LOS RECURSOS CONTRA EL AUTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA *

MANUEL RACHADELL

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO
- A. Antecedentes. B. La responsabilidad administrativa como forma autónoma de responsabilidad. C. Evolución de los efectos del auto de responsabilidad administrativa. a. Primera etapa: un auto sin efectos jurídicos. b. Segunda etapa: un auto con efectos jurídicos en discusión. c. Tercera etapa: los efectos actuales del auto de responsabilidad administrativa. D. Las normas que rigen el procedimiento constitutivo del auto de responsabilidad administrativa.
- II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RES-PONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
- A. El órgano que produce el acto. B. Las normas que regulan los recursos administrativos. a. Problema de la Ley preferente en la regulación de los recursos administrativos. b. Regulación del Recurso de Reconsideración. c. Regulación del Recurso Jerárquico. d. Regulación del Recurso de Revisión. e. Normas comunes para los diferentes recursos. f. La fundamentación de los recursos.
- III. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARA-TORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
- A. Diferentes clases de recursos en vía jurisdiccional. B. Tribunal competente para conocer del Recurso.
- IV. ASPECTOS COMUNES A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIO-SO-ADMINISTRATIVOS
- A. Problemas relacionados con la ejecución de las sanciones administrativas y la suspensión de los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa. a. La ejecución de las sanciones disciplinarias derivadas del auto de responsabilidad administrativa. b. La

^{*} Este trabajo fue publicado en la edición de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, Nº 2, Caracas, 1983, pp. 79 a 122.

ejecución de la sanción de multa derivada del auto de responsabilidad administrativa. c. El principio solve et repete y la sanción de multa. B. Problemas relativos a la ausencia de tipicidad y a las facultades discrecionales de la Contraloría. a. Ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo. b. Otras facultades discrecionales de la Contraloría. c. Los límites a los poderes discrecionales de la Contraloría. C. Problemas relativos al control de la necesidad del gasto y al control de precios. a. El control de la necesidad del gasto. b. El control de los precios.

INTRODUCCION

En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (en lo adelante LOSPP), se establece, entre los deberes y atribuciones de la Contraloría General de la República, los siguientes:

Realizar y sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la presente Ley o de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley (Art. 22, num. 3º).

Declarar la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella (Art. 22, num. 4º).

Las sanciones pecuniarias a que se refiere la norma transcrita son las multas contempladas en el Título IV ejusdem, las cuales oscilan entre un mil y cincuenta mil bolívares, por una parte, y entre diez mil y quinientos mil bolívares, por la otra, según el caso de que se trate. Cuando impuesta una sanción de multa, sea imposible su cobro a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República podrá acordar su conversión en arresto (Art. 43, LOSPP), de conformidad con la regla prevista en el artículo 106 de la ley, esto es, a tazón de un día de arresto por cada mil bolívares de multa. Además, las faltas administrativas contempladas en los ordinales 1º al 9º del artículo 41 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y que dan origen a la declaratoria de responsabilidad administrativa, se convierten en tipos penales cuando los funcionarios que incurren en ella, "por sí o por interpuesta persona se procuren alguna utilidad, ventaja o beneficio económico", tal como lo dispone el artículo 78 de la LOSPP.

Adicionalmente cabe señalar que la declaratoria de responsabilidad administrativa tiene un efecto desencadenante en cuanto a la responsa-

bilidad disciplinaria, civil y penal, tal como hemos tenido ocasión de analizar en otro lugar.¹

Por estas razones, y consagrado como ha sido en nuestra Constitución el derecho a la defensa, interesa formular algunas consideraciones sobre las normas y principios legales en que puede fundamentarse un funcionario público sometido a investigación por el Organo Contralor, o declarado responsable en lo administrativo por el mismo, para realizar su defensa en vía administrativa o en vía jurisdiccional.

A estos fines, estudiaremos, en primer lugar, la declaratoria de responsabilidad administrativa como acto administrativo; en segundo lugar, los recursos administrativos contra dicho acto y, por último, la impugnación del mismo en vía jurisdiccional.

LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO

A. Antecedentes

En el inicio de nuestras instituciones republicanas se adoptó un sistema de control sobre las finanzas públicas a imagen y semejanza del modelo europeo: por una parte, se dejó al Poder Ejecutivo el control previo y posterior sobre los compromisos, los pagos y los ingresos públicos; por la otra, se creó, conforme a la ley del 14 de octubre de 1830, el Tribunal de Cuentas, con las atribuciones de examinar las cuentas de los funcionarios de hacienda, formular reparos a las mismas, condenar al pago de los reintegros a que hubiere lugar, hacerlos efectivos y expedir los correspondientes finiquitos.

Por virtud de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 4 de junio de 1918, se suprimió el Tribunal de Cuentas y se organizó el control de las finanzas públicas así: de un lado se creó la Contaduría General de Hacienda, dependiente del Ministerio de Hacienda, con las funciones de centralizar, controlar y examinar las cuentas de ingresos, egresos y bienes nacionales; del otro, se asignó al Tribunal Superior de Hacienda la competencia para conocer de los juicios de cuentas contra los funcionarios de Hacienda cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparo y no convinieren en aceptar dichos reparos y pagar los alcances.

^{1.} Vid. Rachadell, Manuel: "Naturaleza y Efectos de la Declaratoria de Responsabilidad Administrativa", en Libro Homenaje al Profesor Moles Canbel. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

Una nueva reforma se produjo en esta materia con la promulgación de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 15 de julio de 1938. Con este instrumento se creó la Contraloría General de la República, lo cual significó un abandono parcial del modelo europeo que se había seguido en el control de las finanzas públicas. En efecto, la Contraloría General de la República se constituyó como un "organismo administrativo autónomo", en relación al Poder Ejecutivo, a imitación de la "Contraloría General de la República" de Chile, creada en 1927, e inspirada a su vez en el sistema del "General Audit" americano.² A estos fines, se atribuyeron a nuestra Contraloría las funciones de la Contaduría General de Hacienda (Sala de Centralización y Sala de Examen), a las cuales se agregó la Sala de Control que se creó en la reforma de 1938.

B. La responsabilidad administrativa como forma autónoma de responsabilidad

En la administración comparada la responsabilidad de los funcionarios públicos asume generalmente tres tipos: civil, penal y administrativa o disciplinaria. Entre nosotros, la responsabilidad administrativa es diferente de la responsabilidad disciplinaria, pues mientras esta última es declarada por el órgano de la Administración con potestad disciplinaria, esto es, el superior jerárquico, la responsabilidad administrativa es pronunciada por un órgano de control fiscal externo a la Administración.

La existencia en nuestro país de cuatro tipos de responsabilidad es consecuencia, en parte, de la evolución que hemos señalado antes en cuanto al control de las finanzas públicas, y, en alguna medida también, en que el Poder Ejecutivo no ha sido suficientemente diligente para sancionar con severidad las faltas de sus funcionarios, o ha privado el "espíritu de cuerpo", la solidaridad o la complicidad en la Administración, por lo cual ha sido necesario atribuir potestades sancionatorias a órganos administrativos (no judiciales) diferentes a la Administración activa. Así pues, el incumplimiento de los funcionarios públicos a los deberes de sus cargos puede ser sancionado judicialmente, mediante una sentencia, cuando se dan condiciones para que proceda la responsabilidad civil o penal; o puede ser sancionado administrativamente, esto es, mediante un acto administrativo. El acto administrativo

Véase: Guy Braibant, Nicole Questiaux y Céline Wiener: Le Controle de l'administration et la protection des citoyens, publicación de la Bibliotèque de l'Institut International d'Administration Publique. Cujas, París, 1973, p. 227.

sancionatorio contra el funcionario público puede ser pronunciado por el superior jerárquico a quien corresponda, cuando se dan los supuestos de la responsabilidad disciplinaria o puede emanar del órgano contralor, cuando se configura la hipótesis para que la responsabilidad administrativa se haga procedente. En ambos casos la responsabilidad proviene de un acto administrativo, pero la naturaleza, los efectos, las vías de impugnación de ambos actos son diferentes, así como también son distintos los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde conocer de los recursos respectivos.

C. Evolución de los efectos del auto de responsabilidad administrativa

Estimamos importante señalar que ha habido una variación muy significativa en los efectos del auto de responsabilidad administrativa que declara la Contraloría General de la República. Esa evolución podríamos resumirla así:

a) Primera etapa: un auto sin efectos jurídicos

En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, instrumento que regulaba las atribuciones de la Contraloría General de la República, se establecía que las averiguaciones que abriera la Contraloría terminarían indispensablemente "por un acto de sobreseimiento, si se encontraba que no había motivos fundados para proceder, o bien por una declaratoria de absolución o culpabilidad" (Art. 172, num. 7°). Cabía preguntarse, antes de 1970, por el significado y los efectos de esta declaratoria de culpabilidad. Hasta ese momento, no había ninguna disposición legal que fijara las consecuencias jurídicas de tal acto, por lo cual el Departamento Jurídico de la Contraloría había opinado que:

La averiguación administrativa prescrita en el numeral 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no es un procedimiento contencioso que debe rematarse con decisión que, al quedar firme, cause ejecutoria, sino previo o preparatorio, con el fin de proporcionarle a la Administración Pública la certeza de los elementos de que vaya a valerse para someter a juicio a los empleados de Hacienda que hubiesen faltado a sus deberes, y de precaverla, en consecuencia, contra el riesgo de incurrir en tilde de ligereza o de temeridad al incoar tales procesos.³

^{3.} Cfr. Dictámenes de la Consultoría Jurídica, 1938-1963. Tomo II, Contraloría General de la República. Caracas, 1963, p. 249.

