sentencia N° 00642, de fecha 19 de mayo de 2009, caso: David Uzcátegui Campins).

Tenemos entonces, que, de acuerdo con el criterio antes indicado de la Sala Político Administrativa⁶⁵, la prescripción respecto de las sanciones que puede imponer el Contralor se inicia a partir del momento en que se haya dictado el acto que declaró la responsabilidad. En tal sentido debemos hacer las siguientes precisiones: Como lo señala el artículo 105 de la LOGRSCF, la decisión del Contralor se tomará "sin que medie ningún otro procedimiento", es decir, que la sanción a determinar por este funcionario se hará dentro del mismo procedimiento que el que declaró la responsabilidad, siguiendo el mismo expediente y por los mismos hechos. Lo expuesto quiere decir entonces, que, a una sanción de multa, puede seguir, otra de destitución suspensión o inhabilitación dentro de los cinco años siguientes, y en tal virtud, puede ocurrir que pagada la multa o satisfecho el reparo, el funcionario corrija su conducta e incluso progrese en el escalafón correspondiente, y muy a pesar de ello, pueda ser destituido, suspendido o inhabilitado por hechos cuya sanción de multa fue

⁶³ Sentencia N° 87 del 13 de marzo de 2000, Caso C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia), en Revista de Derecho Público, N° 81, Caracas: EJV, Caracas 2000, p. 157

⁶⁴ Sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Gustavo Álvarez Arias y otros)

⁶⁵ Ratificado en sentencias posteriores, entre otras: Sentencia N° 1516 del 21 de octubre de 2009, caso Manuel Alfonso Morales Lainette, Sentencia N° 599 del 11 de mayo de 2011, caso Gerardo William Méndez Guerrero, (SPA) y Sentencia N° 376 del 24 de abril de 2012, caso Judith Hernández Buitrago, (SPA).

impuesta cuatro años atrás. En este contexto, lo que debemos destacar es que, finalmente, nos encontramos ante un solo procedimiento en el que se hace derivar dos lapsos de prescripción sucesivos, a pesar de que se trata de los mismos hechos, del mismo sujeto o sujetos, del mismo expediente y del mismo procedimiento, es decir, que sólo el cambio de órgano decisorio es lo que genera el reinicio del lapso de cinco años, y todo esto en ausencia de norma expresa que así lo señale. Consideramos que los argumentos indicados son de tal contundencia, que resulta difícil sostener el criterio manifestado por la Sala en la medida en que en los dispositivos en los que lo expresa no indica cual es la razón por la cual se inicia el lapso de prescripción de cinco años luego de la decisión sobre la responsabilidad, sino que simplemente se afirma que esto es así, cuando como hemos visto, todos los demás elementos ya mencionados evidencian que se trata de un solo procedimiento cuya única particularidad es la de tener un acto decisorio dividido entre dos órganos, lo que en nada desnaturaliza su condición única respecto de todos los otros elementos que la integran. En consecuencia, o simplemente se estima que la primera decisión de sanción no interrumpe la prescripción, o dada la gravedad de la sanción a imponer, como consideración de *lege ferenda*, ha de establecerse un lapso breve para que el Contralor tome su decisión de modo de evitar que la sanción por él impuesta no implique un desafío a la racionalidad y a la justicia.

3. Régimen sancionatorio de acuerdo con el DRVFLCP.

3.1. Tipos de sanciones.

El régimen establecido en la LOCGRSCF, antes descrito, en comparación con el establecido en el DRVFLCP, mantiene algunos paralelismos con el segundo, como veremos a continuación, sobre todo en lo que se refiere al modo de imposición de las sanciones. De la misma manera, hemos de acotar que el nuevo Decreto Ley aumenta significativamente los típicos sancionatorios respecto de los funcionarios públicos. Así, tenemos que en el DRVFLCP, como en la anterior Ley de Contrataciones, se divide los tipos sancionatorios según el sujeto, y en tal sentido los clasifica entre aquellos destinados a los funcionarios públicos (artículo 166) y los aplicables a los particulares (artículo 167), como consecuencia de ello, organizaremos este capítulo con los subtítulos pertinentes a cada una de esas partes.

