

Desnaturalización de la contratación directa en la legislación venezolana*

Jesús Alexander Cuba Vega**

Resumen

La contratación directa es un mecanismo utilizado por la Administración Pública para seleccionar a un contratista y, dada su naturaleza excepcional, procede solo en casos establecidos de manera taxativa en la ley. Realizando una investigación de tipo documental, se concibió como objetivo general analizar la desnaturalización de la contratación directa como modalidad excepcional de selección de contratista en el ámbito de la Administración Pública venezolana. Se concluye que esta modalidad ha sufrido una desnaturalización al proliferarse sus supuestos de procedencia en sucesivas reformas legislativas, ampliando el margen de corrupción que violenta principios constitucionales y legales rectores de la actividad administrativa.

Palabras clave: contratación directa, contrataciones públicas, selección de contratista.

Direct award denaturation in the Venezuelan legislation

Abstract

Direct award is a mechanism used for the public administration in order to select a contractor, and for its exceptional nature only proceeds in the cases specifically established in law. Based on a documentary investigation, the main objective is to analyze the direct award denaturation as an exceptional modality of contractor selection in the Venezuelan public administration's

* Admitido: 26/04/2018 Aceptado: 12/12/2018

Artículo derivado del Trabajo Especial de Grado, titulado: “Desnaturalización de la contratación directa en la legislación venezolana”, presentado en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

** Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: jesuscuba5@gmail.com

ambit. It is concluded that this modality has suffered a denaturation for the extension of it proceeding cases in many legislative reforms, amplifying corruption margin that violates the constitutional and legal principles that rule administrative activity.

Key word: direct award, public contracting, contractor selection.

Introducción

El área de las contrataciones públicas resulta tener suma importancia en cuanto al desarrollo de la actividad estatal, en virtud de obtener a través de ella la adquisición de bienes, la prestación de un servicio o la construcción de una obra determinada, encontrándose sus beneficios directamente relacionados con la colectividad. Para ello, el legislador ha establecido ciertas fórmulas que involucran normas sustantivas y de tipo procedimental a los fines de seleccionar al determinado contratista que colaborará con la Administración en la realización de tales labores.

Dichas fórmulas son conocidas como modalidades de selección de contratista, dentro las cuales existe la figura de la contratación directa, concebida como una modalidad excepcional para que solo en los casos en que sea necesario, pudiese procederse a ella dejando a un lado los mecanismos tradicionales para contratar de los cuales dispone la Administración Pública. No obstante esto, dichos casos o causales en las que la misma se puede utilizar han sido proliferados, vulnerándose su carácter excepcional y permitiendo esto la presencia de situaciones en las cuales pueda ser utilizada a conveniencia o dependiendo del interés ocasional, al igual que muchas otras instituciones del Derecho Administrativo.

Esto, de manera lógica representa una grave situación para la concepción del Derecho contemporáneo, siendo necesario realizar un análisis a la figura de la contratación directa dentro de las distintas legislaciones que han regulado la materia de contrataciones públicas dentro de la historia venezolana, estableciendo cuáles han sido las consecuencias que ha traído, para el área de la actividad contractual de la Administración Pública, y en general del contrato administrativo, la proliferación de sus causales de procedencia.

1. Evolución de la contratación directa en la legislación venezolana.

En Venezuela, no fue sino hasta la última década del siglo pasado que se dictó la primera Ley que regulara de manera especial la materia

de contrataciones públicas. Antes de esto, las normas que regulaban esta área del Derecho Administrativo se encontraban dispersas en distintos instrumentos normativos que formaban un control interno y externo para la Administración, como lo eran las leyes de la Hacienda Pública Nacional¹ y las de la Contraloría General de la República², tal y como lo afirma Brewer (2017).

1.1 Las licitaciones públicas en Venezuela.

De una manera innovadora, fue publicada en Gaceta Oficial N° 34.528 de 10 de Agosto de 1990 la Ley de Licitaciones, consolidándose como el primer instrumento con cuerpo de ley encargado de manera especial de regular los procedimientos y todo lo relativo a la contratación del Estado, conociéndose los mismos como licitaciones, tal y como lo indica el nombre del mencionado cuerpo normativo.