En esta misma etapa, Brewer-Carías sostenía que el auto de responsabilidad administrativa no tenía efectos directos ni era recurrible, en los siguientes términos:

No siendo el acto de declaratoria de responsabilidad administrativa un acto definitivo que produce efectos directos sobre el funcionario público, sino preparatorio, pues en él no se impone sanción alguna, ese acto no es recurrible en vía contencioso-administrativa, aun cuando sea un acto que cause estado, es decir, irrevisable en vía administrativa; será el acto administrativo de la Administración activa que imponga la sanción disciplinaria en base al acto de control, el acto administrativo que en este caso será recurrible.⁴

Ahora bien, en esta primera etapa se pensaba que debían ampliarse las facultades de la Contraloría en cuanto a la imposición directa de sanciones a los funcionarios. Así, Brewer-Carías escribe en 1965:

Sería deseable, en este aspecto, la existencia de una mayor coordinación entre la función investigativa del organismo Contralor y la actividad jerárquica disciplinaria y, quizás, una mayor injerencia de las entidades fiscalizadoras en esta última función, con el objeto de hacer efectivas y reales las consecuencias de la actuación negligente o de las omisiones de los funcionarios públicos, lo que contribuiría notablemente al mantenimiento de ese elevado nivel ético en la Administración Pública.⁵

Por su parte, la Contraloría General de la República de nuestro país propuso un acuerdo que fue aprobado por el II Congreso Latinoamericano de Instituciones Fiscalizadoras, celebrado en Santiago de Chile en 1965, según el cual:

Entre las potestades de las entidades fiscalizadoras debe hallarse la de aplicar directamente sanciones administrativas a aquellos agentes que incurran en irregularidades en la recaudación, custodia, administración e inversión de los fondos o bienes del Estado.⁶

Brewer-Carías, Allan Randolph: "Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa, emanados de la Contraloría General de la República", en Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 37, Caracas, 1966, p. 61.

^{5.} Brewer-Carías, Allan Randolph: "Aspectos de la Actividad Contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias". Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Nº 129. Caracas, enero a junio de 1965.

Cit. por Silva Cimma, Enrique: El Control Público. Publicaciones de la C.G.R., Caracas, 1976, p. 91.

b) Segunda etapa: un auto con efectos jurídicos en discusión

En las discusiones finales de la Ley de Carrera Administrativa, el Congreso de la República incluyó, a proposición de la Comisión de Administración Pública, entre las causales de destitución de los funcionarios públicos sometidos a dicha Ley, la "condena penal que implique privación de libertad o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" (Art. 62, ord. 5°). A partir del 4 de setiembre de 1970, fecha de promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, se entendió que la declaratoria de "culpabilidad administrativa" implicaba automáticamente la obligación de la Administración de sancionar con destitución al funcionario inculpado. Sin embargo, el Tribunal de la Carrera Administrativa sentenció reiteradamente que, para que la destitución fuera procedente, era necesario que el auto de "culpabilidad administrativa" hubiera adquirido la condición de firmeza, esto es, que no se hubieran interpuesto los recursos administrativos o contencioso-administrativos contra el acto de la Contraloría, o que habiéndose intentado tales recursos, los mismos hubieran sido desestimados.

Ahora bien, en fecha 4 de enero de 1975, se dictó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para entrar en vigencia seis meses después de su promulgación, y en la misma se estableció que:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos, se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría (Art. 84).

Con base en esta disposición, se sostuvo que la norma contenida en el artículo 62, ordinal 5° de la Ley de Carrera Administrativa, no era una causal "objetiva" de destitución, al igual que la condena penal, sino que el superior jerárquico debía valorar la conducta del funcionario inculpado y aplicar "razonadamente" una sanción disciplinaria, de acuerdo a la gravedad de la falta. Tal sanción podía oscilar entre la amonestación verbal y la destitución, en el caso de los funcionarios sometidos a la Ley de Carrera Administrativa. En las faltas de mayor gravedad, la destitución podría estar acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, en los términos del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por nuestra parte, estuvimos de

acuerdo con esta interpretación, en contra del criterio que sustentaba la Contraloría, por considerar que:

Esta interpretación es la más acorde con nuestra tradición administrativa, porque de lo contrario sería admitir que la Contraloría pudiera sustituirse al superior jerárquico para aplicar sanciones de destitución, lo cual sería una interferencia de un órgano de control en el funcionamiento de la administración activa.⁷

Sin embargo, estuvimos de acuerdo con Enrique Sánchez Falcón en cuanto a que el superior jerárquico, en todo caso, debía aplicar alguna sanción al funcionario declarado culpable, dada la redacción de la norma que comentamos.⁸

c) Tercera etapa: los efectos actuales del auto de responsabilidad administrativa

Desde la vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los efectos del auto de responsabilidad administrativa pronunciado por la Contraloría General de la República son los siguientes:

i) Efecto directo: la sanción de multa

Según se dispone en el Art. 33 de la LOSPP, la sanción de multa corresponde aplicarla directamente a la Contraloría General de la República:

La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley.

Por la redacción de la norma transcrita se infiere que la Contraloría está obligada a imponer la sanción de multa en todos los casos en que declare la responsabilidad administrativa de un funcionario. En cuanto al monto de la multa, la Contraloría puede graduarla según lo dispone el artículo 43, ejusdem:

^{7.} Véase nuestro trabajo citado en la nota 1, p. 165.

^{8.} Vid. Sánchez Falcón, Enrique: "Contribución al estudio de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República", en la Revista de Control Fiscal, Nº 77, Caracas, 1975, p. 72.

Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta Ley, se tomará en cuenta la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado.

Como consecuencia de la imposición de la multa, la Ley contempla como efecto de la declaratoria de responsabilidad administrativa, de un lado, la causación de intereses desde el momento en que se vence el término para cancelar la multa, calculados a la rata del doce por ciento anual, y del otro, la conversión de la multa en arresto conforme lo disponen los artículos 42 y 106 de la LOSPP. Además, en caso de arresto, el primero de los artículos antes citados prevé la suspensión de todo tipo de emolumento para el funcionario mientras dure la medida.

ii) Efecto desencadenante: la responsabilidad disciplinaria, civil y penal

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, los términos en que está redactada la LOSPP hacen pensar que el Legislador considera que no siempre se deriva la sanción de destitución para el funcionario declarado responsable en lo administrativo, pero que el superior jerárquico debe aplicar, en todo caso, alguna sanción. Así, dispone el artículo 29, ejusdem:

Si la averiguación administrativa culminare con una declaratoria de responsabilidad administrativa y transcurrieren los treinta días establecidos en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sin que se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República requerir de la Administración la imposición de la sanción que estime pertinente. De la decisión de la Administración podrán recurrir el Ministerio Público o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa.

Además de la sanción disciplinaria, cuya imposición parece ser obligatoria para la Administración, el funcionario declarado administrativamente responsable puede, eventualmente, ser objeto de procesos judiciales con vistas a determinar su responsabilidad civil o penal.

Conforme al último párrafo del artículo 32, LOSPP, "la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil". Sin embargo, afirmamos que el auto de la Contraloría tiene un efecto desencadenante sobre la responsabilidad civil y penal, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 51 ejusdem, en concordancia con el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el órgano contralor debe instar al Fiscal General de la República para que inicie las acciones ante los tribunales correspondientes cuando de la averiguación administrativa surgieran indicios de responsabilidad civil y penal. En segundo lugar, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSPP, que repite lo establecido en el artículo 87 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República, los hechos comprobados por la Contraloría en la averiguación administrativa tienen fuerza probatoria en los juicios civiles o penales que se instauren por ante los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, en las condiciones previstas en la ley. En tercer lugar, porque cuando de las investigaciones del órgano contralor resultare que existen fundados indicios de que el investigado ha incurrido en enriquecimiento ilícito, la Contraloría podrá ordenar que se retengan preventivamente las remuneraciones, prestaciones o pensiones del funcionario, cuando la investigación se refiera a fondos de los cuales éste aparezca directamente responsable en la averiguación (Art. 54 LOSPP).

iii) Efecto de sanción social: la publicación del auto de responsabilidad administrativa

En el artículo 28 de la LOSPP se dispone que:

Concluida la investigación, la Contraloría General de la República publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, la decisión que en ella recaiga y el auto por el cual remita al Fiscal General de la República el expediente respectivo, cuando ello sea pertinente.

Con anterioridad a la sanción de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público habíamos expresado que, salvo contados casos, la declaratoria de responsabilidad administrativa carecía de efectiva trascendencia, puesto que no tenía, en sí misma, más consecuencias que la de constatar el incumplimiento de determinados deberes por parte de un funcionario público. Desde el punto de vista jurídico, tal declaratoria no podía ser considerada como una sanción contra el funcionario inculpado, pero: "...si el auto de responsabilidad administrativa

de la Contraloría se dicta no por contravenciones formales, sino cuando el funcionario ha incurrido en actos de corrupción administrativa, y además a esta declaratoria se le da la debida publicidad, no hay duda que estamos en presencia de una sanción que por su gravedad casi podría asimilarse a la nota censoria que existió en el derecho romano".

Como sanción social, la publicación del auto de responsabilidad administrativa en la Gaceta Oficial tiene tanta gravedad como prestigio tengan las decisiones de la Contraloría. En tal virtud, los efectos morales del acto se desvirtuarían si la Contraloría utilizara sus potestades jurídicas para sancionar a los funcionarios por motivos baladíes o puramente formales, si la sanción fuera desproporcionada en relación a la falta, o si existiera la convicción social de que la Contraloría realiza sus investigaciones con fines diferentes a los del interés general o en forma discriminatoria frente a algunos grupos de ciudadanos.