3.2. Sanciones para los funcionarios públicos.

De acuerdo con la Ley anterior, en la que se indicaba que “Independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa” se impondrían multas a los funcionarios de acuerdo a los supuestos previstos en el artículo 138, lo que inmediatamente generaba la pregunta respecto a qué tipo de responsabilidad entonces nos encontrábamos en estos supuestos⁶⁶. Tal situación, que indudablemente era un error, ha sido corregida en el texto vigente en el que se señala que “se consideran supuestos generados de responsabilidad administrativas”, los típicos que luego se pasa a enumerar.

⁶⁶ El tipo de responsabilidad en este caso, respondía a algo más que a una simple curiosidad teórica, pues existían consecuencias prácticas según el tipo de responsabilidad de que se tratara, ya que sin ir muy lejos, se podía invocar el principio *non bis in idem* en aquellos casos en los que se presentaran supuestos de hecho similares regulados tanto en la derogada Ley de Contrataciones como en la LOCGRSCF. Otro problema que traía consigo la falta de definición de la derogada Ley de Contrataciones, era el que se podía invocar la aplicación de la sanción más benigna entre las establecidas en los instrumentos normativos citados, lo que demuestra una vez más que no se trata entonces de especulaciones meramente intelectuales.

En la ley derogada, se tenía prevista una sanción de multa entre 100 a 500 unidades tributarias, mientras que ahora con la determinación que el incurrir en las conductas tipificadas en el artículo 166 generan responsabilidades administrativas, las sanciones son las previstas para este tipo de responsabilidad en la LOCGRSCF (100 a 1000 unidades tributarias) y de acuerdo con el procedimiento establecido en ella, tal y como lo determina la parte *in fine* del artículo antes mencionado.

Los típicos sancionatorios que en la Ley derogada eran apenas 5 pasan ahora a ser 17, los cuales podemos agrupar en las siguientes categorías:

3.2.1. Típicos vinculados con las actividades previas al contrato.

Bajo este renglón, dentro del artículo 166, encontramos todos aquellos ilícitos relacionados con el proceso de contratación, y en su mayoría se refieren a omisiones por parte de los funcionarios, a saber:

1. El omitir las actividades previas al proceso de selección de contratistas (numeral 1).
2. Dejar de aplicar la modalidad de selección que corresponda según la ley (numeral 2).
3. Omitir la elaboración del presupuesto base para la aplicación de las modalidades de selección de contratistas (numeral 4).
4. No someter a la Comisión de Contrataciones los informes de recomendación por consulta de precios en plan excepcional o derivados de modalidades de concursos cerrados fallidos, de acuerdo con el monto (numeral 9).
5. No someter a la Comisión de Contrataciones, para que emita su opinión, los actos motivados que se elaboren para las contrataciones directas de acuerdo con su monto (numeral 10).
6. Incumplir con las medidas temporales para la inclusión, promoción, desarrollo y preferencias a los pequeños y medianos actores económicos (numeral 12).
7. Seleccionar la modalidad de contratación directa o consulta de precios violando lo establecido en el Decreto Ley o en su reglamento (numeral 13).
8. Aprobar o negar de manera injustificada la calificación del Registro Nacional de Contratistas o incumplir con los plazos establecidos para ello (numeral 14).

Como puede apreciarse, el DRVFLCP pone énfasis, en la mayoría de los casos, en tipificar aquellos ilícitos que conduzcan a la escogencia de una modalidad de selección que no se corresponda con lo exigido por la norma según el tipo de servicio u obra a contratar, al punto que existen situaciones antijurídicas que se solapan, como lo sería el caso del numeral 2 (no aplicar la modalidad de selección que corresponda) y el numeral 13 (escoger la modalidad de contratación directa o consulta de precios *contra legem*). Vinculado a ello también se encuentran aquellos típicos en los que ha de darse sustento a la decisión de aplicar una modalidad de contratación que en principio tenía otro cauce (numerales 9 y 10). Esto implica un cambio significativo respecto de la ley derogada, pues esta sólo consideraba punible la escogencia ilegal de la modalidad de contratación directa o consulta de precios.