Dentro de dicha ley, se distingue entre los Procedimientos de Licitación y la Adjudicación Directa, tal y como se percibe del título que tenía el Capítulo IV de la misma, razón por la cual se entiende que el legislador no concebía la adjudicación directa como un procedimiento en sí mismo, sino como una manera de otorgar un determinado contrato sin la realización de algún concurso o presentación de oferta alguna.

Sumado a lo anterior, se considera según Herrera (1983) que el legislador venezolano redujo aún más el margen de aplicación de esta modalidad de selección directa a los que se encontraban consagrados en el Reglamento sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directas para la Construcción de Obras y Adquisición de Bienes Inmuebles para la Administración Central³, estableciendo así ciertos casos en los cuales procedía esta modalidad, pero también procedía la licitación general o licitación selectiva, por lo que el ente u órgano contratante tenía la posibilidad de escoger entre las tres opciones. Tales casos eran cuando se tratara de adquisición de bienes hasta un millón

¹ Véase artículos 427 y 428 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional – Gaceta Oficial No. 2.660 – 21/06/1974.

² Véase Artículo 20 de la Ley de la Contraloría General de la República – Gaceta Oficial No. 3.482 – 14/12/1984.

³ Dicho Reglamento fue publicado en Gaceta Oficial N° 32.317 – 03/05/1983, y contenía ciertas normas de rango sublegal en las que se establecía la procedencia de la contratación directa ante supuestos excepcionales establecidos en el Artículo 34 del reglamento.

de bolívares, construcción de obras hasta diez millones de bolívares, o ejecución de obras prestación de servicios o suministros de bienes encomendados a un organismo del sector público, como lo establecía el Artículo 33 del mencionado reglamento.

Además de esto, se estipularon dentro de la referida ley un conjunto de causales que permitían la utilización de la contratación directa, debiéndose a tal efecto ser dictado un acto motivado que justificara la misma. Estas causales se encontraban referidas a la continuidad del proceso productivo, adquisición de obras artísticas y científicas, bienes que sean fabricados por un solo proveedor o que excluyan todo tipo de competencia, fabricación de equipos o adquisición de bienes en el extranjero, calamidades o emergencia comprobada y en el caso que se hubiere rescindido de algún contrato.

En concordancia con la anterior ley, fue publicado en Gaceta Oficial N° 34.830 del 30 de octubre de 1991 su correspondiente Reglamento, dentro del cual se ampliaron los casos de procedencia de la adjudicación directa, aumentando de seis supuestos, a catorce. Esta modificación resulta ser bastante llamativa, si se considera que la ley respectiva tenía solo un año de vigencia cuando se publicó dicho reglamento. Además de esto, los mencionados supuestos incluidos en este reglamento serían añadidos en las sucesivas leyes dictadas en esta materia.

De seguido, en el posterior Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones publicado en Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001, se da por vez primera una definición para la Adjudicación Directa dentro del Artículo 5, lo cual no se había realizado en ningún texto normativo anterior, entendida esta como el procedimiento excepcional de selección del contratista, en el cual éste es seleccionado por el ente contratante, de conformidad con la Ley y su Reglamento. Además, a partir de este momento, el resto de las normas reguladoras de las contrataciones públicas serían dictadas por el Presidente de la República, excluyéndose al Poder Legislativo para dicha labor.

Dentro de las novedades que incorporó el mencionado Decreto legislativo, debe destacarse el hecho de añadir la unidad tributaria como valor referencial para calcular la estimación de la contratación y así determinar el tipo de modalidad a utilizar, y se estableció dentro del Artículo 87 que la adjudicación directa procedía en los casos de adquisición de bienes o contratación de suministros estimado en un precio de hasta mil cien

unidades tributarias (1.100 U.T.), de construcción de obras estimadas hasta once mil unidades tributarias (11.000 U.T.), o bien en los contratos antes referidos cuando sean encomendados a un organismo del sector público, así como en el caso que se decrete estado de alarma, para bienes que sean considerados como indispensables para la institución contratante o cuando se trate de obras, servicios o adquisiciones que deban ser ejecutadas en un plazo de 180 días.