Aparte de esos supuestos, que esperamos no se presenten, la publicidad del auto de responsabilidad administrativa plantea algunos problemas por la forma como está regulada. En efecto, la ley dispone que la decisión que recaiga en la investigación se publicará en la Gaceta Oficial una vez concluida la misma. Cabe preguntarse, por una parte, si las decisiones de absolución o sobreseimiento deben publicarse, lo cual no tendría sentido; por la otra, cuál es la oportunidad para esa publicación.

Esta última interrogante es pertinente por cuanto se desprende del artículo 28 LOSPP, antes citado, que la publicación debe efectuarse al concluir la investigación, esto es, al pronunciarse la declaratoria de responsabilidad administrativa. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el funcionario, al recurrir administrativa o jurisdiccionalmente contra el acto que lo declara responsable logra la revocación o la nulidad de dicho acto? La ley no prevé que el acto del Contralor que revoque la declaratoria de responsabilidad administrativa o la sentencia del tribunal que anule dicho acto deba ser, a su vez, publicado en la Gaceta Oficial, como un desagravio contra el funcionario injustamente inculpado. Por tal razón, debería entenderse que cuando la ley expresa que el auto se publicará "concluida la investigación", se refiere a la oportunidad en que el acto ha quedado firme, es decir, cuando ha concluido definitivamente la investigación.

^{9.} Vid. trabajo cit. en nota 1, pp. 178 y ss.

D. Las normas que rigen el procedimiento constitutivo del auto de responsabilidad administrativa

Las normas jurídicas que regulan el procedimiento de las averiguaciones o investigaciones que realiza la Contraloría, "en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias", son las siguientes:

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, promulgada el 4 de enero de 1975, con una reforma parcial promulgada el 19 de junio del mismo año (Arts. 81 al 91).

En segundo lugar, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, promulgada el 18 de diciembre de 1982, para entrar en vigencia el 1º de abril de 1983 (Arts. 22 al 31; 32 al 42 y 48 al 57).

En tercer lugar, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de fecha 27 de diciembre de 1977, en cuanto no se oponga a las leyes antes mencionadas (Arts. 35 al 37 y 49 al 62).

En cuarto lugar, el Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, del 19 de agosto de 1982 (publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria, Nº 3.001, del 19.8.82), en cuanto no contradiga las disposiciones antes indicadas (Arts. 57 al 80).

En quinto lugar, la Resolución Organizativa Nº 3, dictada por el Contralor General de la República, del 19 de agosto de 1982, publicada en la *Gaceta Oficial*, antes mencionada, en cuanto se refiere a las funciones de la Dirección de Averiguaciones Administrativas, dependiente de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Art. 11).

Por último, en los casos no previstos en las normas legales antes mencionadas, y con precedencia sobre las normas reglamentarias u organizativas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, promulgada el 1º de junio de 1981.

Es de hacer notar que las presentes consideraciones no se refieren a las averiguaciones y a las declaratorias de responsabilidad administrativa que puedan efectuar órganos diferentes a la Contraloría General de la República. En efecto, las contralorías de los Estados y de los Municipios, de acuerdo a las normas que los rigen, pueden efectuar averiguaciones y, eventualmente, declarar la responsabilidad adminis-

trativa de los funcionarios sometidos a su control. Así, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se establece que:

A la Contraloría corresponderá además, instruir expediente para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales de su jurisdicción que hayan incurrido en falta en el cumplimiento de sus deberes. Si de la averiguación administrativa surgieren indicios de responsabilidad civil o penal, se enviará el expediente a las autoridades competentes para que éstas las hagan efectivas... (Art. 76).

Ahora bien, los autos de responsabilidad administrativa dictados por las contralorías estadales y municipales tienen los efectos jurídicos que les confieren las disposiciones que los regulan, pero los mismos carecen de toda consecuencia desde el punto de vista de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues en este instrumento legal sólo se atribuyen efectos a la declaratoria de responsabilidad pronunciada por la Contraloría General de la República.

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. El órgano que produce el acto

Conforme a las normas que rigen actualmente la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, los órganos que pueden abrir la averiguación son diferentes al órgano que dicta la decisión. Así, se dispone en el artículo 57 del Reglamento Interno de la institución:

Las Direcciones Generales de Control de la Administración Central, Control de la Administración Descentralizada y Control de Estados y Municipios, tendrán competencia para abrir cualesquiera de las investigaciones a que se refiere la ley, cuando surgieren indicios de que tanto funcionarios como particulares que tengan a su cargo o intervengan de cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias; sustanciar todo tipo de pruebas en la sede del organismo o fuera de él; elaborar en cada caso un informe de las actuaciones practicadas y remitir el expediente respectivo a la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, a los fines de que culmine la averiguación.

Además, dispone el mismo Reglamento Interno en el artículo 58:

La Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos tendrá competencia para formular cargos cuando ello sea procedente y dictar los correspondientes autos de decisión. Para estos efectos podrá disponer la realización de las diligencias que estime necesarias en la sede del organismo o fuera de él.

Asimismo, corresponde a la Dirección de Averiguaciones Administrativas el ejercicio de las funciones que conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se derivan de las averiguaciones administrativas y de la decisión de declarar la responsabilidad administrativa, particularmente la siguiente:

La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa a que se refiere el artículo 2º de esta ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley (Art. 33 LOSPP).

En consecuencia de lo expuesto, el auto de responsabilidad administrativa dictado por la Dirección de Averiguaciones Administrativas es un acto definitivo, que puede ser recurrible en vía administrativa por las personas cuyos derechos subjetivos o sus intereses personales, legítimos y directos, se vean afectadas por la decisión, y mientras ésta no haya adquirido la condición de firmeza.

B. Las normas que regulan los recursos administrativos

En la LOCGR se regulan algunos aspectos relativos a los recursos administrativos: en primer lugar, el recurso de reconsideración (Arts. 96 y 97) y, en segundo lugar, el recurso de revisión (Art. 98). Estos artículos se refieren a los recursos administrativos, en general, contra los actos del Contralor y la ley contiene, además, disposiciones particulares sobre la impugnación de los reparos en los Arts. 100 a 111, ejusdem.

Ahora bien, en este instrumento legal no se establecen normas sobre el recurso jerárquico, y las referidas a los recursos antes mencionados (reconsideración y revisión) son sumamente incompletas. Por su parte, en el Reglamento de la LOCGR se incluye, bajo el Título VIII, un conjunto de disposiciones que regulan con algún detalle lo relativo a los recursos administrativos.

Por otra parte, desde el 1º de enero de 1982 entró en vigencia la LOPA, la cual dispone en el aparte único del artículo 1º:

Las administraciones estadales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente ley, en cuanto les sea aplicable.

Cabe entonces preguntarse si la LOCGR se aplica con preferencia a la LOPA en materia de recursos administrativos, y si los reglamentos de aquélla pueden regular aspectos de esta materia en oposición a lo establecido en esta ley.

a) Problema de la ley preferente en la regulación de los recursos administrativos

Cuando el Presidente de la República se dirigió al Congreso para solicitar el levantamiento de la sanción a la LOPA, la cual había tenido lugar el 8 de diciembre de 1980, entre otras consideraciones expuso:

La redacción del artículo 47 de la ley sancionada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 106, da a entender que el legislador acogió el criterio de uniformar todos los procedimientos administrativos, salvo aquellos regulados en norma de rango preeminente. Esta expresión carece de claridad terminológica, pues tratándose de una Ley Orgánica como es la Ley de Procedimientos Administrativos, la norma de rango preeminente sería la Constitución. Si lo que se quiso decir es que deben aplicarse los procedimientos administrativos contenidos en otras leyes orgánicas, el criterio no es el del rango, ya que todas ellas son iguales, sino el criterio de la especialidad. No obstante, debo observar que hay procedimientos administrativos contenidos en leyes ordinarias que, por su especialidad o por sus características propias, deben aplicarse preferentemente a los procedimientos previstos en la ley sancionada por las Cámaras. Piénsese en el procedimiento administrativo de despido de una directiva sindical regulado en la Ley del Trabajo; en el procedimiento de oposición a una patente o marca; en los procedimientos disciplinarios establecidos en la Ley de Carrera Administrativa; y en los procedimientos de reforma agraria.

En conformidad con esta observación, propuso el Presidente de la República la siguiente redacción: Artículo 47: Los procedimientos administrativos contenidos en leyes y reglamentos especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyen la especialidad.

El Congreso de la República acogió todos los planteamientos formulados por el Presidente en su solicitud de reconsideración, excepto el de dejar a salvo los procedimientos establecidos en reglamentos especiales.

Sin embargo, todas estas consideraciones se refieren al procedimiento ordinario, esto es, a una de las modalidades del procedimiento constitutivo del acto administrativo o procedimiento de primer grado, mas no a los procedimientos de impugnación o de segundo grado, que son los que se inician con los recursos administrativos. En efecto, la norma que deja a salvo los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales, se encuentra ubicada en el capítulo correspondiente al procedimiento ordinario, y la excepción se refiere al procedimiento ordinario previsto en dicho capítulo, y no a los recursos administrativos, que están regulados en otro título y en otro capítulo de la misma LOPA.

Luego, conforme a las disposiciones expresas de la LOPA, no se confiere preferencia a la regulación de los recursos administrados contemplados en otras leyes, como sería la LOCGR.

