

Publicado en el libro:

Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías, (Prefacio José Moya, Presentación William Zambrano Cetina), Universidad del Rosario, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Ibañez, Bogotá 2017, pp. 21-46.

DE LA LEY DE LICITACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN VENEZUELA: UNA ESTRECHA REFORMA QUE AMPLIÓ EL RADIO DE LAS EXCEPCIONES AL RÉGIMEN DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y A LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA *

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

I. ANTECEDENTES DEL CONTROL SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Entre las limitaciones a la libertad contractual que se han impuesto progresivamente en el mundo contemporáneo a las Administraciones Públicas en su actividad contractual, hay que destacar todas aquellas impuestas por la necesidad de controlar el correcto manejo de los fondos públicos, que han apuntado a garantizar que la contratación efectuada obedezca a los mejores intereses del Estado, y que la escogencia de los contratistas de la Administración sea la más adecuada a su satisfacción.

La Administración, en consecuencia, no siempre es libre de contratar ni de seleccionar libremente su cocontratante, de manera que excepto en los contratos que tengas que celebrarse *intuitu personae*, en general, la misma está sometida a normas de control, tanto interno como externo, tendientes a garantizar dichas mejores condiciones para el Estado y en particular, asegurar las mejores condiciones objetivas en la selección de los contratistas para la mejor satisfacción de los intereses que gestiona la Administración.

1. Antecedentes del control interno: la licitación

En el ámbito del control interno, las limitaciones impuestas a la libertad de contratación de las entidades públicas tuvieron su origen en Venezuela en las previsiones de la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Nacional sancionada desde comienzos del siglo pasado, de la cual quedan aún en vigencia escasas normas, al prescribir tímidamente una especie de “recomendación” para que en las contrataciones públicas de obras públicas y de suministros se empleara la técnica de la licitación pública para escoger los contratistas.¹ A tal efecto, el artículo 427 de dicha Ley dispuso solo que

* Texto preparado para la exposición en el *Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica, Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías*, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, New York, 31 de marzo de 2017

¹ Véase sobre estos antecedentes véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

“en cuanto sea posible, los contratos para construcción de obras y los de suministros y servicios, que se propongan celebrar los Despachos Ejecutivos, serán objeto de licitaciones.”

La Administración quedaba entonces libre de evaluar la posibilidad de aplicar el procedimiento, y la recomendación se formuló solo para dos tipos de contratos: los de obra pública y los de suministros, y ni siquiera en forma general, pues en la misma norma ya se exceptuaban los contratos en que estuviese interesada la defensa nacional, los relativos a servicios técnicos y aquellos cuyo monto no excediera de un monto determinado establecido en la Ley que quedaban fuera de la recomendación de acudir a la licitación para escoger a los contratistas.

La norma en todo caso, fue desarrollada reglamentariamente, por ejemplo en relación con los contratos de obra pública, mediante la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, N° 8 de 8 de marzo de 1947,² estableciéndose la necesidad de principio de que en los contratos que celebrasen las dependencias de este Despacho ministerial y los Institutos Autónomos que le estuviesen adscritos, se escogiese a los contratistas mediante licitación.

La norma también se desarrolló reglamentariamente en materia de contratos de suministros, por ejemplo, en el Reglamento de Compras del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, estableciendo el procedimiento de licitación para los mismos en forma obligatoria.³

2. Antecedentes del control externo: el control previo de compromisos

En cuanto al control externo sobre la contratación, también pueden mencionarse como antecedentes los mecanismos de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, que comenzaron a establecerse desde que se creó dicho órgano de control en las primeras décadas del siglo pasado, como un régimen de control previo de compromisos.⁴

En la tradición de ese régimen, el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, reformada en 1984⁵, por ejemplo aún disponía que todos los contratos que celebrasen los Despachos del Ejecutivo Nacional que implicaran compromisos financieros para la República, debían someterse a la aprobación previa de la Contraloría General de la República.

A tal efecto, según la naturaleza y modalidades del compromiso, la Contraloría debía verificar

1. Que el gasto estuviese correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados;
2. Que existiera disponibilidad presupuestaria;
3. Que los precios fueran justos y razonables; y

² Véase en *Compilación Legislativa*, tomo III, Editorial Andrés Bello, Caracas p. 914. Véase además el Decreto Reglamentario de las Obras Públicas de 14 de abril de 1909, artículos 7 al 12, en *Compilación legislativa*, cit., tomo II, p. 894.

³ Resolución N° 1.400 del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de 8 de octubre de 1958, artículo 3, en *Gaceta Oficial* N° 25.780 de 8 de octubre de 1958.

⁴ Véase sobre estos antecedentes Allan R. Brewer-Carías, "La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.C.V. N° 28, Caracas, 1964, pp. 61–112; y en *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial*. N° 1.712 Extra de 6–1–75 y en *G.O.* N° 3.482 de 14–12–84.

4. Que se hubieran previsto las garantías necesarias y suficientes para responder de las obligaciones que debía asumir el contratista.

La regulación era de tal naturaleza, que no podía iniciarse la ejecución de estos contratos mientras las estipulaciones que contenían los respectivos compromisos financieros no hubiesen sido previamente aprobadas por el órgano de control.

El ámbito del control se definía respecto de cuatro aspectos: la legalidad de la imputación del compromiso; la disponibilidad presupuestaria; los precios y la constitución de garantías.⁶

Sobre otros aspectos de la legalidad del contrato el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, exigía incluso que la Contraloría los verificara, atribuyéndole competencia para advertir al ente contratante sobre las violaciones que observare en las estipulaciones proyectadas, con señalamiento expreso de las responsabilidades que pudieran surgir si el contrato fuera celebrado sin subsanar tales irregularidades.

Este control previo de compromisos abarcaba en principio a todos los contratos para la adquisición de bienes o servicios y, en general, todos los que implicasen compromisos financieros para la República. Sin embargo, el artículo 19 de la Ley Orgánica dispuso que mediante ley especial se podía excluir del control previo a los contratos que fueran requeridos para el desarrollo de determinados programas, por el lapso que la misma ley fijase.