Resulta además ser destacable que dentro del Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones publicado en la Gaceta Oficial N° 38.313 del 14 de noviembre de 2005, se añade la posibilidad de que la forma de proceder a la adjudicación directa se haga mediante los procedimientos de concurso cerrado o consulta de precios, procedimientos éstos que posteriormente fueron incluidos en la normativa respectiva dictada en el año 2008. Esta norma resulta ser confusa, debido a que, si esta modalidad debía hacerse según alguno de estos dos procedimientos, no puede estar clara la finalidad práctica de la adjudicación directa; sin embargo, debe resaltarse la intención de esta norma al tratar de dar transparencia a tal modalidad.

1.2 El cambio a las contrataciones públicas.

En orden temporal, sigue el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas divulgado en Gaceta Oficial N° 38.895 del 25 de Marzo de 2008, dentro del cual se modifica la denominación realizada a estos procedimientos de licitaciones pasando a ser conocidos como “contrataciones públicas”, tal y como se distingue en la legislación actual. Tal cambio denominativo fue de igual manera absorbido por la modalidad de adjudicación directa, pasando a denominarse contratación directa, e incluyéndose como una modalidad de selección de contratista, junto con el concurso abierto, concurso cerrado y la consulta de precios.

Dentro de tal ley se incluye una división en los supuestos de procedencia de la contratación directa, distinguiendo entre los que proceden mediante acto motivado y aquellos para los cuales no se requiere el

dictado de acto motivado alguno⁴¹, distinción esta que entonces genera la posibilidad de procederse a la contratación directa sin la existencia de ninguna justificación. Tal división se encontraba consagrada en los Artículos 76 y 77 del mencionado Decreto legislativo.

Luego de esto, fue publicado en Gaceta Oficial N°39.181 del 19 de Septiembre de 2009 el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, siendo éste el instrumento reglamentario vigente, dentro del cual se añadieron ciertas situaciones significativas: en primer lugar, la posibilidad de solicitar al menos dos ofertas para realizar la correspondiente contratación directa; la procedencia de esta modalidad cuando se haya declarado desierta la consulta de precios, y la preferencia en este procedimiento de selección a las empresas locales de una determinada región.

En un mismo sentido, y casi de forma inmediata, fue dictada por la Asamblea Nacional actuante la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas, la cual se publicó en Gaceta Oficial N° 39.503 del 06 de Septiembre de 2010, y dentro de la que solo se incluyó el Capítulo VIII al Título VI, relativo a ciertas Medidas Preventivas que pueden ser tomadas por el órgano o ente contratante en contra del contratista en caso de incumplimiento.

En el año 2014 fue dictado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, derogando la anterior Ley de 2008, amplió nuevamente los casos en que procede la contratación directa, pero eliminó la división que existía en la anterior ley respecto a la procedencia por acto motivado o sin este, estableciéndose la sola procedencia mediante el dictado del acto administrativo respectivo.

De igual manera, dentro de tal Decreto legislativo se establecieron catorce causales de procedencia para la contratación directa, siendo las que se encuentran vigentes en la actualidad, y representando de esta manera la mayor cantidad de supuestos establecidos dentro de la legislación venezolana cuando de contratación directa y su utilización se trata.

1.3 Reciente participación de la Asamblea Nacional Constituyente.

En última instancia, y de forma reciente, ha sido aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente la Ley Constitucional contra la Guerra

⁴ Tales casos resultaban estar referidos al decreto de un estado de excepción; bienes, productos y servicios de urgente necesidad para la seguridad y defensa de la nación, o productos alimenticios declarados de primera necesidad.

Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas (2018), la cual tiene como objeto el “establecimiento de normas básicas de conducta para la Administración Pública, en todos sus niveles, que promuevan la honestidad, participación, celeridad, eficiencia y transparencia en los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras públicas”, según lo establecido en el Artículo 1 de dicha Ley.