3.2.2. Típicos generados luego de terminado el procedimiento de selección de contratistas.

Bajo este apartado, el DRVFLCP establece las siguientes definiciones en el artículo 166:

1. El no solicitar o recibir el compromiso de responsabilidad social o destinarlo de forma diferente a la prevista (numeral 5).
2. No ejercer las potestades de control del contrato (numeral 7).
3. No realizar el cierre administrativo del contrato (numeral 8).

Dadas todas las vicisitudes a las que está expuesta un contrato, resulta llamativo que sólo respecto a su ejecución directa se establezca un único supuesto, cuando, por ejemplo, el retraso de un pago de forma injustificada o el control fraudulento o ineficiente del contrato son supuestos muy graves que no se encuentran previstos en la normativa, y esto sólo por mencionar algunos de los muchos múltiples casos que por responsabilidad de los funcionarios puede afectar la ejecución de una obra o servicio.

3.2.3. Típicos que pueden ocurrir en cualquier momento.

En este renglón, el DRVFLCP en su artículo 166 señala estos casos:

1. Inobservar o contravenir los principios establecidos en el DRVFLCP (numeral 3).
2. Incumplir con los lapsos establecidos en la ley sin que se emitan los correspondientes actos motivados que justifiquen estos retrasos (numeral 6).
3. Omitir la verificación de la suficiencia de las garantías (numeral 11).
4. Negar el acceso a los expedientes a los interesados (numeral 15).
5. Incumplir con el deber de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones la información requerida (numeral 16).
6. Cuando la máxima autoridad se abstenga injustificadamente de declarar la nulidad de un acto o contrato (numeral 17).

De los supuestos antes indicados, sólo enfatizaremos el del numeral 3, pues el incumplimiento de los principios del DRVFLCP, que podemos encontrar enunciados en el artículo 2 del mismo, en muchos casos no depende de la voluntad individual de un funcionario, y a este respecto, resulta entonces difícil la determinación de responsabilidades concretas, y así tenemos, por el ejemplo, el principio según el cual ha de priorizarse el uso de medios electrónicos, hecho que por lo general no corresponde decidir al funcionario que lleva la operatividad del proceso de selección de contratistas, pues depende de que cuente con las herramientas necesarias para poder hacer efectivo el uso de esos medios electrónicos. Lo dicho, de forma general, es aplicable prácticamente en el resto de los supuestos relativos a los principios de la ley, cuyo acatamiento final está condicionado en gran medida a las máximas autoridades de las entidades u órganos de la Administración más que a las autoridades o funcionarios que se desenvuelven en el ámbito operativo, por lo que estimamos que dicha distinción debió ser incorporada en esos términos.

Finalmente, no debemos dejar de mencionar que existen conceptos que en la práctica administrativa resultan de difícil evaluación, como sería el caso de la eficiencia, pues en muchos casos y desde hace mucho tiempo, los ciudadanos que viven en Venezuela no esperan de la Administración el mejor y más rápido resultado, sino algún resultado, y en tal sentido el pragmatismo debe privar, y sin renunciar al deber-ser, los ciudadanos han de exigir el mejoramiento progresivo de la calidad de los resultados de la actividad administrativa. Pese a lo expuesto, tenemos que, en los Informes de la Contraloría General de la República, órgano llamado a evaluar el desempeño de la Administración⁶⁷, este particular concepto no es evaluado, a pesar de ser un mandato de rango constitucional de acuerdo con el artículo 141 del Texto Fundamental.

3.2.2. Competencia.

⁶⁷ De acuerdo con el segundo aparte del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal: “La Contraloría, en el ejercicio de sus funciones, verificará la legalidad, exactitud y sinceridad, así como la eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones y de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control”.

Llama la atención que el artículo 166 del DRVFLCP, si bien, a diferencia de la ley anterior, señala cuál es el procedimiento para imponer o no las sanciones en él previstas, omite la mención del órgano competente para imponerlas, y dado que se indica que los ilícitos allí mencionados generan responsabilidad administrativa y el procedimiento para aplicar las sanciones es el previsto en la LOCGRSCF, ante el silencio normativo consideramos que tal potestad estaría en manos de la Contraloría General de la República y de los órganos que comprenden el Sistema Nacional de Control Fiscal de acuerdo con el artículo 26 *eiusdem*.