En ese sentido de reserva legal, además, la propia Ley Orgánica estableció una serie de excepciones al control previo de compromisos de los contratos, según que estuviesen sometidos a otros controles, según la cuantía de los contratos, según que existieran situaciones extraordinarias, o que se tratase de contratos para actividades de defensa y seguridad del Estado.

La primera excepción se refería, de acuerdo al artículo 22 de la Ley Orgánica, a los contratos que celebrase el Ejecutivo y que debían ser autorizados o aprobados por el Congreso,⁷ Tampoco se requería tal aprobación en los casos de adquisición de bienes como consecuencia de un procedimiento expropiatorio por causa de utilidad pública o social, en el cual el precio se hubiese determinado de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley de Expropiación.

La Ley Orgánica también estableció, en su artículo 21, la excepción al control previo en caso de situaciones de emergencia, como en caso de calamidades públicas o de conflicto interior o exterior, y en otros análogos, cuando fuera de urgente necesidad la ejecución de determinadas obras o la adquisición de bienes, en cuyo caso no se exigía el cumplimiento de la formalidad del control previo. Sin embargo, la Ley precisó que la ejecución de las mencionadas obras debían realizarse “previa consulta al Contralor,” con el fin de que dicho funcionario pudiera adoptar las medidas de control que se considerase convenientes.

En cuanto a la cuantía, el artículo 20 de la Ley Orgánica, atribuyó al propio Contralor General de la República la posibilidad de exceptuar del control previo de compromisos a los que no excedieran de determinado monto, lo que debía publicarse en la *Gaceta Oficial*,

⁶ Sobre el contenido del control previo, véase Contraloría General de la República. *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938–1968*, tomo III, Caracas 1968, pp. 80 ss.

⁷ Véase en tal sentido la doctrina de la Contraloría General de la República en *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938–1968*, tomo III, Caracas, 1968, p. 57 y tomo IV, pp. 306 y 307.

con el establecimiento de los casos y condiciones en que procediera la excepción y los requisitos que se debían cumplir.

Por último, el artículo 28 de la Ley Orgánica, en general, excluía de las disposiciones de control establecidas en la misma, a los gastos destinados a la defensa y seguridad del Estado, calificadas como tales en el Reglamento de la Ley Orgánica dictado por Decreto N° 1.698 de 1991⁸.

II. DEL CONTROL EXTERNO AL CONTROL INTERNO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El anteriormente mencionado régimen de control externo de los contratos públicos a cargo de la Contraloría General de la República, que en general se refería a todo tipo de contrato público, y que fue en definitiva el más importante instrumento de control establecido para asegurar una adecuada selección de los contratistas en la Administración, Pública, se eliminó a partir de 1975 con la sanción de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual en esta materia se sustituyó dicho control externo por un sistema de control interno que la Administración estaba obligada a realizar, en particular en materia contractual, derogándose adicionalmente las viejas normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional antes mencionadas.

A tal efecto, la Ley Orgánica de la Contraloría, la cual ha sido reformada posteriormente varias veces,⁹ definió el control interno como un sistema que debe comprender el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados dentro de un ente u organismo sujeto a la Ley, “para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas” (art. 35). La responsabilidad por el establecimiento de dicho sistema, así como su organización y evaluación corresponde íntegramente a las máximas autoridades jerárquicas de cada ente, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del mismo (art. 36).

Es precisamente ese sistema de control interno el que se debía implantar en los entes y organismos del sector público, el que debía garantizar que “antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros,” los funcionarios responsables se asegurasen del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.
2. Que exista disponibilidad presupuestaria.
3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.
4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes; y
5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que fuere necesario, y las demás Leyes que fueren aplicables” (art. 38).

⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 34.749 de 4-7-91.

⁹ Véase por ejemplo, *Gaceta Oficial* No 37.347 de 7 de diciembre de 2001

Asimismo, el sistema de control interno debía garantizar que antes de que se procediera a realizar pagos, los responsables se asegurasen del cumplimiento de todos los requisitos que antes configuraban el control previo de compromisos por parte de la Contraloría General de la República, en particular:

- “1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
2. Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.
3. Que exista disponibilidad presupuestaria.
4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes; y
5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.”

III. EL INICIO REGLAMENTARIO DEL RÉGIMEN DE LICITACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como consecuencia de las anteriormente mencionadas previsiones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República introducidas a partir de 1975, que dieron origen a la prevalencia del control interno sobre el control externo en materia de contratación pública, puede decirse que se consolidó entonces el régimen de licitación pública para la selección de contratistas.

A tal efecto, a comienzos de 1976 y de conformidad con el antes mencionado artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el Presidente de la República emitió el Instructivo Presidencial N° 24, sobre *Normas de Licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles*,¹⁰ en el cual por primera vez se establecieron normas para la selección de contratistas en los contratos de obra pública y suministros, destinadas a ser aplicadas “a los organismos de la Administración Pública Nacional.”¹¹

Dicho Instructivo N° 24 fue posteriormente modificado con fecha 26 de enero de 1977¹² y luego derogado y sustituido por el *Reglamento sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directas para la Construcción de Obras y Adquisición de Bienes Inmuebles por la Administración Central* dictado por Decreto N° 1.980 de 29 de abril de 1983¹³. Este Decreto fue luego modificado tres veces: primero, por Decreto N° 337 de 14 de noviembre de 1984; luego por Decreto N° 534 de 15 de marzo de 1985 y, por último, por Decreto N° 133 de 12 de abril de 1989.¹⁴

Este Decreto N° 133 de 1989, como su nombre lo indicó, contenía un Reglamento cuyo contenido era directamente aplicable a las contrataciones realizadas por la Administración Central. Por tanto, el sujeto de derecho público contratante, al cual se aplicaba el Reglamento, era la República, cuando actuaba a través de algunos de los órganos que

10 Véase en *Gaceta Oficial* N° 30.905 de 27 de enero de 1976.

11 También se destinó el Instructivo a ser aplicado a los Institutos Autónomos. En cuanto a las empresas del Estado, se prescribió que éstas debían adoptar normas, adaptadas al Instructivo, aun cuando con la posibilidad de que se previeran modalidades especiales (artículo 1).