Además, se instituye dentro de su articulado la creación una unidad denominada Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU), la cual desplazaría a la Unidad Tributaria para la estimación de los montos a los fines de establecer la modalidad de selección de contratista aplicable al caso en concreto. Tal unidad fue fijada, mediante resoluciones conjuntas de los ministerios de Planificación y Economía, en la cantidad de diez mil ochocientos cincuenta bolívares (Bs. 10.850) según publicación en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.360 del 19 de enero de 2018.

Aunado a ello, se estableció que para participar en los correspondientes procedimientos de contratación solo se requerirá la inscripción dentro del Registro Único de Contrataciones Públicas, simplificando los trámites administrativos al evitar la exigencia de una numerosa cantidad de documentos y brindar la posibilidad de consignar los mismos con posterioridad a las selecciones de contratistas.

Todas estas disposiciones resultan ser aplicables a la modalidad de contratación directa, al ser la Ley comentada aplicable a todo el ámbito de las contrataciones públicas, pero su principal trascendencia se encuentra en la posible intención que se percibe en este recién instalado órgano como lo es la Asamblea Nacional Constituyente, en asumir funciones que exceden del ámbito de sus competencias y que pertenecen al órgano legislativo ordinario, todo lo cual debe sumarse a las inconsistencias que existieron dentro del proceso de convocatoria y conformación del referido órgano constituyente.

2. Consecuencias de la ampliación de los casos de procedencia de la contratación directa.

Es innegable que la intención del legislador venezolano, en cuanto a la contratación directa, ha sido la de ampliar de manera sucesiva e incesante

los supuestos de procedencia de esta modalidad de contratación. Dichas ampliaciones pasaron incluso de ser una actividad legislativa a una actividad realizada por el Poder Ejecutivo de manera exclusiva mediante la utilización de las facultades que ofrece una Ley Habilitante.

Ahora bien, aun cuando el área de las contrataciones públicas, es una materia susceptible de intervención por parte del Estado, no es menos cierto que las figuras establecidas en el Derecho, y de manera más específica en el Derecho Administrativo, han sido concebidas con una naturaleza específica a través de la cual se demuestra la finalidad para las cuales fueron creadas. Es por ello, que las modificaciones que puedan ser realizadas a las mismas, no deben alejarse de su espíritu y propósito.

Resulta entonces necesario, con base en las anteriores ideas, determinar si en efecto las ampliaciones de estos supuestos de procedencia para la contratación directa, realizadas en última instancia dentro del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), se encuentran justificadas o enmarcadas en los principios generales del Derecho Administrativo, o si por el contrario han sido incorporadas como mecanismo para utilizar esta modalidad de manera discrecional y sin discriminación alguna.

De esta manera, establece el Artículo 101 del mencionado Decreto legislativo, que la contratación directa procederá en primer lugar “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”, todo lo cual se encuentra contenido en el primer Ordinal de la referida norma.

Aunado a lo anterior, el propio Decreto legislativo establece dentro de su Artículo 6 Ordinal 21 una definición para lo que debe entenderse por procesos productivos. En este sentido, la mencionada norma destaca que son:

Conjunto de acciones sucesivas necesarias que requieren una serie de operaciones sobre los materiales con la ayuda de medios técnicos, habilidades y saberes, pudiendo resultar la obtención de bienes como resultado de un ciclo de transformación, productos provenientes de procesos de explotación o servicios asociados de los aspectos sustantivos del contratante.

Visto esto, se considera justificable la aplicación de este supuesto si se parte de la idea en la cual la apertura de un procedimiento de contratación,

sin ánimos de suprimir su necesidad para garantizar la legalidad del proceder administrativo, resulta ser algo tardío y tedioso, procurándose entonces impedir que esta situación pueda afectar de una manera grave este denominado proceso productivo.

Sin embargo, con respecto al mismo pueden presentarse dos problemas: el primero es que la gravedad de la posible afectación a este proceso productivo va a ser determinada por el propio ente contratante en el acto motivado que a tal efecto dicte, por lo que deja esto un amplio margen a que pueda diseñarse alguna situación real o no para utilizar este supuesto con intenciones distintas a fines de la norma.