Pese a lo expuesto, y como evidencia de las debilidades de una estructura normativa disgregada, tenemos que de acuerdo con el Informe de Gestión de la Contraloría General de la República correspondiente al año 2014, este organismo no impuso sanción alguna por comisión de los ilícitos previstos en el artículo 166 *in comento*⁶⁸. Antes bien, se pone de manifiesto el solapamiento entre instrumentos normativos, pues si bien se impusieron multas por: “La adquisición de bienes y la contratación de servicios con inobservancia total del procedimiento de selección de contratista, según lo previsto en la Ley”, esto se sancionó de acuerdo con el ilícito previsto en el numeral 1 del artículo 91 de la LOCGRSCF⁶⁹, a pesar de que tal enunciado cabe perfectamente en el numeral 2 del artículo 166 del DRVFLCP (“Dejar de aplicar la modalidad de selección de contratista correspondiente conforme a la ley”).

Lo expuesto también ocurre en el supuesto del numeral 3 del artículo 91 de la LOCGRSCF que establece que es un ilícito: “El no haber exigido garantía a quien deba prestarla o haberla aceptado insuficientemente” lo que es muy similar, sobre todo en su parte final, al numeral 11 del artículo 166 del DRVFLCP, que se refiere a: “Omitir la verificación de la suficiencia de las garantía que se requiera o no las haga valer oportunamente”, con lo que la dicotomía de sanciones pone de manifiesto un sistema de sanciones sin articulación.

3.2.3. Procedimiento.

Como se ha señalado previamente el procedimiento es el previsto en la LOCGRSCF, y en este particular, debemos hacer mención a lo relativo al lapso de prescripción de las sanciones contenidas en el DRVFLCP que al respecto nada dice, por lo que tendría que aplicarse de forma analógica la disposición contenida en el artículo 114 de la LOCGRSCF, es decir, que la posibilidad de ejercer las potestades sancionatorias prescribiría cuando haya transcurrido el lapso de 5 años, según el caso, luego de ocurridos los hechos o desde el momento en que el funcionario deje de serlo, en el caso de que el investigado tenga tal condición.

3.3. Sanciones a los particulares.

Lo que se corrigió en el artículo 166 del DRVFLCP respecto a declarar que los ilícitos en él descritos generaban responsabilidad administrativa respecto de la ley anterior, no ocurrió en el artículo 167, pues se repite la fórmula de la ley derogada según la cual se impondrían las sanciones en él previstas “sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y penal”, con lo que automáticamente se genera la pregunta respecto a qué tipo de responsabilidad entonces se produce al incurrir en algunos de los típicos descritos en el artículo mencionado. Estimamos que de acuerdo con el numeral 12 del artículo 9 de la LOCGRSCF: “Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o

⁶⁸ La única otra norma por la que se impusieron sanciones de acuerdo con este informe fue el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁶⁹ De acuerdo con el Informe de Gestión correspondiente al año 2014, en ese lapso se impusieron 15 multas por este supuesto.

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** (resaltado nuestro) están sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría y ello necesariamente nos conduce a concluir que estamos en presencia de unos supuestos de **responsabilidad administrativa**.

Una posible explicación para no calificar la naturaleza de las sanciones establecidas en el artículo 167 quizá tenga que ver con el hecho que la responsabilidad administrativa se entiende también como un tipo de sanción en sí misma, pues a ello da pie la propia LOCGRSCF cuando en su artículo 81 señala que luego de realizadas las investigaciones correspondientes se debe proceder al archivo del expediente o al procedimiento para “la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda”, cuando en realidad tanto los reparos como las multas son consecuencias naturales, no opcionales, de la existencia de una actuación u omisión generadora de responsabilidad administrativa, pues así lo señala el artículo 105 de la LOCGRSCF cuando indica que: “La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94”, por lo que ante esta confusión en el manejo de los términos podría explicarse el porqué de la redacción manifiestamente incongruente del artículo 167 del DRVFLCP, pero evidentemente no la justifica pues se trata claramente de sanciones administrativas generadas por la existencia de una responsabilidad de la misma naturaleza.