Pese a ello, nuestro criterio es el de que en materia de recursos administrativos tiene aplicación preferente lo dispuesto sobre esta materia en la LOCGR, por las siguientes razones:

En el artículo 1º de la LOPA, se dispone que la Contraloría General de la República ajustará sus actividades a dicha ley, "en cuanto le sea aplicable". Pero si en la Ley Orgánica que rige a la Contraloría se establecen disposiciones sobre una determinada materia, ya no le es aplicable la LOPA. A esta misma solución se llega por efecto de los principios que permiten resolver el conflicto de leyes: ambas leyes son orgánicas, pero si bien, la LOPA es posterior, ésta es una ley general de procedimientos, mientras que la de la Contraloría es una ley especial. En tal virtud, por aplicación del principio de la ley especial, se debe dar aplicación preferente a la LOCGR sobre la LOPA en materia de recursos administrativos.

Al margen del punto que nos ocupa, debo señalar que, en general, he sostenido que las leyes especiales, de rango ordinario (no orgánicas)

privan sobre la LOPA en materia de procedimientos de segundo grado y que la intención del legislador no ha sido la de uniformar el procedimiento de los recursos. Por supuesto que en las leyes especiales no se pueden desconocer garantías constitucionales como el derecho a la defensa, a la igualdad o a la imparcialidad de la Administración, que son precisamente aspectos que desarrolla la LOPA, pero sí se pueden normar en forma diferentes plazos, requisitos procesales o cualquier otra modalidad del procedimiento que no implique desconocimiento de garantías constitucionales. Esta posición, que no se fundamenta en una interpretación literal de la LOPA, deberá ser desarrollada en otra oportunidad.

Por de pronto, aún subsiste el problema de si los procedimientos administrativos pueden ser regulados en actos de rango sublegal. Sobre este aspecto, creemos, no existen posiciones divergentes: la LOPA se aplica por encima de los reglamentos, tanto en la regulación de los procedimientos de primer grado, como en lo relativo a los recursos administrativos. Sin embargo, ello no significa que desde la vigencia de la LOPA se hayan derogado las normas reglamentarias sobre procedimientos administrativos, sino que estas normas no pueden contradecir lo establecido en las leyes, como es normal en nuestro sistema jurídico. Ello significa que los reglamentos praeter legem cumplen una importante función en esta materia, pero que el legislador no aceptó la proposición del Ejecutivo de conceder fuerza derogatoria a los reglamentos frente a las disposiciones de la LOPA.

b) Regulación del recurso de reconsideración

Por aplicación de los principios antes enunciados, la regulación de este recurso queda establecida así:

- i) El Contralor, y los funcionarios que actúen por delegación, podrán, de oficio o a petición de parte, reconsiderar sus decisiones por razones de legalidad o de mérito (Art. 96 LOCGR). También podrán reconsiderar sus decisiones, a solicitud del interesado, el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría por aplicación del artículo 94 de la LOPA.
- ii) Los plazos para pedir la reconsideración serán los siguientes: las decisiones del Director de Averiguaciones serán recurribles en reconsideración dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del acto (Art. 94 LOPA); las decisiones del Contralor, o de los funcionarios que actúen por delegación de éste, dentro de los 10 días há-

biles siguientes a la notificación o publicación del acto (Art. 96 LOCGR). Por aplicación del Art. 42 LOPA, se entenderá siempre que los plazos establecidos en la ley y salvo que en la misma o en otra ley se disponga lo contrario, se computarán por días hábiles, con lo cual se descartan las disposiciones reglamentarias que se refieren a días continuos.

- iii) Cuando la decisión emana del Contralor o de los funcionarios que actúan por delegación de éste, la interposición del recurso de reconsideración no es requisito para que se considere agotada la vía administrativa (Art. 94 LOCGR, lo cual coincide con las disposiciones de la LOPA).
- iv) Cuando la decisión emana del Director de Averiguaciones Administrativas, es requisito indispensable interponer ante este funcionario el recurso de reconsideración, como condición de admisibilidad del recurso jerárquico, el cual, a su vez, agota la vía administrativa (Art. 95 LOPA).

A este respecto se observa: en primer lugar, el Director de Averiguaciones Administrativas, al dictar el auto de responsabilidad administrativa no actúa por delegación del Contralor, sino en ejercicio de atribuciones que le son propias. En efecto, diferente a la delegación es la distribución de competencias que hace el superior de una repartición administrativa cuando la ley se lo permite. Según prescribe el artículo 14 de la LOCGR, corresponde al Contralor "determinar las direcciones, divisiones, departamentos, oficinas y servicios, de conformidad con esta ley", y de acuerdo al Art. 12 ejusdem, corresponde al Contralor, "dictar las normas reglamentarias internas sobre la estructura, organización, competencia y funcionamiento de las Direcciones y demás dependencias de la Contraloría, de conformidad con lo previsto en esta ley". En consecuencia, cuando las atribuciones de la Contraloría están conferidas por la ley al órgano en su conjunto, el Contralor puede distribuir esas competencias entre las diferentes reparticiones, cuyos titulares las ejercerán como competencias propias, no delegadas. En cambio, cuando la ley asigna la atribución específicamente al Contralor o éste, en el Reglamento Interno, se reserva para sí una atribución que la ley confiere a la Contraloría, en este caso sí procede la delegación, y el funcionario que recibe la delegación actúa como si fuera el mismo Contralor, por lo cual éste no puede revisar las decisiones de aquél, como no sea en recurso de reconsideración, el cual es optativo para el administrado porque el acto ha agotado la vía administrativa. En este sentido, establece el Art. 16 de la LOCGR:

El Contralor podrá delegar en funcionarios de la Contraloría el ejercicio de determinadas atribuciones. Los actos cumplidos por los delegatarios producirán efectos como si hubiesen sido adoptados por el Contralor y, en consecuencia, contra ellos no se admitirá el recurso jerárquico. Los delegatarios no podrán subdelegar. La delegación aquí prevista, al igual que su revocatoria, surtirán efectos desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

En segundo lugar, la necesidad del recurso de reconsideración contra la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas, como un requisito para poder intentar posteriormente el recurso jerárquico, se fundamenta en la LOPA (Art. 95), puesto que la LOCGR no dispone nada al respecto. En esta materia se ha descartado el artículo 78 del Reglamento de la LOCGR, según el cual "no es necesaria la interposición de los recursos de reconsideración y jerárquico para entender agotada la vía administrativa...", por ser contrario a lo previsto en la LOPA. La exigencia de agotar la reconsideración antes de interponer el recurso jerárquico es una de las disposiciones más infelices de la LOPA, puesto que la reconsideración debería ser facultativa. Sin embargo, si una ley especial (aun cuando no sea orgánica), permite liberarse de este requisito, se aplica la ley especial por efecto del criterio que hemos expuesto anteriormente. En el caso que examinamos, lamentablemente, la LOCGR no suministra una base para descartar este requisito de la LOPA, y el Reglamento de aquélla no tiene fuerza derogatoria frente a ésta.

v) La tramitación y decisión del recurso de reconsideración se regula por la LOPA, puesto que la LOCGR no dispone nada al respecto. La decisión del recurso contra el auto emanado del Director de Averiguaciones Administrativas deberá producirse dentro de los 15 días siguientes al recibo del mismo.

c) Regulación del recurso jerárquico

La aplicación del principio de la ley preferente nos permite deducir la siguiente normativa sobre el recurso jerárquico.

i) En relación al auto de responsabilidad administrativa pronunciado por el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República, no existe ninguna disposición en la Ley Orgánica de dicha institución, aun cuando sí en el Reglamento de la misma. Por lo tanto, esta materia se rige por la LOPA y, supletoria-

mente por el Reglamento de la LOCGR en los aspectos en que las normas de éste no se opongan a los principios consagrados en la LOPA.

ii) El interesado, para evitar que el auto del Director de Averiguaciones Administrativas quede firme, debe interponer el recurso jerárquico contra el acto que decida el recurso de reconsideración, cuando en el mismo se resuelva no modificar el acto en la forma solicitada en el recurso de reconsideración, tal como lo establece el Art. 95 de la LOPA, en concordancia con el Art. 93, ejusdem. Asimismo, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se dispone que, cuando se trate de recursos de nulidad contra actos administrativos en efectos particulares, como sería el caso del acto del Contralor si confirmara la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas, en tal supuesto los recursos correspondientes serían declarados inadmisibles en la jurisdicción contencioso-administrativa por no haber agotado la vía administrativa, cuando los interesados no han hecho uso de los recursos administrativos que otorgan las leyes.

En este orden de ideas, queda descartado lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento de la LOCGR, en el sentido de que no es necesario interponer el recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa, por contradecir la normativa de la LOPA. En consecuencia de lo expuesto, los únicos actos en materia de responsabilidad administrativa que pueden ser recurribles en el contencioso-administrativo son los del Contralor, ya que los actos del Director de Averiguaciones Administrativas no agotan la vía administrativa.

- iii) El lapso para interponer el recurso jerárquico ante el Contralor es de 15 días hábiles desde la notificación del acto del Director de Averiguaciones Administrativas en virtud del cual se desestima el recurso de reconsideración (Arts. 95 y 42 LOPA). En tal virtud se descarta la aplicación del lapso de 10 días continuos establecidos en el artículo 77, encabezamiento, del Reglamento de la LOCGR, para interponer el recurso jerárquico.
- iv) El recurso jerárquico deberá ser decidido por el Contralor dentro de los 90 días hábiles a su presentación.
 - d) Regulación del recurso de revisión
- i) Se rige este recurso extraordinario por la LOCGR y por la LOPA, con aplicación preferente de la primera en caso de colisión entre ambas.