El segundo problema radica en que dentro de la definición se incluye los productos obtenidos de los procesos de explotación, dentro de los cuales está incluida, por ejemplo, la actividad petrolera que resulta ser la principal fuente de ingresos para el Estado venezolano, por lo que se considera que en una actividad de gran importancia para la Nación, no debería utilizarse esta modalidad de contratación directa sino por el contrario realizarse un proceso que aunque sea breve, pueda garantizar la transparencia en la escogencia del contratista que manejará tan importantes recursos.

De seguido, el mencionado Artículo 101 consagrado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), establece como segundo supuesto de procedencia para la contratación directa:

Cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra así lo requiera 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 productivos 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 ese 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.

Con respecto a lo anterior, dicho Ordinal se divide básicamente en dos: el primero es el relativo a las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra que requieran la utilización de esta modalidad o que

excluyan toda posibilidad de competencia, el cual resulta ser justificable debido a la existencia de servicios o bienes que solo podrán ser ejecutados o realizados por un contratista en específico, siendo innecesaria la realización de procedimiento como el concurso abierto, concurso cerrado o consulta de precios, por solo existir una persona natural o jurídica que se encargue de tales servicios, bienes u obras.

Por otro lado, la segunda parte en la que se divide el mencionado Ordinal es la relativa a que el ente contratante podrá adquirir bienes, servicios u obras de contratistas con respecto a los cuales ya hubiere suscrito un contrato previo. Dicha permisibilidad que realiza la norma puede encontrar su justificación en la confianza que pudiera tener la Administración Pública con una determinada persona natural o jurídica, todo lo cual podría garantizar un mejor desempeño en la realización de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes. Además de esto, la norma prevé tomar en cuenta el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro adecuada, situaciones estas que cobran peso al momento de celebrar cualquier contrato de la vida civil, mercantil o administrativa.

En otro orden de ideas, se encuentra dentro del Ordinal 3° del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), el tercer supuesto de procedencia para la contratación directa, el cual resulta ser:

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 o servicios requeridos. Se deberá indicar mediante acto motivado, las razones por las cuales de la apertura de un nuevo procedimiento contratación, pudieren resultar perjuicios para el contratante.

Del anterior supuesto pueden percibirse dos problemas: en primer lugar la vaga redacción realizada por el legislador, puesto que no establece que tipo de contratos pudiere impedir la utilización de alguna otra modalidad de contratación distinta a la contratación directa; y en segundo lugar, la amplia discrecionalidad que concede a la Administración al delegarle la responsabilidad de indicar las razones por las que puede

perjudicar al contratante la apertura de un nuevo procedimiento. De allí que, se considera que resulta innecesario este Ordinal más que para permitirle al ente contratante la utilización de esta modalidad cuando así lo considere conveniente, dadas las escasas limitaciones que establece.

De manera posterior, se encuentra el cuarto supuesto establecido dentro del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) estableciendo que procederá la contratación directa “cuando se trate de emergencia comprobada”. Tal supuesto, debe ser concatenado con el Artículo 102 del mismo Decreto Legislativo dentro del cual se dispone:

La emergencia comprobada deberá ser 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 solo para atender las áreas estrictamente afectadas por los hechos o circunstancias que lo generaron.

Los contratantes deberán preparar y remitir mensualmente al órgano de control interno una relación detallada de las decisiones de contratación fundamentadas en emergencia comprobada, anexando los actos motivados, con la finalidad de que determine si la emergencia fue declarada justificadamente o si fue causada o agravada por la negligencia, imprudencia, impericia, imprevisión o inobservancia de normas por parte del funcionario o funcionaria del contratante, en cuyo caso procederá a instruir el procedimiento para determinar las responsabilidades administrativas a que haya lugar.

De igual forma, el Artículo 6 Ordinal 2º del mismo instrumento normativo, establece una definición para la emergencia comprobada, estableciendo que “son los hechos o circunstancias sobrevenidas que tienen como consecuencia la paralización, o la amenaza de paralización total o parcial de las actividades, o del desarrollo de las competencias del contratante”.

Así, se considera de fácil entendimiento la intención del legislador al momento de establecer este supuesto, dado que en los casos de emergencia como calamidades públicas u otras circunstancias, deben tomarse decisiones de manera extraordinaria que ayuden a aplacar tal emergencia debiendo prescindirse de cualquier procedimiento.