Dicho lo anterior, tenemos que de acuerdo con el artículo 167 del DRVFLCP se consideran como faltas las siguientes:

1. Cuando el contrato sea rescindido por incumplimiento o por cualquier otra causa imputable al contratista.
2. Cuando por causas que le sean imputables al contratista, incumpla cualquier obligación legal, o que hubiere asumido para con el contratante, aun cuando no hubiere rescisión del contrato.
3. El suministro o presentación de información o documentación falsa, sea ante los contratantes o sea ante el Servicio Nacional de Contrataciones.
4. El retirar ofertas durante su vigencia.
5. Cuando los beneficiarios de una adjudicación no suscriban el contrato dentro del lapso previsto.
6. Cuando se incurra en prácticas de mala fe o empleen prácticas fraudulentas en los trámites y procesos regulados en el Decreto-Ley.

Sobre este artículo debemos destacar la mejora que representa respecto de la ley derogada, pues en este supuesto, en el artículo 139 de ésta, sólo se mencionaba de forma genérica que podía proceder la sanción si en la evaluación del contratista se determinaba que este había incumplido “con las obligaciones contractuales”, es decir, no se indicaba nada respecto del incumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias del contratista.

3.3.1. Tipos de sanción.

Las sanciones por incurrir en algunos de los supuestos establecidos en el artículo 167 del DRVFLCP, se dividen, de acuerdo a lo establecido en el artículo 168 en sanciones pecuniarias e inhabilitantes. Las de tipo pecuniario son muy particulares, pues en vez de imponerse considerando la gravedad de la falta, es decir, las atenuantes y agravantes, se establece que debe aplicarse una multa única de 300 unidades tributarias, lo cual desde nuestra perspectiva no tiene sentido alguno, pues no hay

posibilidad de adecuar la sanción al grado de responsabilidad y al contexto de los hechos de cada caso.

Las sanciones inhabilitantes a su vez se dividen según el destinatario, pues varían si este es una persona jurídica o una persona natural. En el caso de las personas jurídicas la sanción implica la inhabilitación “para contratar con el Estado” que puede ser de 6 meses a 4 años según los siguientes supuestos:

- 3 años cuando el contrato se rescinda por incumplimiento de acuerdo con el DRVFLCP.
- 3 años cuando por causas imputables al contratista, se incumpla con “cualquier otra obligación prevista en la normativa que regule la materia en contrataciones públicas, o que hubiere asumido para con el contratante, aun cuando ello no comporte rescisión del contrato.
- 3 años en caso de suministro o presentación de información o documentación falsa ante los contratantes.
- 6 meses cuando retiren ofertas durante su vigencia.
- 2 años cuando siendo beneficiario de la adjudicación no suscriban el contrato dentro del plazo establecido.
- 4 años cuando incurran en prácticas de mala fe o empleen prácticas fraudulentas en los trámites y procesos regulados por el DRVFLCP.

Esto representa un cambio respecto de la ley derogada, pues esta, en su artículo 139 establecía rangos de sanciones, y así por ejemplo el supuesto de suministrar información falsa tenía una sanción de inhabilitación entre tres o cuatro años, lo cual tenía sentido pues, en teoría, permitía la imposición de la sanción considerando las agravantes y atenuantes. Afirmamos que esa era una posibilidad teórica pues en todas las sentencias en la que analizó este supuesto el Servicio Nacional de Contrataciones siempre impuso la sanción más gravosa sin hacer consideraciones sobre tal situación. Tal posición, que estimamos contraria a derecho, pues no se corresponde con el principio de proporcionalidad que es obligatoria aplicación por disposición del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como se indicó *supra*, fue confirmada por la Sala Político Administrativa al afirmar que:

“...observa la Sala que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Contrataciones Públicas, corresponde al Servicio Nacional de Contratistas, imponer la sanción de suspensión en el Registro Nacional, debido al incumplimiento del contrato, por un lapso entre dos (2) a tres (3) años **no estableciendo agravante alguna y dejando a discreción de la Administración determinar el tiempo de suspensión**” (Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 474 del 29 de abril de 2015, caso Inversiones El Timón, C.A.) (énfasis propio).