- ii) En la LOPA (Art. 97) se amplían los supuestos en que procede el recurso de revisión en relación a lo establecido en la LOCGR. En este caso se considera a la LOPA supletoria de la LOCGR y se admiten como válidos todos los supuestos de hecho contemplados en ambas leyes.
- iii) Este recurso sólo puede interponerse ante el Contralor contra decisiones firmes y el plazo para intentarlo es el contemplado en el artículo 98 de la LOPA. El Contralor debe decidir dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación del recurso (Art. 99 LOPA).

e) Normas comunes para los diferentes recursos administrativos

Con la interposición de cualquiera de los recursos administrativos se inicia un procedimiento de segundo grado, o de impugnación, el cual se rige por las disposiciones de la LOPA a falta de regulación expresa en la LOCGR o en la LOSPP. A título de ejemplo señalamos algunas de las disposiciones de la LOPA que son aplicables a estos procedimientos:

- i) Los interesados son aquellos definidos en el artículo 22 de la LOPA, y también los que se apersonen en el procedimiento conforme al artículo 23 ejusdem.
- ii) Los interesados pueden hacerse representar cuando no se requiera su comparecencia personal (Art. 25 LOPA) y la representación podrá ser otorgada por simple designación en el recurso (Art. 26 LOPA).
- iii) El expediente deberá ser uno sólo (Art. 31 LOPA), a cuyo efecto la Administración debe acordar, a solicitud de parte o de oficio, la acumulación de los expedientes que reúnan los requisitos contemplados en el Art. 52 de la LOPA.
- iv) La carga de la prueba de los hechos incriminatorios contra el funcionario corresponde a la Contraloría (Arts. 53 al 56 LOPA). Los medios de prueba son los amplísimos contemplados en el Art. 58 ejusdem. Sin embargo, en estos procedimientos administrativos no tienen validez las pruebas de fotografías o grabaciones, a diferencia de lo que ocurre en los procesos que se ventilan ante los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, conforme al artículo 98 de la LOSPP.

En la recepción de los documentos que presenten los interesados se observarán las disposiciones contempladas en los artículos 44 al 46 de la LOPA.

- v) Los funcionarios responsables de la sustanciación y decisión de las averiguaciones administrativas y que se encuentren incursos en causales de inhibición, deberán inhibirse conforme a lo dispuesto en los artículos 36 al 40 de la LOPA, de lo contrario deberán ser sustituidos por el superior jerárquico.
- vi) Tanto el Director de Averiguaciones Administrativas como el Contralor deben decidir los recursos en los plazos previstos en la LOPA. De no hacerlo, se entenderán denegados los recursos, pero el interesado podrá interponer el reclamo contemplado en el Art. 3º de la LOPA, contra los funcionarios mencionados, los cuales deberán ser sancionados en los términos de los artículos 100 al 105 ejusdem. Si el funcionario que da origen al reclamo es el Contralor General de la República, el interesado podrá dirigirse al Fiscal General de la República, a fin de que éste intente las acciones correspondientes para hacer efectiva la multa, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 218 y 220, ordinal 5º, de la Constitución.
- vii) El acto que decida el recurso debe contener las menciones previstas en el Art. 18 de la LOPA y deberá ser motivado en los términos del Art. 9º ejusdem. En la decisión de los diferentes asuntos la Contraloría debe respetar rigurosamente el orden en que éstos fueron presentados, salvo que se altere el orden por razones de interés público y mediante providencia motivada, que deberá constar en el expediente (Art. 34, LOPA).
- viii) Las notificaciones a los interesados deberán efectuarse conforme a las disposiciones de la LOPA (Arts. 73 al 77). En las notificaciones que se hagan deberán indicarse a los interesados los recursos que proceden, de lo contrario la notificación no surtirá ningún efecto (Art. 74 ejusdem).

f) La fundamentación de los recursos

El funcionario inculpado o, en general, todo interesado que se estime afectado por una decisión del Director de Averiguaciones Administrativas o del Contralor, podrá interponer el recurso que corresponda, con fundamento en razones de mérito o de legalidad. En tal sentido, es perfectamente pertinente lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la LOCGR:

Cuando en el recurso se invoquen razones de legalidad, el escrito respectivo contendrá una exposición razonada de las mismas. Cuando se

aleguen razones de mérito deberá fundamentarse adecuadamente la conveniencia, oportunidad o cualesquiera otras circunstancias concurrentes. Al escrito respectivo se acompañará la documentación que el interesado estime conveniente.

Ahora bien, en cuanto concierne a las razones de legalidad que pueden ser aducidas en los recursos administrativos, como las mismas son similares a las que pueden hacerse valer en los recursos contencioso-administrativos, nos referiremos a ellas al considerar estos últimos recursos.

III. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Cuando el funcionario inculpado o, en general, el interesado, han agotado la vía administrativa sin obtener satisfacción a sus pretensiones, se abre la posibilidad de interponer los recursos contencioso-administrativos contra la decisión que los afecta.

En tal sentido dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

La vía contenciosa-administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientee. (Art. 93).

En las consideraciones que siguen no estudiaremos en particular el procedimiento de los recursos, sino algunos aspectos que estimamos requieren una especial aclaración.

A. Diferentes clases de recursos en vía jurisdiccional

En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no se consigna ninguna disposición en relación a los recursos contencioso-administrativos contra los autos de responsabilidad administrativa o contra las decisiones que los confirmen. En cambio, sí se regula detalladamente la impugnación jurisdiccional de los reparos, que es un acto de diferente naturaleza en relación a la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Así, se establece en el artículo 103:

Contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo, se podrá ejercer el recurso de plena jurisdicción por ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la fecha de notificación. En el conocimiento de este recurso el juez podrá examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad objeto del reparo.

En relación a este recurso, y aun cuando no es el tema que nos ocupa, queremos formular dos observaciones:

En primer lugar, la ley lo califica erróneamente de "recurso de plena jurisdicción", cuando se trata simplemente de un recurso contencioso-administrativo de anulación de un acto administrativo de efectos particulares. El hecho de que el juez pueda examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad, lo cual ocurre en todos los recursos de anulación, no cambia la naturaleza del recurso, pues lo que se discute en él es la conformidad del acto con el derecho. Por lo demás, consideramos que en Venezuela no existe el recurso de plena jurisdicción, sino las demandas contra la Administración, y este recurso no es una demanda.

En segundo lugar, hemos observado una práctica cuyas bases jurídicas no entendemos: los recursos jurisdiccionales contra los reparos que no se refieren a la materia de impuesto sobre la renta, se ventilan ante los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo, siendo que estos tribunales no tienen competencia de anulación contra actos emanados de órganos nacionales. Esta asunción de competencias por este tribunal debe basarse en la confusión sobre la naturaleza del recurso en que incurre el Legislador.

Regresando a la impugnación en vía jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa, cabe señalar que no existe ninguna regulación legal en particular sobre esta materia, por lo cual deben aplicarse las disposiciones generales relativas a los recursos jurisdiccionales. Ellas son, de un lado, el artículo 206 de la Constitución y, del otro, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta Ley, además de regular las materias que le son propias, contiene normas transitorias sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa, mientras se dictan las normas específicas sobre ella.

Pues bien, contra las decisiones que agotan la vía administrativa en materia de declaratoria de responsabilidad administrativa, lo que procede es interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares, regulado en la sección tercera del Capítulo II, Título V, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, en relación al acto de la Administración que imponga o niegue la imposición de una sanción disciplinaria al funcionario declarado responsable en lo administrativo, podrán recurrir "el Ministerio Público o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa" (Art. 29 LOSPP). En las consideraciones que siguen nos referiremos únicamente a la impugnación del auto de responsabilidad administrativa.

B. Tribunal competente para conocer del recurso

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, existía una situación de incertidumbre en cuanto el órgano competente para conocer, en vía jurisdiccional, de las impugnaciones contra la declaratoria de responsabilidad administrativa. Por efecto del artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, no era necesaria la interposición del recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa. Luego, si el interesado no intentaba el recurso jerárquico, la vía administrativa se agotaba con la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas y el acto de éste era recurrible ante el contencioso-administrativo. Pero si el interesado interponía el recurso jerárquico, era la decisión del Contralor la que agotaba la vía administrativa y, en consecuencia, contra ella se abría la vía jurisdiccional. En ese momento, opinamos que el Tribunal competente era la Corte Suprema de Justicia, en sala política-administrativa, cuando el acto que se impugnaba emanaba del Contralor, conforme a lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 42 de la LOCSI; en tanto que la competencia correspondía a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo si el acto que agotaba la vía administrativa era el del Director de Averiguaciones Administrativas. Esta situación no dejaba de ser extraña en nuestro ordenamiento jurídico, pues se dejaba a la voluntad del recurrente la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de su recurso.

Con la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos esta situación cambia. Ahora, la LOPA exige que se agote la vía administrativa para que se abra la vía contencioso-administrativa, y ese agotamiento se produce mediante el recurso jerárquico cuando el acto emana de un órgano sometido a la jerarquía de otro (Arts. 93 y 95 ejusdem).