Sin embargo, el problema que encuentra este supuesto es el siguiente: si se toma en cuenta que el Estado Venezolano se encuentra en un constante Estado de Excepción y Emergencia Económica, declarado así mediante

decreto presidencial⁵ e inconstitucionalmente renovado de manera incesante, podría el mismo ser considerado por la autoridad contratante como suficiente para consumarse la emergencia comprobada, lo cual trae como consecuencia la utilización de manera indiscriminada de la contratación directa, y por ende la omisión de todo tipo de procedimiento, por existir tal Estado de Excepción, violentado así los principios de legalidad, transparencia y honestidad que rigen la actividad administrativa.

Luego de esto, se encuentra el Ordinal 5° del mencionado Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), el cual permite la procedencia de la contratación directa, tal cual se muestra a continuación:

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.

Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que la Administración Pública, habiendo tenido que terminar de manera anticipada en el uso de las potestades con las que cuenta en un contrato administrativo, pueda encontrar un contratista que complete la ejecución de la obra, bienes o servicios establecida en el contrato que ha culminado antes de la fecha convenida. Esto de manera lógica garantiza el cumplimiento del principio de eficacia y eficiencia que de igual forma rigen la actividad administrativa.

En un mismo orden de ideas, se encuentra dentro del Ordinal 6° del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) que la contratación directa procederá:

Cuando se trate 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.

Ahora bien, tomando en cuenta la naturaleza excepcional de la contratación directa, se considera que este supuesto no posee ninguna característica que permita justificar su procedencia, toda vez que tal circunstancia

⁵ Véase Decreto Núm. 3239 mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional. En <http://dctos.finanzasdigital.com/Gaceta-Oficial-Extraordinaria-6356.pdf>.

contemplada en esta parte de la norma puede perfectamente ser sometida a un concurso abierto, concurso cerrado o a una consulta de precios. En tal sentido, dicha disposición resulta ser innecesaria y solo demuestra la intención de proliferar estos supuestos de procedencia.

De seguido, se encuentra el séptimo caso en el que puede utilizarse la contratación directa de los establecidos en el Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), siendo el mismo:

Quando 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.

En relación a este supuesto, se estima en cierto sentido confuso puesto que no queda claro en qué casos puede comprometerse los secretos o estrategias comerciales del contratante, dado que en las otras modalidades de contratación lo que se amerita es la publicación de un pliego de condiciones dentro del cual se establecen básicamente los requisitos con los que deben cumplir los oferentes, sin involucrarse secreto o estrategia alguna.

Por otro lado, se considera que el legislador estableció este caso bajo la razón de que el conocimiento de tales secretos o estrategias pudiera ofrecer ventaja a sus competidores, lo cual se contradice con la propia utilización de la contratación directa, dado que en esta se adjudica a una persona determinada el contrato en cuestión lo cual representaría, ante el uso de supuestos confusos como estos, una ventaja a algún posible contratista.

En el mismo orden legislativo, el referido Artículo 101 establece dentro de su Ordinal 8° la posibilidad de proceder a la utilización de la contratación directa:

Quando 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.

En atención a lo expresado, el supuesto transcrito puede ser analizado desde dos vertientes: la primera llevaría a considerar que dado que

existen relaciones previamente establecidas entre el ente contratante y dicho contratista, plasmadas de manera expresa en el referido convenio, existe entre ellos una confianza previa que haría innecesaria la utilización de una modalidad distinta de contratación, por lo que se procedería a la contratación directa dado que se conoce el contratista con el que se va a establecer la nueva relación contractual.

Distinto a lo anterior, la segunda vertiente llevaría a considerar que proceder a la contratación directa solo porque ya existe un convenio comercial previo, resulta ser inestable al no haber existido en la celebración de tales convenios ningún tipo de control. Entonces, si además de esto se suprime también la transparencia que podría brindar la realización de un concurso abierto, la arbitrariedad en la que podría incurrir la Administración Pública sería exorbitante en este supuesto, dando lugar a posibles casos irregulares y de poca transparencia.