Continuando con el nuevo esquema de sanciones establecido en el DRVFLPCP, de acuerdo con el mismo artículo 168*eiusdem*, la inhabilitación se concretará con la suspensión de la inscripción ante el Registro Nacional de Contratistas, aunque ello no debería ser suficiente dado que existen varios supuestos, de acuerdo con el artículo 49 del DRVFLCP que permiten la contratación sin necesidad de estar calificado en el Registro Nacional de Contratistas. Esto es reafirmado por el artículo 48 cuando señala el monto a partir del cual las contrataciones deben ser con empresas calificadas en el Registro Nacional de Contratistas y que no estén inhabilitadas. Ello es importante por cuanto las excepciones de calificación son muchas y no sólo por el monto de la contratación, pues, por ejemplo, no necesitan estar en el Registro los servicios profesionales (por remisión al artículo 5 del DRVFLCP del numeral 3 del artículo 49*eiusdem*). Siendo así, no bastaría en cualquiera de los casos de exclusión del requisito de inscripción en el Registro Nacional de Contratistas se señale que no hace

falta que las empresas estén calificadas en el mismo, sino que en los manuales de procedimientos debe incluirse la obligación de constatar que, aún en tales casos, se confirme que ninguna de las empresas participantes esté inhabilitada.

Lo mismo que en el caso de la multa única, la determinación directa de la sanción de inhabilitación sin que puedan considerarse las atenuantes y agravantes correspondientes, viola el principio de proporcionalidad de las sanciones y la adecuación de las mismas a los hechos del caso concreto. Así por ejemplo, no puede tener la misma sanción la entrega de unos estados financieros adulterados que la entrega de una cédula de identidad de un socio minoritario que dejó de serlo, porque el mismo fue sustituido durante el proceso de selección de contratistas. Ambos supuestos, objetivamente, constituyen la entrega de una documentación que no corresponde a la realidad de la empresa (numeral 3 del artículo 167), pero no cabe duda que la gravedad del ilícito es muy diferente en uno y otro caso.

Mención aparte merece la sanción de inhabilitación para personas naturales, primero, porque es una “extensión” según los términos de la norma de la inhabilitación de las empresas y segundo, porque se indica que la inhabilitación “será extensiva a personas naturales que participen como socios, miembros o administradores dentro de la conformación y organización, de los inhabilitados”. Además de la pésima redacción, debemos indicar que esta sanción presenta serias deficiencias de fondo que pasamos a enumerar:

1) Se trata de una sanción en la que los sujetos no están claramente identificados, hecho particularmente grave, porque en el proceso administrativo previo se le notifica a la empresa o persona jurídica para que esta se defienda de las irregularidades que se le imputan, pero en ningún momento se señala que deben defenderse sus socios, administradores o “miembros” según el tipo de persona jurídica de que se trate. La parte *in fine* del artículo 168 sólo indica que ha de notificarse “al contratista” con lo que no exige entonces que los socios, administradores o miembros sean notificados que se encuentran dentro de un procedimiento por el cual se puede derivar la posibilidad de quedar inhabilitados para contratar con el Estado. La sola enumeración de estos sujetos pone en evidencia la indefensión en la que se deja a estas personas que se encontrarán con una sanción de inhabilitación sin haber sido necesariamente notificadas de manera individualizada, de los hechos que se le achacan, lo cual es de obligatorio cumplimiento en ejecución del mandato constitucional contenido en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República.

2) Estas inhabilitaciones son normas genéricas, que dan lugar a todo tipo de interpretaciones subjetivas, pues no existe identificación clara de los sujetos que son sus destinatarios, y lo referimos, sobre todo para el caso de los conceptos denominados “administradores” y muy particularmente para quienes se denominan “miembros”. Esta última definición no se encuentra en el Código de Comercio, aunque puede ser correcta para una fundación, pero podría quedar a la discrecionalidad de la Administración el señalar quiénes, según su parecer, deben ser notificados en nombre de la persona jurídica objeto de la sanción, lo que puede causar indefensión.