En nuestra opinión, mediante una ley especial, que puede no ser orgánica, es posible disponer que el agotamiento de la vía administrativa se haga en forma diferente, esto es, que el acto del inferior jerárquico agote la vía administrativa sin necesidad de interponer el recurso jerárquico. Sin embargo, consideramos que un reglamento no puede modificar esta situación. De allí que el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que antes de la vigencia de la LOPA tenía carácter praeter legem, pasó a ser contra legem desde el 1º de enero de 1982. En consecuencia, al descartarse la aplicación de este artículo, es necesario agotar la vía administrativa ante la autoridad máxima del organismo, mediante el recurso jerárquico, hasta tanto una ley especial no disponga lo contrario.

De lo expuesto se sigue que, en materia de responsabilidad administrativa, tal como antes se afirmó, el único acto recurrible en contencioso-administrativo es el del Contralor. Ahora bien, este órgano tiene un fuero especial previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por ser un "órgano del Estado de igual jerarquía a nivel nacional" que el Consejo Supremo Electoral (Art. 42, ordinal 12). Conforme a esta norma, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia es competente, en instancia única, para declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad de los actos administrativos generales o individuales del Contralor General de la República.

Por último, conviene dejar sentado que si se demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares (en este caso, la declaratoria de responsabilidad administrativa) y al mismo tiempo la del acto general que le sirva de fundamento (en este caso alguna disposición de la LOSPP) y se alegaren razones de inconstitucionalidad para impugnarlos, esta acción y este recurso deberá proponerse ante la Corte Suprema de Justicia en pleno, pero el procedimiento será el de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, tal como lo dispone el Art. 132 de la LOCSJ.

IV. ASPECTOS COMUNES A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Bajo este título hemos considerado procedente formular algunas consideraciones que son igualmente válidas en relación a los recursos administrativos y a los recursos contencioso-administrativos.

A. Problemas relacionados con la ejecución de las sanciones administrativas γ la suspensión de los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene el principio general en relación con la ejecución de los actos administrativos:

Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término se ejecutarán inmediatamente (Art. 8°).

Por su parte, se consagra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

El ejercicio de los recursos previstos en la presente Ley contra las decisiones de la Contraloría no impiden la ejecución de las mismas, a juicio del Contralor y bajo su responsabilidad (Art. 99).

Asimismo, este principio se ratifica en la LOPA, en los siguientes términos:

La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario (Art. 87).

Surge entonces la cuestión de saber si las sanciones administrativas que se derivan directamente de la declaratoria de responsabilidad administrativa (multa o, eventualmente, su conversión en arresto) o indirectamente (sanciones disciplinarias), deben ejecutarse aun cuando no se hayan agotado los recursos administrativos o contencioso-administrativos que pueden intentarse contra la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría. En este aspecto, cabe distinguir:

a) La ejecución de las sanciones disciplinarias derivadas del auto de responsabilidad administrativa

La sanción disciplinaria derivada del auto de responsabilidad administrativa que, como vimos, no solamente es de destitución, y que corresponde aplicar al superior jerárquico del funcionario inculpado, se rige por la siguiente norma:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de 30 días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría (Art. 84 LOCGR).

Como se observa de la norma transcrita, el auto respectivo y los demás documentos se pasarán al funcionario competente, una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad. Ahora bien, una decisión administrativa está firme cuando no se interpusieron oportunamente los recursos administrativos y contencioso-administrativos para impugnarla o, cuando habiéndose hecho, éstos fueron desestimados. En consecuencia, la Contraloría sólo puede enviar el auto y los recaudos correspondientes al superior jerárquico cuando el acto ha quedado firme y no cuando se dicta el auto de responsabilidad administrativa por la Dirección de Averiguaciones Administrativas.

De igual modo, la Contraloría no puede solicitar la intervención del Fiscal General de la República para hacer efectiva la sanción disciplinaria, en los términos previstos en el artículo 29 de la LOSPP, sino cuando hayan transcurrido, sin que se haya aplicado ninguna sanción al funcionario inculpado, los 30 días establecidos en el artículo 84 de la LOCGR, contados a partir del momento en que el superior jerárquico recibió los recaudos correspondientes al auto de responsabilidad administrativa que ha quedado firme.

b) La ejecución de la sanción de multa derivada del auto de responsabilidad administrativa

Conforme lo hemos señalado anteriormente, establece el artículo 33, LOSPP, que la Contraloría, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes. Esta sanción no está sujeta a que el acto quede firme o a que transcurra un período de tiempo determinado, sino que, de acuerdo a los principios generales en materia de ejecutividad de los actos administrativos, debe ejecutarse de inmediato. La Contraloría puede otorgar un plazo para pagar la multa, pero no se trata de un lapso legalmente establecido. Así, se dispone en el primer aparte del artículo 43, LOSPP, que:

Cuando el término para cancelar la multa se hubiere vencido y el funcionario no la hubiere pagado, se pasará el caso al Fiscal General de la República, a los efectos de que intente la acción civil de cobro, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, queda a la discrecionalidad del Contralor decidir si la multa debe pagarse de inmediato bajo su responsabilidad, o si se espera a que la decisión quede firme.

i) El pago inmediato bajo la responsabilidad del Contralor. Hemos transcrito antes el contenido del artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, según el cual: "El ejercicio de los recursos previstos en la presente Ley contra las decisiones de la Contraloría no impiden la ejecución de las mismas, a juicio del Contralor y bajo su responsabilidad".

En virtud de esta norma, si el auto de responsabilidad administrativa es revocado o anulado por efecto de la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional, normalmente de este último, y el Contralor había dispuesto que se pagara la multa antes de que el acto quedara firme, el funcionario interesado podrá ejercer la acción de daños y perjuicios personalmente contra el Contralor.

ii) La suspensión de los efectos del acto en vía administrativa. El Contralor General de la República puede disponer que la multa se cancele inmediatamente que el acto haya quedado firme, esto es, que se suspendan los efectos del acto hasta la decisión final de los recursos que se intenten. La base legal de esta medida reside, por una parte, en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que comentamos, y por la otra, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según la cual:

La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario

El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acorde la suspensión de los efectos del acto recurrido en el lapso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que considere suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada (Art. 87).

iii) La suspensión de los efectos del acto en vía jurisdiccional. Si el Contralor decide no suspender los efectos del acto (en este caso el pago de la multa), el interesado puede interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación y solicitar la suspensión de los efectos del acto, con base en lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad ha sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podría dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio.

En este caso, la suspensión de los efectos del acto procede únicamente a instancia de parte, en tanto que el Contralor puede tomar la misma medida por propia iniciativa, así como a instancia de parte.

c) El principio solve et repete y la sanción de multa

En materia fiscal ha existido durante mucho tiempo un principio según el cual el deudor de una obligación tributaria debía cancelarla primero y luego reclamar contra ella. La mayor parte de las leyes tributarias han exigido que la deuda se cancele o se afiance debidamente, como un requisito de admisibilidad en relación a los recursos que pudieran intentarse contra el acto de liquidación fiscal. Ahora bien, ese principio ha sido progresivamente abandonado en los países que lo mantenían y, entre nosotros, el Código Orgánico Tributario lo ha suprimido en relación a los tributos nacionales que cubre este instrumento jurídico. Este principio, sin embargo, se mantiene en la mayoría de las Ordenanzas Municipales que establecen tributos.

Pues bien, la sanción de multa que impone la Contraloría General de la República al declarar la responsabilidad administrativa de un funcionario público, no tiene la misma naturaleza jurídica de las obligaciones tributarias y no es aplicable en relación a ella el principio solve et repete. De allí se desprende que, en caso de que el Contralor decida no suspender los efectos del acto, la cancelación de la multa no es un requisito de admisibilidad del recurso administrativo o contencioso-administrativo que proceda. Ello en virtud de que el principio solve et repete requiere de un texto legal que lo establezca y en el caso que examinamos ninguna norma legal lo ha consagrado como requisito de admisión para los recursos contra las decisiones de la Contraloría.

Como consecuencia de lo expuesto, el funcionario declarado responsable en lo administrativo puede llevar adelante todos sus recursos contra la decisión de la Contraloría, al mismo tiempo que el Fiscal General

de la República gestiona el cobro de la multa, en los casos en que el Contralor ha decidido, bajo su responsabilidad, exigir el pago de la misma.

B. Problemas relativos a la ausencia de tipicidad y a las facultades discrecionales de la Contraloría

Hemos indicado que ante la jurisdicción contencioso-administrativa sólo pueden aducirse razones de legalidad para fundamentar los recursos que allí se interpongan, en tanto que en los recursos administrativos se pueden señalar, además, argumentos vinculados con el mérito de la decisión, es decir, sobre la oportunidad o conveniencia de la misma. La fundamentación de los recursos administrativos en razones de mérito siempre tiene el carácter de petición por vía de gracia, pues corresponde al órgano contralor decidir sobre la conveniencia u oportunidad de su decisión y, en todo caso, si la Contraloría no acepta el argumento de mérito, no es admisible que el mismo argumento pueda proponerse en sede jurisdiccional. Por esta razón nos referimos únicamente a los argumentos de legalidad que pueden hacerse valer tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional para impugnar el acto administrativo en virtud del cual se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público.

Ahora bien, tanto la LOSPP como anteriormente la LOCGR atribuyen a la Contraloría General de la República facultades en esta materia, con un contenido de discrecionalidad sumamente elevado. En estas condiciones, el control de la legalidad del acto se hace más difícil, mas no imposible, como veremos luego.

a) Ausencia de tipicidad en el ilicito administrativo

En nuestro derecho penal es un dogma el que no puede existir delito ni pena si los hechos que se imputan a una persona no han sido definidos por la Ley como delito. Este principio de la tipicidad constituye uno de los derechos individuales consagrado como tal en la Constitución en los siguientes términos:

Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la Ley como delito o falta (Art. 60, ord. 20).