12 Véase en *Gaceta Oficial* N° 31.161 de 26 de enero de 1977.

13 Véase en *Gaceta Oficial* N° 32.317 de 3 de mayo de 1983.

14 Véase en *Gaceta Oficial* N° 33.105 de 15 de noviembre de 1984, *Gaceta Oficial* N° 33.188 de 20 de marzo de 1985 y *Gaceta Oficial* N° 34.200 de 17 de abril de 1989, respectivamente.

conforman su Administración Central y que se encontraban reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Central (Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, Autoridades de Área, por ejemplo).¹⁵ Por tanto, a diferencia de lo que establecía el Instructivo N° 24, el contenido normativo de dicho Reglamento no tenía aplicación directa respecto de la denominada Administración Descentralizada, es decir, respecto de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, por lo que éstos no estaban regidos directamente por sus normas. Los Ministros, por ello, fueron encargados de dictar en un breve lapso “las medidas necesarias para que los Institutos Autónomos adscritos a sus Ministerios y las empresas del Estado bajo su tutela se ajustasen a sus disposiciones.”¹⁶

Debe advertirse, sin embargo, que si bien todas las contrataciones de obras y de suministros de la Administración Central y Descentralizada debían ajustarse al Reglamento, en el artículo 40 del mismo se estableció la posibilidad expresa de que el Presidente de la República, a solicitud del Ministro respectivo, pudiera decidir que las normas del mismo no se aplicasen a la selección de contratistas por parte de determinado ente u organismo, en atención a la naturaleza de sus actividades o fines. El artículo 40 del Reglamento prescribió además, en forma general, que el Presidente de la República podía aprobar también, a solicitud del Ministro correspondiente, normas especiales para la selección de contratistas por parte de determinados Institutos Autónomos o empresas del Estado o ratificar los regímenes o sistemas existentes sobre la materia.

Se inició, así, en paralelo a la previsión de las normas para la selección de contratistas, las normas de excepción, que tanto daño han hecho a la Administración, y que convirtieron finalmente la excepción en la regla.

IV. LA LEY DE LICITACIONES DE 1990 Y SUS EXCLUSIONES

El régimen reglamentario antes mencionado estuvo en vigencia hasta 1990, cuando se promulgó la Ley de Licitaciones de 10 de agosto de 1990¹⁷, texto que reguló la materia derogando todas las disposiciones que colidían con la misma (artículo 80), estableciendo los procedimientos de selección de contratistas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios (artículo 1) por parte de casi todos los órganos que conforman el sector público (art 2).¹⁸

Esta Ley de Licitaciones, sin embargo, desde que se concibió, fue para no ser aplicada a todos los contratos públicos que celebrase la Administración Pública, ni para ser aplicada a todos los entes estatales que la componen. Siempre tuvo, en cambio, un ámbito de aplicación limitado que se definió en sus dos primeros artículos.

¹⁵ Véase sobre la organización de la Administración Central en esa época en Allan R. Brewer-Carías, “Principios generales de la organización administrativa de la Administración Central, con particular referencia a la administración ministerial” en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 5-22

¹⁶ Por ejemplo, la Resolución N° 529 del Ministerio del Ambiente en relación a los contratos a celebrarse por el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, en *Gaceta Oficial* N° 32.777 de 28 de julio de 1983.

¹⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 34.528 de 10 de agosto de 1990. Sobre la Ley, véase en general Allan R. Brewer-Carías, "El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones", en *Revista de Derecho Público*, N° 42, Caracas 1990, pp. 5 a 26

¹⁸ El Reglamento de la Ley se dictó por Decreto N° 1.400 de fecha 27 de diciembre de 1990 reformado por Decreto 1.906 de 17 de octubre de 1991 en *Gaceta Oficial* N° 34.980 de 30 de octubre de 1991.

En efecto, de acuerdo al artículo 19 de la Ley, los contratos a cuyo proceso de selección de contratista se aplicaba la Ley solo fueron los contratos públicos para la ejecución de obras (donde se ubica, por supuesto, a los contratos de obra pública), los contratos para la adquisición de bienes (donde se ubica a los contratos de suministro de bienes muebles) y los contratos para la prestación de servicios (donde están los contratos de obra o de prestación de servicios públicos o personales). La Ley, además, estableció una exclusión expresa respecto de su aplicabilidad, al prescribir en su artículo 73 que:

“quedan excluidos de la aplicación de esta Ley aquellos contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o para la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial hayan de ser pagados con préstamos otorgados por organismos financieros internacionales, que tengan sus normas propias de licitación y que en los respectivos contratos de préstamos se hubiere previsto la obligación de regirse por ellas.”

En cuanto a los entes estatales o sujetos de derecho estatales a los cuales se aplicaban los procedimientos de selección de contratistas que reguló la Ley, el artículo 2 precisó que eran: la República, los institutos autónomos nacionales, las asociaciones civiles de la República y las empresas del Estado de la República, en las cuales ésta y los institutos autónomos nacionales tuviesen participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social del respectivo ente.

La Ley, en todo caso, previó un régimen particular para la empresa pública petrolera nacionalizada, Petróleos de Venezuela S.A (PDVSA) y sus empresas filiales, al establecer que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, dentro de los noventa (90) días siguientes a la publicación de la ley, debía dictar un Reglamento que regulase los procedimientos de selección del contratista que realizasen dichas empresas (artículo 74).¹⁹ Sobre esta excepción, además, el artículo 76 de la Ley agregó que:

“En dicho Reglamento sólo podrán excluirse, por vía de excepción de la aplicación de esta ley, aquellas contrataciones que versen sobre obras, servicios o adquisiciones de significativa complejidad, inherentes a las actividades de exploración, extracción, refinación, procesamiento y comercialización de hidrocarburos y ubicadas en zonas críticas de operación.”