3) La sanción para los socios, sobre todo en los supuestos de empresas que tenga acciones en el mercado bursátil es, a todas luces, ilógica por cuanto puede haber cambios constantes en la titularidad de las acciones sin que los nuevos propietarios tengan nada que ver con las decisiones de administración o disposición de la empresa, pero de acuerdo con la literalidad de la norma es posible que todo un conglomerado de miles de pequeños accionistas se vea

afectados por una sanción de inhabilitación por decisiones a las que fueron totalmente ajenos.

4) Tampoco señala la norma qué pasa en los casos en que los socios, administradores o “miembros” lo sean de otras empresas que no se encuentren inhabilitadas ni sancionadas. Esto es particularmente importante en el caso de que los sancionados sean accionistas mayoritarios de estas empresas, pues al encontrarse inhabilitados personalmente tampoco podrían suscribir contratos en nombre de otras personas jurídicas, distintas de las originalmente sancionadas. En tal supuesto, queda la duda entonces sobre qué ocurriría con estas empresas que no han cometido irregularidad alguna⁷⁰.

Lo mencionado sólo pone en evidencia los problemas prácticos que una decisión como la analizada, puede traer al no estar realmente concebida dentro de un sistema coherente y estructurado que le permita ser eficaz y cumplir con la defensa de los bienes jurídicos que están bajo su protección, sino que se trata de medidas aisladas y sin mayores elementos constitutivos que permitan un ejercicio racional de las potestades públicas.

3.3.2. Competencia y procedimiento.

En este caso, a diferencia de las sanciones para los funcionarios públicos, el DRVFLCP indica que la competencia para imponer sanciones se divide entre el ente u órgano contratante y el Servicio Nacional de Contrataciones. Así, el artículo 168 *eiusdem* señala que, en caso de incurrir el contratista en alguno de los supuestos enumerados anteriormente, el contratante aplicará una multa de 300 unidades tributarias, “previa sustanciación del respectivo procedimiento administrativo”. El acto que así lo establezca deberá ser remitido al Servicio Nacional de Contrataciones junto con la constancia de la notificación al sancionado, y será este Servicio el que decida si proceden o no las inhabilitaciones.

En relación con el procedimiento, consideramos que el aplicable es el establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y no el de la LOCGRSCF, ya que la multa no la impone un ente u órgano del Sistema de Control Fiscal, pues el ente u órgano que sustancia el procedimiento actúa en su condición de contratante, y en el caso del Servicio Nacional de Contrataciones, porque el artículo 7° del DRVFLCP señala expresamente que las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se aplicará de forma supletoria en caso de no haber procedimiento establecido en el DRVFLCP. Respecto a la decisión del Servicio Nacional de Contrataciones sobre la imposición o no de la sanción de inhabilitación, no procede procedimiento alguno, como lo indica la literalidad del artículo 168, lo cual ha sido confirmado por la Sala Político Administrativa, que en tal sentido ha señalado lo siguiente:

“No era menester sustanciar un procedimiento administrativo para suspender a la empresa del Registro Nacional de Contratistas, dado que dicha sanción es de carácter accesorio y objetivo cuya imposición tiene lugar con posterioridad al procedimiento que origina la

⁷⁰ Lo peor de la situación es que aún en su estado actual la redacción del artículo 168 representa una mejora respecto de la ley derogada en cuyo artículo 139 se establecía la inhabilitación de los “responsables” de las empresas “para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales pueda contratar con la administración pública”, con lo cual la inhabilitación no sólo era para contratar con el estado sino prácticamente para cualquier empresa pues sólo podía ser accionista de aquellas cuyo objeto social prohibiese la contratación con el estado, pues cualquier otra fórmula abierta de actos comerciales podía implicar una “potencial” contratación con entidades u órganos públicos, lo cual pone de manifiesto lo ajeno a la más mínima racionalidad de la norma citada.

rescisión del contrato (ver, entre otras, sentencia de esta Sala número 0411 del 24 de abril de 2013)” (Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 407 del 22 de abril de 2015, caso RP SUPLIDORES, C.A.) (énfasis propio).