En otro orden de ideas, dentro del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) se establece que también procederá la contratación directa “cuando se trate de contrataciones de obras, bienes o servicios o 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”, todo lo cual se encuentra dentro del Ordinal 9º del Artículo 101.

Tal supuesto resulta justificado puesto que uno de los fines del Estado es satisfacer el interés de la colectividad. De allí que, cuando un servicio público se haya interrumpido haciéndose necesaria la celebración de un contrato para brindar el restablecimiento del mismo, el Estado deberá entonces tomar las medidas urgentes pertinentes para evitar las incomodidades que pueda ocasionar dicha interrupción al pueblo en general, incluyéndose dentro de estas medidas la utilización de la contratación directa. No obstante, el problema podría presentarse ante la interpretación que pueda dársele al “interés general” por ser este un concepto jurídico abstracto, pudiendo ser tergiversado para justificar el uso de esta modalidad en un supuesto errado.

De manera sucesiva, se encuentra en el Ordinal 10º dentro del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), otro supuesto de procedencia para la contratación directa en los siguientes términos:

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.

En otras palabras, el anterior caso permite la utilización de la contratación directa cuando se requiera la participación de un tercero, que resulta ser el contratista, para realizar alguna parte de la actividad en cuestión. Sin embargo, aun cuando la participación que este tercero tenga debe ser menor al 50%, tal previsión se considera que resulta premiar la actitud inoficiosa de la Administración.

Lo anterior resulta ser así, debido a que si se toma la norma como punto de partida, puede percibirse que este supuesto aplicaría cuando de acuerdo a la capacidad de ejecución del órgano o ente contratante, no pueda este culminar la ejecución, lo cual pudo haber sido previsto con anterioridad sometiendo entonces la contratación a un concurso abierto para que exista una cooperación entre la propia Administración y el contratista que sea seleccionado, evitando así que en el desarrollo del contrato sea necesaria la intervención de un tercero y deba recurrirse a la contratación directa.

De seguido, se encuentra el siguiente supuesto establecido en el Ordinal 11° del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), dentro del cual se dispone que procederá la contratación directa “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”.

Claro está que el caso expuesto puede encontrar su justificación en la intención del legislador por promover la iniciativa del pequeño y mediano empresario que procura colaborar o contribuir en el desarrollo de la Nación en la materia alimentaria, la cual resulta ser de suma importancia en cualquier Estado. Sin embargo, aun cuando se trata este Ordinal de un caso de discriminación positiva, no resulta muy beneficioso el hecho de omitir que exista una libre competencia incluso entre estos medianos y pequeños actores, ya que de esta manera se permite un mayor desarrollo a cualquier nivel y una incesante sed de progreso en los distintos empresarios.

En virtud de lo anterior, el supuesto mencionado se considera que debería ser omitido de la legislación, permitiendo la libre competencia entre los sujetos mencionados, que al concurrir en un concurso abierto dentro de un plano de igualdad de condiciones y oportunidades, pudieran garantizar mayor transparencia en las contrataciones públicas con resultados mucho más apreciables en el plano práctico.

Asimismo, se encuentra el duodécimo supuesto dentro del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), permitiendo la procedencia de la modalidad estudiada “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”.

Aunado a lo anterior debe mencionarse el Artículo 114 del mencionado Decreto legislativo dentro del cual se establece que “declarada desierta la modalidad de concurso abierto, puede procederse por concurso cerrado. Si la modalidad declarada desierta fuera un concurso cerrado, se podrá proceder por consulta de precios y si ésta fuera declarada desierta se podrá proceder por contratación directa”.

Así, la referida norma establece una forma de proceder en los casos de declararse desiertos los concursos abiertos, concursos cerrados y la consulta de precios, siendo la contratación directa la última instancia a la que puede llegarse previo agotamiento de los otros procedimientos en el orden establecido con anterioridad.

De esta manera, el supuesto mencionado se considera como uno de los de mayor justificación dentro de la normativa vigente puesto que efectivamente si la Administración Pública cumple con los distintos procedimientos y llamados, pero estos son declarados desiertos por no existir ninguna oferta o las mismas son rechazadas por alguna razón, es lógico que deba procederse por contratación directa al no existir otra alternativa. Además de esto, el legislador con la referida norma procura que deba agotarse otras instancias para acudir a esta modalidad excepcional, coincidiendo de manera efectiva con la naturaleza de la misma.