La Ley se aplicaba además, a las fundaciones del Estado, y a los contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios que celebren los Estados y Municipios “cuando los precios de los contratos a que se refiere esta ley hayan de ser total o parcialmente pagados con aportes, distintos a los del Situado Constitucional, de alguno de los sujetos señalados en los ordinales al 59 de este artículo.”

En consecuencia, los contratos que celebrasen los Estados y Municipios para ser pagados con sus ingresos propios (incluyendo los provenientes del Situado Constitucional) no quedaban sometidos a las normas de la Ley de Licitaciones, teniendo las entidades territoriales mencionadas entera autonomía para regular la materia. Sin embargo, en forma supletoria, la Ley estableció el principio de que sus normas regirían los procesos de selección del contratista por parte de los Estados y Municipios, “en cuanto sea aplicable” (artículo 77).

A pesar de que la Ley se denominó Ley de Licitaciones y de que expresamente el artículo 3 de la misma prescribiera que “todos los procedimientos de selección del contratista,” promovidos por los entes a los que se aplicaba, se debían hacer a través de

¹⁹ Dicho Reglamento se dictó por Decreto N° 1.247 de 8 de noviembre de 1990, en *Gaceta Oficial* N° 34.591 de 9 de noviembre de 1990.

licitaciones, las cuales podían ser generales o selectivas; en realidad, en la Ley se establecieron dos procedimientos generales para la celebración de los contratos, que respondían a las formas clásicas de la contratación de los entes estatales: primero los casos en los cuales el ente estatal podía escoger directamente al cocontratante, sin concurrencia u oposición, de la misma forma como se realiza normalmente en los contratos entre particulares; o segundo, los casos que debían estar regidos por el principio de la concurrencia competitiva entre varios oferentes.

En el primer caso se trataba de la figura de la adjudicación directa, la cual podía proceder conforme al artículo 33 de la Ley, cuando el monto del contrato de adquisición de bienes, contratación de servicios, o construcción de obras, no fuese mayor a una determinada cantidad establecida en la Ley, o su ejecución se encomendase a un organismo del sector público. Además, el artículo 34 de la Ley expresamente permitió proceder por adjudicación directa, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justificase adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:

“1° Si se trata de suministros requeridos para el debido desarrollo de un determinado proceso productivo o de trabajos indispensables para el buen funcionamiento o la adecuada continuación o conclusión de una obra, imprevisibles en el momento de la celebración del contrato;

2° Si se trata de la adquisición de obras artísticas o científicas;

3° Si, según la información suministrada por el Registro Nacional de Contratistas, los bienes a adquirir los produce o vende un solo fabricante o proveedor o cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra excluyen toda posibilidad de competencia;

4° En caso de contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios en el extranjero, en los que no fuere posible aplicar los procedimientos licitatorios, dadas las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes, equipos o servicios;

5° En caso de calamidades que afecten a la colectividad o de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente; o

6° Si se trata de obras o bienes regulados por contratos resueltos o rescindidos y del retardo por la apertura de un nuevo proceso licitatorio pudieren resultar perjuicios para el organismo promovente.”

En todos los otros casos en los cuales no procediera la adjudicación directa, la Administración, para la selección de contratistas en los contratos de obra o de suministro, debía seguir el procedimiento de licitación, siendo la consecuencia de la falta de cumplimiento del procedimiento licitatorio en esos casos, conforme a la ley, la nulidad del contrato (art. 63).

La licitación, de acuerdo con las previsiones de la Ley podía ser de dos tipos: general o selectiva. En cuanto a la licitación general, la definía el artículo 4 de la Ley como “el procedimiento de selección del contratista en el que puede participar cualquier inscrito en los registros previstos en esta ley, previo el cumplimiento de las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación,” siendo obligatorio acudir a este procedimiento conforme al artículo 29 de la Ley, en casos de montos superiores a determinadas cantidades significativas, los cuales podían ser variados regularmente (art. 60). En cuanto a la licitación selectiva se la definió como “el procedimiento de selección del contratista en el

que los participantes, inscritos en los registros previstos en esta ley, son escogidos por el ente promovente” (art. 5).

La Ley de Licitaciones, en todo caso, fue objeto de una reforma posterior en 2001 orientada a ampliar el marco de las exclusiones de contrataciones del procedimiento de selección de contratistas, a cuyo efecto se incorporó una norma de exclusión de la aplicación de la misma referida a “los contratos que tengan por objeto el arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiamiento y la adquisición de bienes inmuebles, los contratos de seguros y los servicios financieros prestados por entidades regidas por la Ley General de bancos y otras Instituciones Financieras (art. 3).

Además, en la misma reforma de la Ley de 2001, se excluyó en general de la aplicación de la misma “los procesos de selección de contratistas para la construcción de obras, la adjudicación de bienes y la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados” (art. 4).

Con ello, la aplicación de la Ley de Licitaciones quedó en buena parte sujeta a la definición de alguna que otra política internacional definida por parte del Gobierno, lo que efectivamente se concretó mediante los innumerables convenios de cooperación que desarrolló suscribió el gobierno durante los últimos tres lustros, lo que al menos para la contratación de las grandes obras públicas y adquisiciones de bienes, implicó la exclusión de la aplicación del procedimiento de selección de contratistas, aún cuando limitado a los casos en los cuales el valor total o parcial hubiera de ser sufragado con recursos provenientes de dichos acuerdos de cooperación.

V. LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS SANCIONADA EN 2008 Y LA CONTINUACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

La Ley de Licitaciones fue derogada por la Ley de Contrataciones Públicas sancionada en 2008,²⁰ la cual a pesar de su nombre en realidad continuó siendo básicamente una ley reguladora de los procesos de selección de contratistas, pero igualmente con un limitado alcance tanto subjetivo como sustantivo.