Otro elemento a destacar es que en el artículo 168 se indica expresamente que en el procedimiento para la determinación o no de las sanciones para los particulares “no se analizarán causas de fondo que hubieren motivado la decisión del contratante”, con lo cual nace la pregunta sobre cuál podría ser entonces la defensa tanto de la empresa como de los socios, administradores y miembros que puede ser inhabilitados.

Esta norma implica la existencia de un supuesto de responsabilidad objetiva sobre los particulares, es decir, sin tomar en cuenta la existencia de culpa por parte del supuesto infractor y sólo considerando una decisión previa que no puede revisarse ni ser contradicha. Así, en el caso más común, esto es, el de rescisión de contrato por incumplimiento, nos encontramos con que cualquier defensa se basará en las posibles irregularidades de dicha rescisión, pero al estar vedado alegar esto por la prohibición antes indicada, se deja en total indefensión a los investigados. A esto se agrega, que, en el caso de las personas naturales, no necesariamente implica la participación de estas en el contradictorio correspondiente, lo que viola el derecho constitucional que tienen estas personas naturales de ser notificadas “de los cargos por los cuales se les investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa”⁷¹.

Finalmente debemos hacer mención a lo establecido en el artículo 168 respecto a que las sanciones establecidas en sus numerales 2,3,5 y 8, esto es, las inhabilitaciones de 2 a 4 años, con excepción de la de 3 años generada por la rescisión del contrato por incumplimiento (numeral 1) y la de inhabilitación de 6 meses (numeral 4) pueden ser impuestas por el Servicio Nacional de Contrataciones “a título de sanción principal y previa sustanciación del respectivo procedimiento”, lo cual nos lleva al reiterado tema sobre el tipo de responsabilidad que estas sanciones acarrearán, y al ser de naturaleza administrativa, como hemos indicado previamente, y considerarse, además, en este supuesto, como sanciones principales, no permitirían entonces la aplicación de otras sanciones administrativas como las establecidas en la LOCGRSCF, pues de hacerlo se violaría el principio *non bis in idem*⁷², ya que las sanciones mencionadas son de la misma naturaleza. Esto pone de manifiesto, una vez más, la falta de estructuración del régimen sancionatorio en materia de contrataciones públicas que hemos puesto en evidencia en este trabajo.

4. A modo de conclusión.

Hecha esta descripción somera de las principales características del régimen sancionatorio vinculado con las contrataciones públicas hemos de destacar lo siguiente:

1. El régimen sancionatorio de la contratación pública venezolana carece de coherencia y una estructura homogénea que facilite su ejecución y la aplicación de sus sanciones en los casos en los que sean procedentes.
2. No existen elementos objetivos que permitan establecer de manera sistemática y con criterios claros y homogéneos las sanciones más graves, por lo que hay grandes diferencias en su aplicación que muestran un grado importante de discrecionalidad, o lo que es lo mismo, de subjetividad, lo que puede conducir a la arbitrariedad.

⁷¹Una vez más nos encontramos con el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República.

⁷² Numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República.

3. La dispersión de las sanciones en varios instrumentos normativos hace que los mismos tipos se repitan con sanciones diferentes, lo que dificulta la aplicación de estas y genera dudas razonables en los entes y órganos responsables de aplicarlas y en los sujetos pasibles de estos procedimientos.
4. En el caso del DRVFLCP existen sanciones como la multa única que no responde al principio básico de proporcionalidad, así como la de inhabilitación para formar parte de una persona jurídica, supuesto este último cuya caracterización es tan deficiente que es prácticamente imposible de ejecutar dentro de parámetros mínimos de racionalidad.
5. En general, es necesaria la implementación de políticas legislativas que hagan más homogéneo y estructurado el régimen legal aplicable a las contrataciones públicas, de modo que el mismo sea equilibrado en cuanto a la determinación de responsabilidades, tanto de los funcionarios como de los contratistas, con parámetros claros y respetuosos de los preceptos constitucionales sobre el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, eliminando en esta materia la discrecionalidad de la Administración.