Ahora bien, en materia administrativa no existe un principio equivalente al de la tipicidad en materia penal, sino que se observa una tendencia del Legislador a dejar en manos de la autoridad administrativa la decisión sobre los hechos que configuran la transgresión. Esta tendencia ha sido considerada como "peligrosa" por el doctor Tulio Chiossone en los siguientes términos:

Las sanciones de tipo administrativo se producen por "la infracción del contenido material de la Ley", y no por transgresión del status ético-jurídico. La sanción administrativa protege el orden administrativo, y es el resultado de una transgresión de una regla previsiva. Como afirmación de este criterio nos fundamos en la declaración sancionatoria de tipo general que suelen contener las leyes administrativas, y que oportunamente hemos criticado como contraria, o por lo menos peligrosa, para el principio de legalidad (nullum delictum, nulla poena sine lege). 10

En la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público se describen diversas conductas típicas susceptibles de generar una declaratoria de responsabilidad administrativa, particularmente en los artículos 35 al 41. Sin embargo, en el artículo 42 se incluye una declaración genérica de las criticadas por el doctor Chiossone, según la cual:

Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Cabe preguntarse cuáles son las violaciones de tipo legal o reglamentario que dan origen a una declaración de responsabilidad administrativa. La interrogación sobre este aspecto es apropiada, porque conforme al Art. 32, LOSPP, "el funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria". Ahora bien, no todo incumplimiento del funcionario público hace procedente la declaratoria de responsabilidad administrativa; es necesario que la infracción se relacione con el manejo de fondos o de bienes públicos en los términos establecidos en el artículo 81 de la LOCGR.

En tal sentido el Tribunal Superior Primero de Hacienda, ha expresado:

Chiossone, Tulio: Sanciones en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. UCV, Caracas, 1973, p. 19.

...aunque si bien es verdad como se afirma, el que la esencia de la responsabilidad administrativa es la conducta que no se ajusta a las normas legales, en instrucciones de superiores jerárquicos, o como deberes propios de la condición de funcionarios, también lo es el que la norma señalada requiere que la falla de tal conducta sea con ocasión del manejo de fondos o bienes nacionales, lo que por razones obvias tiene que producir un daño al Fisco Nacional.¹¹

Sin embargo, de la LOCGR se desprende que puede declararse la responsabilidad administrativa aun cuando no se hubieren causado perjuicios pecuniarios, así:

Artículo 91. La Contraloría podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares, caso en el cual remitirá las actuaciones a la autoridad competente para que sean proseguidas. La Contraloría podrá continuar la averiguación o la investigación en aquellos casos en que no se hubieren causado perjuicios pecuniarios, cuando en su criterio fuere necesario establecer la responsabilidad administrativa, o reunir indicios de la responsabilidad civil o penal de las personas investigadas.

De lo hasta aquí expuesto se desprende:

- i) Que la responsabilidad administrativa puede ser declarada cuando el funcionario público infringe determinadas normas legales o reglamentarias.
- ii) Que esas infracciones deben referirse al manejo de los fondos o de los bienes públicos.
- iii) Que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, la Contraloría puede determinar discrecionalmente las faltas susceptibles de generar la declaratoria de responsabilidad administrativa y asimismo puede declarar la responsabilidad administrativa aun cuando no se hayan causado perjuicios pecuniarios al patrimonio público.

Esta ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo plantea una diversidad de problemas jurídicos a la hora de enjuiciar la juridicidad de una declaratoria de responsabilidad administrativa formulada por la Contraloría. En primer lugar, el problema de la legalidad suscitado por el doctor Chiossone, al afirmar:

^{11.} Sentencia del 22-5-74, cit. por E. Sánchez Falcón: loc. cit., p. 79.

No se permiten en Venezuela -que adopta constitucionalmente el principio de la legalidad— las maneras genéricas que autorizan a quien debe aplicar una pena para *crear* la figura delictiva.¹²

Esta posición del doctor Chiossone parece reforzada por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al establecer que: "Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieren sido establecidas en las leyes..." (Art. 1°). De allí que luzca contradictoria la actuación del Legislador al reservar a la Ley la creación de sanciones, por una parte, y por la otra, al atribuir a un órgano administrativo la facultad de sancionar administrativamente, sin que exista una precisión en cuanto a las transgresiones que dan origen a la sanción.

En segundo lugar, la Contraloría tiene facultades para sancionar con multas de hasta cien mil bolívares "de acuerdo con la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados" a los funcionarios que se encuadren en los supuestos previstos en el Art. 93 de la LOCGR. En virtud de esta atribución, la Contraloría puede, discrecionalmente, decidir la aplicación de la multa o la declaratoria de responsabilidad administrativa, que a su vez conlleva una sanción de multa. La ausencia de tipicidad en esta materia impide, en muchos casos, conocer anticipadamente la sanción que podría acarrear una infracción determinada.

Ahora bien, la discrecionalidad no implica autorización para la arbitrariedad, como tendremos ocasión de analizar posteriormente.

b) Otras facultades discrecionales de la Contraloría

En general, la LOCGR y la LOSPP contienen pocas normas que puedan considerarse como reglas limitantes de las facultades discrecionales de la Contraloría. Así, hemos transcrito antes el artículo 81 de la LOCGR, según el cual, "La Contraloría podrá realizar investigaciones..." y el artículo 91 ejusdem, conforme al cual "La Contraloría podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones...", pero asimismo dicho órgano "podrá continuar la averiguación... cuando a su criterio...".

A título de ejemplo, señalamos algunos casos en que leyes que regulan la competencia de la Contraloría le confieren poderes discrecionales:

^{12.} Chiossone, Tulio: op. cit., p. 37.

- i) Facultad para determinar, mediante resolución motivada, las personas o los cargos que serían exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio (Art. 7, ord. 5°, LOSPP).
- ii) Facultad para aclarar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la obligación de hacer declaración jurada de patrimonio en las investigaciones para determinar responsabilidades administrativas y en la sustanciación de aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad civil o penal (Art. 23, LOSPP).
- iii) Facultad para acordar la conversión de la multa en arresto (Art. 42, LOSPP).
- iv) Facultad para, antes del 1° de abril de 1983, establecer los procedimientos y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las funciones que se le atribuyen (Art. 113, LOSPP).
- v) Facultad para determinar el monto de las multas, tomando en cuenta "la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado" (Art. 42, LOSPP).

Es de hacer notar que la Contraloría ha autolimitado su discrecionalidad en la imposición de las multas, al dictar, en su Reglamento Interno, las siguientes normas:

Artículo 87. En la aplicación de las multas se tomarán en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en los hechos y demás antecedentes que la motivan.

Articulo 88. Las circunstancias atenuantes y agravantes serán determinadas, en cada caso, por la autoridad encargada de imponer la multa.

Podrá considerarse circunstancia atenuante el hecho de que el infractor no hubiese sido sancionado con anterioridad por la comisión de faltas que ameritasen multas; el que el sancionado comprobase haber servido con pulcritud en los casos que fuese empleado público; cualquiera otra circunstancia que, en concepto de quien imponga la sanción, aminore la culpabilidad del infractor.

Se consideran circunstancias agravantes: la reincidencia, la reiteración del hecho, la renuencia y la contumacia.

Artículo 89. Si a juicio de la autoridad que debe imponer la sanción, no hubiere atenuantes ni agravantes, la multa se aplicará en su término me-

dio. Si hubiese atenuantes se impondrá por debajo de dicho término medio, y si concurren agravantes, se impondrá por encima del expresado término.

c) Los límites a los poderes discrecionales de la Contraloría

En relación a este tema, remitimos a los estudios que se han realizado sobre los límites a las facultades discrecionales de las autoridades administrativas.¹³ En particular, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la sumisión a la legalidad de las facultades discrecionales, en los siguientes términos:

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 necesarias para su validez y eficacia (Art. 12).

Por otra parte, la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a la igualdad (Art. 61) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo al principio de la imparcialidad (Art. 30). De estas normas se desprenden las siguientes limitaciones a los poderes discrecionales de la Contraloría:

- i) Deber de imparcialidad de la Contraloría y respeto a la igualdad de los ciudadanos. En tal virtud, no puede sancionarse en forma diferente por las mismas infracciones. La desatención a este principio puede ser alegado como causal de nulidad de un auto de responsabilidad administrativa.
- ii) Principio de proporcionalidad. Debe existir una correspondencia entre la gravedad de la falta y la sanción. Una sanción muy grave en relación a una transgresión de poca importancia, constituye una infracción al principio de la proporcionalidad consagrada en la LOPA. Vinculado con este principio, el órgano contralor debe atender a las exigencias de la equidad y de la racionalidad al establecer una sanción; de lo contrario el acto puede ser declarado ilegal.
- iii) Adecuación a los fines. Los poderes concedidos por el Legislador a la Contraloría deben ser utilizados con el objetivo de lograr la disciplina y la honestidad en el manejo de los fondos públicos y no

^{13.} Vid. particularmente: Brewer Carías, Allan R.: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en Revista de la Facultad de Derecho, Nº 2, UCAB. Caracas, 1965, pp. 9-35.

para fines políticos, personales o de otra naturaleza. Aun emitido dentro de los poderes legales del órgano contralor, un acto puede ser anulado por incurrir en el vicio de desviación de poder, cuando esos poderes se han utilizado para una finalidad distinta a la prevista por el Legislador.

iv) Cumplimiento de los trámites, requisitos y formalidades necesarios para la validez y eficacia del acto. La circunstancia de que la Contraloría disponga de poderes discrecionales en la declaratoria de responsabilidad administrativa, no la exime de la obligación de ceñirse a los requisitos de forma establecidos en la Ley o en los reglamentos. Así, en el Art. 61 del Reglamento de la LOCGR se regula el contenido del auto de responsabilidad administrativa en la siguiente forma:

Las decisiones deberán contener: la identificación del investigado, breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; las razones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión; y la declaración de responsabilidad administrativa o de absolución del investigado o la de sobreseimiento del asunto.