Desde el punto de vista *subjetivo*, es decir, de los sujetos de derecho o personas jurídicas estatales a los cuales se aplicaba la Ley, la misma hizo referencia a que se aplicaba a “*la actividad del Estado* para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obra” (art. 1), con la intención, sin duda, de establecer un marco regulador aplicable omnicomprensivamente a todos las personas jurídicas o sujetos de derecho que componen el “Estado.”

Sin embargo, al definirse en el artículo 3 a los sujetos a los cuales se aplica la Ley, la misma incurrió en el error de enumerar entre quienes pueden contratar no sólo a “personas jurídicas” estatales sino a determinados “órganos” de las mismas los cuales por supuesto no tienen “personalidad jurídica.” Es decir, la Ley enumeró indistintamente como “contratantes” tanto a diversas personas jurídicas estatales como a diversos órganos de las

²⁰ Véase en *Gaceta Oficial* No. 38895 de 25 de marzo de 2008. Véanse sobre esta Ley los comentarios en el libro Allan R. Brewer-Carías, Carlos García Soto, Gustavo Linares Benzo, Víctor Hernández Mendible, José Ignacio Hernández G., Luis Alfonso Herrera Orellana, Miguel Mónaco, Manuel Rojas Pérez, Mauricio Subero Mujica, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008

Administraciones Públicas (nacional, estatal y municipal), los cuales obviamente no son ni sujetos de derecho ni personas jurídicas. La Ley se refirió, en efecto, a “los órganos y entes sujetos” a su normativa, mezclando en la enumeración del artículo 3 tanto a órganos de las Administraciones Públicas (nacional, estatal y municipal) como a diversas personas jurídicas estatales.

A tal efecto, el artículo 3 de la Ley, al precisar el “ámbito de aplicación” de la misma en lo que sería su ámbito subjetivo, dispuso que será aplicable “a los *sujetos* que a continuación se señalan”:²¹

1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizado.
2. Las Universidades Públicas.
3. El Banco Central de Venezuela.
4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo.
5. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.
6. Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria.
7. Los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.

Si bien en los ordinales 2 a 7 se identifican con precisión algunos “sujetos de derecho,” en el sentido de personas jurídicas estatales, en el ordinal 1º no ocurre tal cosa, y en cambio se enumeran “los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizado.”

Esta última expresión, por supuesto, en sí misma es totalmente incorrecta, ya que de acuerdo con la Constitución no existen ni pueden existir “órganos del Poder Público” porque éste (el Poder Público) no es un “ente” público sino una potestad estatal, por lo que en realidad lo que existen son “órganos que ejercen el Poder Público” (art. 137), es decir, la potestad estatal.

Por otra parte, no existe en Venezuela, como se expresa en la norma, un Poder Público “Central y Descentralizado,” sino que lo que hay es una distribución territorial del Poder Público, como potestad estatal, en tres niveles de gobierno: nacional, estatal y municipal. En cambio lo que sí existe es una “Administración Pública” central o descentralizada en los términos establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, al regular la descentralización funcional.²²

Por otra parte, en relación con la referencia a “órganos” y “entes” en el artículo 3.1 de la Ley, debe precisarse en el marco de dicha Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 15 se define como “órganos,” a las unidades administrativas de la República, de

²¹ En el artículo 6,1 la Ley vuelve a calificar como "sujetos" a todos los que enumera en el artículo 3, incluyendo los "órganos" que ejercen el poder público; aún cuando indica que son "órgano o ente contratante".

²² Artículos 96 ss. Véase en *Gaceta Oficial Extra*. N° 5.890 de 31 de julio de 2008.

los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio; y como “entes” toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores de adscripción y de la Comisión Central de Planificación. El artículo 15 de la Ley Orgánica, además de los órganos y de los entes, regula a las “misiones” como integrando la Administración Pública, definiéndolas como “aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población.” Estas últimas, por tanto, en 2008 no estaban sujetas a las previsiones de la Ley de Contrataciones Públicas.²³

En consecuencia, lo que hay que interpretar del artículo 3.1 de la Ley de Contrataciones Públicas es que allí lo que el legislador quiso decir fue que la misma se aplica a los “órganos” de los siguientes sujetos que son la República, los Estados, los Municipios y distritos metropolitanos, por una parte, y por la otra, a todos los entes descentralizados de las Administraciones Públicas nacionales, estatales y municipales,²⁴ los cuales conforme se establece en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pueden ser con forma de derecho privado (por ejemplo, las empresas del Estado) y con forma de derecho público, en este último caso, apuntando a las personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y que pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

En cuanto al ámbito *sustantivo* de aplicación de la Ley, es decir, los contratos públicos que se deben regir por sus disposiciones, debe decirse de entrada, que a pesar del nombre de la Ley (Ley de Contrataciones Públicas), no todos los contratos públicos celebrados por los entes públicos quedaron sujetos a las disposiciones de la Ley, ya que ésta, al definir su “objeto” de aplicación, en el mismo artículo 1º redujo dicho ámbito sólo a los *tres tipos* de contratos públicos que se mencionaban en la vieja Ley de Licitaciones: los contratos de

²³ Véase sobre dichas “misiones” los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de las Misiones y su aparataje burocrático en el Decreto Ley de la Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro Misiones de noviembre de 2014,” en *Revista de Derecho Público*, No 140 (Cuarto Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 124-127 .