Como requisito indispensable para la eficacia del auto de responsabilidad administrativa cabe señalar la obligación de la Contraloría de indicar los recursos que proceden contra la decisión, con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse (Arts. 73, 74 y 77, LOPA).

C. Problemas relativos al control de la necesidad del gasto y al control de precios

Conforme al artículo 41 de la LOSPP, se sanciona con multa de diez mil a quinientos mil bolívares a los funcionarios públicos que incurran en los diversos supuestos contemplados en dicha norma. Hemos querido formular un comentario particular sobre esta disposición, dados los problemas que plantea el control de la legalidad del auto de responsabilidad administrativa que se fundamente en dicho artículo:

a) El control de la necesidad del gasto

En nuestro país, tradicionalmente, ha sido el Poder Ejecutivo quien ha determinado si un gasto es o no necesario para el funcionamiento de la Administración. Por supuesto que para la ejecución de ese gasto debe contar el administrador con los créditos asignados en el presupuesto, sea éste nacional, del organismo descentralizado, estadal o municipal.

Ahora bien, en el mencionado Art. 41, LOSPP, se contemplan algunos supuestos donde la determinación de la necesidad del gasto, en última instancia, se desplaza del Poder Ejecutivo al Organo Contralor. En efecto, de acuerdo a esta norma, serán sancionados los funcionarios que:

- i) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las necesidades del organismo.
- ii) Contraten servicios que no sean estrictamente necesarios a los fines del organismo.
- iii) Contraten personal supernumerario innecesario para el funcionamiento del organismo.
- iv) Autoricen gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las necesidades estrictamente protocolares del organismo.

En todos estos casos, aun cuando el Ejecutivo tome una determinación sobre la necesidad del gasto, es la Contraloría General de la República quien decide *a posteriori*, si el gasto era o no necesario a los fines del organismo. De allí surgen diversos problemas que obligan a enjuiciar la norma desde el punto de vista de su mérito o de su constitucionalidad

Desde el punto de vista del mérito, estimamos que la disposición a que nos referimos es inconveniente e inoportuna. En efecto, es fácil prever que el temor de la sanción puede inhibir al administrador para adoptar determinadas decisiones, que pueden ser importantes para el funcionamiento del organismo, a pesar de tener en su presupuesto el crédito correspondiente.

Desde el punto de vista de la constitucionalidad de la norma, y esto es lo más importante a los efectos del presente estudio, la disposición a que aludimos presenta claros visos de inconstitucionalidad. En efecto, corresponde al Presidente de la República administrar la Hacienda Pública Nacional (Art. 190, ord. 12 de la Constitución).

Esa atribución la realiza el Presidente a través de sus órganos directos, que son los Ministros, y por intermedio de los funcionarios que determine la Ley, o a quienes los órganos autorizados deleguen tales funciones. Entre las facultades, atribuciones y deberes que comprende la "administración" de la Hacienda Pública, se encuentra la de determinar la necesidad de un gasto, dentro de las disponibilidades financieras y sin salirse del marco jurídico que condiciona la actuación del administrador.

Corresponde a la Contraloría General de la República velar porque la actividad del administrador se realice conforme a los recursos asignados y a las normas que rigen las operaciones sobre los fondos públicos, pero no puede dicho órgano juzgar la conveniencia, oportunidad o necesidad de una decisión de gastar sin incurrir en una usurpación de funciones.

Por otra parte, la disposición que comentamos es contradictoria con otras normas de la misma LOSPP, pues conforme al Art. 32 ejusdem, el funcionario responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. En este caso, no hay infracción a una norma legal o reglamentaria, sino un juicio de mérito de la Contraloría sobre la decisión del administrador, emitido a posteriori

Como consecuencia de lo expuesto, el artículo 41 de la LOSPP contiene disposiciones que, además de debilitar al Poder Ejecutivo, lo cual no es conveniente, configuran una usurpación de funciones, lo cual es inconstitucional.

b) El control de los precios

Tradicionalmente se ha asignado a la Contraloría General de la República el control previo sobre los Despachos del Ejecutivo, quienes "antes de proceder a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, deberán someter éstos a la aprobación de la Contraloría". Dentro de ese control previo sobre los compromisos la Contraloría verificará, entre otros extremos, "que los precios sean justos y razonables" (Art. 18 LOCGR). Asimismo se prevé en el Parágrafo Unico del artículo mencionado que la Contraloría "advertirá al ente contratante las violaciones que observare en las estipulaciones proyectadas, con señalamiento expreso de las responsabilidades que podrían surgir si el contrato fuese celebrado sin subsanar tales irregularidades".

Hasta aquí las funciones de control se han mantenido dentro de sus justos términos. El problema se plantea cuando en la LOSPP se dispone que serán sancionados con multa de diez mil a quinientos mil bolívares, los funcionarios públicos que:

- i) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales a precios superiores a los del mercado.
 - ii) Contraten servicios a precios superiores a los del mercado.

Diversas observaciones suscita esta norma:

En primer lugar, están exentos de esta sanción los órganos sometidos al control previo sobre los compromisos, porque se supone que la Contraloría ha verificado "que los precios sean justos y razonables". Además, tampoco se pueden imponer sanciones en los casos en que ha habido licitación o concurso, porque estos mecanismos son precisamente los que determinan el precio de mercado.

En segundo lugar, esta disposición se refiere a las adquisiciones de bienes o servicios a precios superiores a los del mercado, pero no a las ventas a precios inferiores. Cuando los productos que se adquieren están sometidos a regulación de precios, no existe ningún problema para aplicar esta norma. La dificultad surge cuando se trata de adquirir bienes o servicios que no están sometidos a control previo, cuyos precios no están regulados y con respecto a los cuales no es posible aplicar el mecanismo de la licitación o del concurso o éstos no son obligatorios. Es de hacer notar que en nuestro país no existe Ley de Licitaciones o Concursos, sino que éstos se realizan con respecto a la Administración Nacional, en los casos exigidos por el Instructivo 24 dictado por el Presidente de la República, donde por lo demás se prevén numerosas excepciones.

En concreto, los mayores problemas que suscita esta norma se refieren a los casos en que un organismo público autónomo estima necesario o conveniente adquirir un inmueble determinado. En este caso, no está contemplado el control previo sobre el compromiso ni es posible aplicar el mecanismo de la licitación, pues se trata de un objeto individualizado.

Como causal de responsabilidad administrativa, la Ley exige que los precios de las adquisiciones sean superiores a los del mercado, lo cual no significa que los precios sean superiores a los que señale el avalúo de la Contraloría, realizado con posterioridad a la operación.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico, el problema se plantea en los siguientes términos: la responsabilidad administrativa se declara por infracciones a las leyes o reglamentos, es decir, por la transgresión de una regla previsiva y no del *status* ético-jurídico, tal como lo ha expresado el doctor Chiossone.

Es de la esencia de la transgresión administrativa la infracción de un ordenamiento objetivo y previamente establecido, por lo cual en esta materia no se admite ni la tentativa ni la frustración. Ahora bien, en la hipótesis que examinamos, cuando de la confrontación de la oferta y la demanda surge un precio y se realiza la contratación, no existe infrac-

ción a ninguna norma legal o reglamentaria, aun cuando el avalúo de la Contraloría arroje un precio menor para el objeto del contrato.

Distinta es la situación cuando el organismo público ha infringido normas sobre licitaciones o sobre cualquier otro aspecto relacionado con el manejo de los fondos públicos y, más diferente es aun cuando se comprueba que el funcionario público ha utilizado sus poderes legales para enriquecerse o para derivar alguna utilidad en su beneficio o en el de otra persona. Este último supuesto está previsto como delito en la LOSPP, pero no es el caso que nos ocupa.

Ahora bien, si no existe transgresión de normas preexistentes en este caso, ocurre lo que señalaba el doctor Chiossone: el órgano de control ha creado la figura del entuerto o la transgresión para el caso específico, lo cual no se admite en Venezuela.

Dicho de otro modo: la Administración está sometida al principio de la legalidad y las infracciones a ese principio pueden acarrear diversas sanciones (nulidad del acto, responsabilidad civil, penal, disciplinaria o administrativa del funcionario, responsabilidad civil de la Administración). Aun cuando la ausencia de tipicidad en materia de responsabilidad administrativa es un hecho en nuestro país, cuando menos se exige en la Ley que para declarar dicha responsabilidad, el funcionario haya incurrido en la infracción de normas legales o reglamentarias (Arts. 32 y 42 LOSPP), es decir, que haya ilegalidad en la decisión.

Si una decisión no es ilegal, el funcionario no puede ser declarado responsable en lo administrativo, pues no procede la sanción por desacuerdo del órgano contralor con el mérito de la operación. El juicio sobre la oportunidad o conveniencia de un negocio jurídico no puede quedar a la discrecionalidad de la Contraloría, pues entonces estaríamos en presencia de una usurpación de funciones similar a la que analizamos en el punto precedente, lo cual vicia de inconstitucionalidad no sólo a la decisión particular del órgano contralor, sino también a la norma legal que le sirve de fundamento.