²⁴ En ese sentido es que se estableció en 2008, por ejemplo, la enumeración del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (Decreto Ley N° 6.233), en cuyo artículo 6 se estableció lo siguiente: “Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente: 1. La República. 2. Los estados. 3. El Distrito Metropolitano de Caracas. 4. Los distritos. 5. Los municipios. 6. Los institutos autónomos. 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público. 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional. 9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en este artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto.” *Gaceta Oficial* Extra N° 5.891 de 31 de julio de 2008.

adquisición de bienes, los contratos de prestación de servicios y los contratos de ejecución de obras.²⁵

En consecuencia, los otros tipos de contratos públicos como por ejemplo, los contratos de concesión de servicios públicos, los contratos de concesión de obra pública, los contratos de empréstito público, los contratos de venta de bienes públicos, no están sujetos a sus disposiciones. Tampoco están incorporados en la enumeración del “objeto” de la Ley, los contratos de arrendamiento de bienes. Sin embargo, en este punto no debe dejar de advertirse que al excluir el artículo 5.3 de la misma Ley, a los contratos de “arrendamiento de bienes inmuebles” de la aplicación de las normas relativas a las “modalidades de selección de contratistas,” parecía que implícitamente, por interpretación a contrario, respecto de las otras normas de la Ley, las mismas si se aplicaban a los contratos de arrendamiento, aun cuando estos no pudieran ser incluidos dentro de los tres supuestos que se indican taxativamente en la Ley (adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras).

Pero incluso respecto de los tres mencionados tipos de contratos que configuran el “objeto” de la Ley, la misma excluye total o parcialmente de su ámbito de aplicación a algunos de ellos, con lo que el ámbito sustantivo de la misma se encuentra aún más reducido.

En efecto, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas, quedan excluidos de la aplicación de la totalidad de sus normas, los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios:

“que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios.”

En este caso, la exclusión fue mucho más amplia que la que establecía el artículo 3 de la reforma de la Ley de Licitaciones de 2001, que se refería a esos contratos cuando estuvieren financiados en el marco de esos convenios internacionales.

La Ley de Contrataciones Públicas en cambio eliminó esa referencia, y amplió la exclusión de la aplicación de la totalidad de la Ley en relación a esos contratos cuando los mismos se celebren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación que haya celebrado la República con otros Estados, incluyendo la contratación por parte de las personas jurídicas estatales a las que se aplica la Ley, con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios. De nuevo, teniendo como marco las centenas de convenios de cooperación firmados por la República con todo tipo de Estados Extranjeros, materialmente ninguna gran obra pública o gran proceso de adquisición de bienes desde 2008 se ha sometido a licitación. Piénsese solo en los contratos celebrados con empresas constructoras extranjeras, como la brasileña Odebrecht, en el marco de las decenas de convenios de cooperación suscritos durante varios lustros entre los gobiernos de Brasil y Venezuela, por los Presidentes Lula Da Silva y Chávez, todos los cuales además, en 2017, seguían paralizados e inconclusos.²⁶

²⁵ Incluso en el artículo 6.5 de la ley, al definir la palabra “contrato,” se indica que "Es el instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, prestación de un servicio o suministro de bienes, incluidas las órdenes de compra y órdenes de servicio".

²⁶ Véase por ejemplo, la reseña de Diego Oré, “Stalled Brazilian Odebrecht projects decay in Venezuela,” en *Ruters*, 31 de mayo de 2017, en <https://www.cnbc.com/2017/05/31/reuters-america-stalled-brazilian-odebrecht-projects-decay-in-venezuela.html>

Por otra parte, la Ley también previó la exclusión de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas que regula, a los contratos públicos de ejecución de obras, de adquisición de bienes y de prestación de servicios, que tengan por objeto, según se enumera en el artículo 5, lo siguiente:

1. La prestación de servicios profesionales y laborales.
2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia.
3. La adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero.
4. La adquisición de obras artísticas, literarias o científicas.
5. Las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes.
6. Los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante.
7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública.

De lo anterior resulta, por tanto, que la Ley de Contrataciones Públicas, a pesar de su nombre, en su versión de 2008, no fue una ley destinada a regular todos los contratos públicos o contratos del Estado celebrados por las personas jurídicas estatales, es decir, los diversos entes que integran el Estado. Al contrario, se trata de una Ley que sólo regula algunos contratos públicos (de ejecución de obras, de adquisición de bienes y de prestación de servicios), previendo diferentes casos de exclusión expresa de su aplicación respecto de la totalidad o de algunas de sus normas.

A esas exclusiones de la aplicación de la Ley, en particular en lo que se refiere al proceso de selección de contratistas, habría que agregar además, la exclusión establecida en los casos de adjudicación directa de los contratos públicos, cuyo ámbito se amplió considerablemente en la propia Ley.

En efecto, el artículo 76 de la misma dispone que la Administración puede proceder excepcionalmente a la Contratación Directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:

1. Si se trata de suministros de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras requeridas para la continuidad del proceso productivo, y pudiera resultar gravemente afectado por el retardo de la apertura de un procedimiento de contratación.
2. Cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra, excluyen toda posibilidad de competencia.
3. En caso de contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, en los que no fuere posible aplicar las modalidades de contratación, dadas las condiciones especiales bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes, equipos o servicios.
4. Cuando se trate de emergencia comprobada, producto de hechos o circunstancias sobrevenidos que tiene como consecuencia la paralización total o parcial de las actividades del ente u órgano contratante, o afecte la ejecución de su competencia.

5. Cuando se trate de la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios regulados por contratos terminados anticipadamente, y si del retardo en la apertura de un nuevo procedimiento de contratación pudieren resultar perjuicios para el órgano o ente contratante.

6. Cuando se trate de la contratación de bienes, servicios u obras para su comercialización ante consumidores, usuarios o clientes, distintos al órgano o ente contratante, siempre que los bienes o servicios estén asociados a la actividad propia del contratante y no ingresen de manera permanente a su patrimonio.

7. Cuando se trate de contrataciones que tengan por objeto la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras sobre los cuales una modalidad de selección de contratistas pudiera comprometer secretos o estrategias comerciales del órgano o ente contratante, cuyo conocimiento ofrecería ventaja a sus competidores.

8. Cuando se trate de la adquisición de bienes producidos por empresas con las que el órgano o ente contratante suscriba convenios comerciales de fabricación, ensamblaje o aprovisionamiento, siempre que tales convenios hayan sido suscritos para desarrollar la industria nacional sobre los referidos bienes, en cumplimiento de planes dictados por el Ejecutivo Nacional.

9. Cuando se trata de contrataciones de obras, bienes o servicios requeridos para el restablecimiento inmediato o continuidad de los servicios públicos o actividades de interés general que hayan sido objeto de interrupción o fallas, independientemente de su recurrencia.

10. Cuando se trate de actividades requeridas para obras que se encuentren en ejecución directa por órgano y entes del Estado, y de acuerdo a su capacidad de ejecución, sea necesario por razones estratégicas de la construcción, que parcialmente sean realizadas por un tercero, siempre y cuando esta asignación no supere el cincuenta por ciento (50%) del contrato original; y

11. Cuando se trate de la adquisición de bienes y contratación de servicios a pequeños y medianos productores nacionales que sean indispensables para asegurar el desarrollo de la cadena agroalimentaria.

Esta norma del artículo 76 se reformó en 2009,²⁷ agregándose una nueva previsión para justificar la adjudicación directa en el caso siguiente:

12. Cuando se trate de suministros de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para las cuales se hayan aplicado modalidades de contratación yb éstas hayan sido declaradas desiertas, manteniendo las mismas condiciones establecidas en la modalidad declarada desierta.

De esto resulta entonces que basta por tanto que la Administración contratante en un procedimiento licitatorio declare desierta la licitación, para que con ello la misma tenga libre la vía para la contratación directa, sin procedimiento de selección alguna.

Además, el artículo 77 de la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas de 2010,²⁸ también aumentó el ámbito de posibilidad de las adjudicaciones directa en materia

²⁷ Véase en *Gaceta Oficial* 391655 de 24 de abril de 2009.

²⁸ Véase en *Gaceta Oficial* No. 39503 de 6 de septiembre de 2010. Véanse los comentarios en el libro: Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador), Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 44 (2ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2012. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, “La contratación pública en Venezuela,” en Juan Carlos Cassagne (ed.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Ed La Ley, Buenos Aires 2013, Tomo II, pp. 8 ss.

contractual pública, sin necesidad de que haya acto motivado alguno, en los siguientes casos:

1. Cuando se decreta cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2. Si se trata de bienes, productos y servicios de urgente necesidad para la seguridad y defensa de la Nación, para cuya adquisición se hace imposible la aplicación de las modalidades de selección, dadas las condiciones especiales que los proveedores requieren para suministrar los bienes, productos y servicios.

3. Si se trata de bienes, servicios, productos alimenticios y medicamentos, declarados como de primera necesidad, siempre y cuando existan en el país condiciones de desabastecimiento por no producción o producción insuficiente, previamente certificadas por la autoridad competente.

VI. DE CÓMO LAS EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS LA TERMINARON CONVIRTIÉNDOSE EN LA REGLA, EN LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS DE 2014

La Ley de Contrataciones Públicas fue de nuevo reformada en 2014,²⁹ agregándose en el artículo 1 de la Ley, que regula su objeto, un párrafo con el siguiente texto:

“Los procesos a que se refiere la presente [Ley]..., son de obligatorio cumplimiento, salvo las excepciones aquí previstas.”

A pesar de esta declaratoria de las normas relativas a la selección de contratistas, como de orden público o de carácter obligatorio, pues dichos procesos son histórica y básicamente los regulados en la Ley, la cual podría hacer creer que se trataría de una declaración sobre el reforzamiento de los procesos licitatorios, la verdad es que la previsión nada agregó a la normativa anterior, ni cambió nada respecto de la evolución señalada de la regulación legislativa que, al contrario, en los últimos años, lo que muestra es una sucesiva ampliación de las exclusiones respecto de la aplicación de los procesos licitatorios.

Esa tendencia, incluso se siguió en la propia reforma de la Ley de 2014, en la cual, en el artículo 4 se ampliaron los casos de exclusión de aplicación de la Ley, en los casos de contrataciones que tengan por objeto:

1. La ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, que se encuentren en el marco del cumplimiento de obligaciones asumidas en acuerdos internacionales entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, o en el marco de contratos o convenios suscritos con organismos internacionales.

2. La contratación con empresas constituidas en el marco de acuerdos internacionales.

3. Los servicios laborales.

4. El arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero. Y

5. El patrocinio en materia deportiva, artística, literaria, científica o académica.

²⁹ Véase en *Gaceta Oficial* No. 6154 Extra de 19 de noviembre de 2014. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador), Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 44 (4ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2014..

Y en cuanto a las exclusiones de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Ley, ampliando por el contrario el marco de la adjudicación o contratación directa, el artículo 5 de la Ley enumeró los que tengan por objeto:

1. La prestación de servicios profesionales.
2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la Ley sobre la materia.
3. La adquisición de bienes inmuebles.
4. La adquisición de semovientes.
5. La adquisición de obras artísticas, literarias o científicas.
6. Las alianzas comerciales o estratégicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre personas naturales o jurídicas y los contratantes.
7. Los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del contratante.
8. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, suministradas o ejecutadas directamente por los órganos y entes de la Administración Pública.
9. La adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratados directamente entre los sujetos señalados en el artículo 3º de presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley
10. La adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras encomendados a los órganos y entes de la Administración Pública.
11. La adquisición de bienes y prestación de servicios con recursos provenientes de caja chica, hasta el monto máximo que estipule la normativa que regule la materia.
12. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decreta cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
13. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, destinados a la seguridad y defensa del Estado relacionados con las operaciones de inteligencia y contra inteligencia realizadas por los órganos y entes de seguridad del Estado, tanto en el país como en el exterior, así como para actividades de protección fronteriza y para movimiento de unidades militares en caso de preparación, entrenamiento o conflicto interno o externo.
14. La adquisición de bienes, servicios, productos alimenticios y medicamentos, declarados como de primera necesidad, siempre que existan en el país condiciones de desabastecimiento por no producción o producción insuficiente, previamente certificadas por la autoridad competente.

La norma concluye autorizando al Presidente de la República en Consejo de Ministros para poder dictar medidas temporales “que excluyan de las modalidades de selección de contratistas establecidos en la Ley, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos,” con lo que el ámbito de exclusión de aplicación de la ley se multiplica, pues agrega la norma que “los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante.”

Con ello quedó precisado entonces que en materia de contratación pública en Venezuela, la regla en materia de selección de contratistas en los contratos públicos es la excepción, habiendo desaparecido materialmente la licitación y aumentado el ámbito de la adjudicación directa, el cual se ha expandido en la propia Ley,

A tal efecto, el artículo 101 de la Ley precisa que “se podrá proceder excepcionalmente por Contratación Directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y

cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia,” en los siguientes supuestos que siguen la orientación, aun cuando ampliada, de las leyes anteriores:

1. Si se trata de suministros de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras requeridas para la continuidad del proceso productivo, y pudiera resultar gravemente afectado por el retardo de la apertura de un procedimiento de contratación.

2. Cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra así lo requieran o excluyan toda posibilidad de competencia o si, habiendo adquirido ya bienes, equipos, tecnología, servicios u obras a determinado proveedor o contratista, el contratante decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, equipos, la tecnología o los servicios que ya se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades del contratante, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada.

3. En caso de contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes y la prestación de servicios, en los que no fuere posible aplicar las otras modalidades de contratación, dadas las condiciones especiales, bajo las cuales los oferentes convienen en suministrar esos bienes o prestar los servicios, o por condiciones especiales de la solicitud del contratante, donde la aplicación de una modalidad de selección de contratista distinta a la aquí prevista, no permita la obtención de los bienes o servicios en las condiciones requeridas. Se deberá indicar mediante acto motivado, las razones por las cuales de la apertura de un nuevo procedimiento de contratación, pudieren resultar perjuicios para el contratante.

4. Cuando se trate de emergencia comprobada. A los efectos de esta exclusión, el artículo 102 define como “emergencia comprobada” la que sea “específica e individualmente considerada para cada contratación, por lo que deberá limitarse al tiempo y objeto estrictamente necesario para corregir, impedir o limitar los efectos del daño grave en que se basa la calificación y su empleo será sólo para atender las áreas estrictamente afectadas por los hechos o circunstancias que lo generaron.”

5. Cuando se trate de la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios regulados por contratos terminados anticipadamente, donde la apertura de un procedimiento de selección de contratistas, pudiese resultar perjudicial para el órgano o ente contratante.

6. Cuando se trate de la contratación de bienes, servicios u obras para su comercialización, donación o cualquier otra forma de enajenación ante terceros, siempre que los bienes o servicios estén asociados a la actividad propia del contratante y no ingresen de manera permanente a su patrimonio.

7. Cuando se trate de contrataciones que tengan por objeto la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras sobre las cuales una modalidad de selección de contratistas pudiera comprometer secretos o estrategias comerciales del contratante, cuyo conocimiento ofrecería ventaja a sus competidores.

8. Cuando se trate de la adquisición de bienes producidos por empresas con las que el contratante suscriba convenios comerciales de fabricación, ensamblaje o aprovisionamiento, siempre que tales convenios hayan sido suscritos para desarrollar la industria nacional sobre los referidos bienes, en cumplimiento de planes dictados por el Ejecutivo Nacional.

9. Cuando se trate de contrataciones de obras, bienes o servicios requeridos para el restablecimiento inmediato o continuidad de los servicios públicos o actividades de

interés general que hayan sido objeto de interrupción o fallas, independientemente de su recurrencia.

10. Cuando se trate de actividades requeridas para obras que se encuentren en ejecución directa por los órganos y entes contratantes, y que de acuerdo a su capacidad de ejecución, sea necesario por razones estratégicas de la construcción, que parcialmente sean realizadas por un tercero, siempre y cuando esta asignación, no supere el cincuenta por ciento (50%) del contrato original.

11. Cuando se trate de la adquisición de bienes y contratación de servicios a pequeños y medianos actores económicos que sean indispensables para asegurar el desarrollo de la cadena agroalimentaria.

12. Cuando se trate de suministros de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para las cuales se hayan aplicado la modalidad de consulta de precios y haya sido declarada desierta.

13. Cuando se trate de contrataciones a organizaciones socio-productivas creadas en el marco de la Ley que rige el sistema económico comunal o comunidades organizadas mediante la adjudicación de proyectos para impulsar el desarrollo de las mismas.

14. Cuando se trate de contrataciones con empresas conjuntas o conglomerados creadas en el marco de la Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado y la iniciativa comunitaria privada, siempre y cuando se establezcan las ventajas de la contratación, con base a los principios que regula la normas de creación de estas formas asociativas conjuntas.

De todo lo anterior, por tanto es fácil entender por qué en los índices publicados de *Transparecy International* sobre Percepción de la Corrupción en las Américas para 2016, de los 176 países reseñados Venezuela ocupaba el lugar 166 entre los de mayor percepción en materia de corrupción;³⁰ récord al que nos ha conducido el Estado totalitario que padecemos,³¹ que ha destruido la democracia³² y que se ha funcionado basado en una gran mentira.³³

³⁰ Véase en <https://www.transparency.org/country/VEN> . Ello explica también, por ejemplo, que la Fiscal General de la República quien ejerció como tal durante el régimen totalitario desde 2007, luego de tener que salir del país perseguida por el propio régimen que tanto ayudó a apuntalar persiguiendo a toda la disidencia política, haya acusado al propio Presidente Maduro de estar envuelto de el escándalo de los hechos de corrupción de la empresa constructora Odebrecht. Véase la reseña “Venezuela's ex-attorney general says President Maduro involved in Odebrecht scandal,” en *The Business Times*. *Government & Economy*, 19 de Agosto de 2017, en <http://www.businesstimes.com.sg/government-economy/venezuelas-ex-attorney-general-says-president-maduro-involved-in-odebrecht>

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; **segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández)**, Caracas 2015

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015* (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.