Por otro lado, se encuentra el supuesto de procedencia establecido en Ordinal 13° del referido Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), el cual establece dentro de sus líneas la viabilidad de contratación directa “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”.

En este sentido, dicho supuesto se considera un asunto delicado puesto que la situación de los consejos comunales resulta ser inestable dentro de la legislación venezolana, toda vez que la concepción de los mismos así como de la mencionada economía comunal, implica la concepción del Estado Venezolano como un Estado Comunal, lo cual no ha sido contemplado de esta manera en la Constitución venezolana vigente.

No obstante esto, a través de distintas leyes orgánicas ha sido incluida de manera progresiva esta figura dentro de las que pueden mencionarse la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (2006), Ley Orgánica de la Administración Pública (2014) y en el propio Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014), donde se conciben los consejos comunales como sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación relativa a las contrataciones públicas.

Con respecto a esta situación, ha establecido Brewer (2017) que con estas leyes se instauró una transformación del Estado, estableciendo un Estado Socialista, lo cual se hizo sin previa reforma a la Constitución sino mediante leyes, creando un Estado paralelo al Estado Constitucional, llamado Estado Comunal o del Poder Popular.

De allí que, acogiendo el criterio del autor referido, y basado en la inconstitucionalidad de dicha economía comunal que procura impulsar este supuesto de procedencia de la contratación directa, no puede encontrar justificación alguna el mismo, sobretodo porque la realización de un contrato con estos lineamientos, aún amparados por la legislación orgánica vigente, resultan ser de igual forma inconstitucionales, siendo necesaria una revisión a tales normativas para evitar el mencionado anacronismo.

Finalmente, el último supuesto establecido dentro del Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (2014) en su Ordinal 14°, permite utilizar la contratación directa:

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 las normas de creación de estas formas asociativas conjuntas.

Con respecto a este caso, debe resaltarse lo vago que resulta ser dicha norma, toda vez que no permite distinguir las mencionadas formas asociativas o conglomerados en los que puede intervenir el Estado de manera conjunta con tal iniciativa comunitaria privada. Sin embargo, podría presumirse que se trataría de figuras como Empresas del Estado, donde éste último tiene mayoría accionaria.

Conclusiones

La proliferación de los casos en los que procede la contratación directa ha sido producto de una incesante tarea que ha realizado el legislador venezolano por aumentar el margen de procedencia de esta modalidad, implementando o estableciendo causales que resultan ser innecesarias cuando de utilizar la contratación directa se trata.

En efecto, circunstancias como una emergencia nacional, la declaratoria desierta de las otras modalidades de contratación, las contrataciones necesarias para el restablecimiento de un servicio público, avalan la procedencia de esta modalidad excepcional por ser situaciones que no pueden esperar a un procedimiento extenso de contratación para ser resueltas, siendo entonces las mismas justificables ante la aplicación de los principios un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, como es distinguido el Estado venezolano dentro su Carta Magna.

Tal justificación no puede encontrarse para otros supuestos que también son establecidos en la ley como lo son la contratación para el desarrollo de una economía comunal, la adquisición de bienes por parte del contratante con fines comerciales o la utilización de esta modalidad por comprometer secretos de tipo comercial. Dichos casos, solo intentan brindar un amplio margen de legalidad a la actuación de la Administración Pública para que pueda ampararse en alguna de estas causales, aunque la finalidad de la misma no sea el interés de la colectividad.

Así, tomando en cuenta que la finalidad de la modalidad de contratación directa radicaba en permitirle a la Administración Pública un procedimiento de contratación sencillo en los casos que fuese necesario, dicho fin ha sido desvirtuado por el legislador de turno llegando al punto de convertir a la excepción en la regla general, puesto que con la implementación de supuestos tan generales y de fácil tergiversación, solo se puede dar lugar a utilizar esta modalidad para objetivos distintos a los requeridos.

Aunado a ello, debe destacarse de igual forma la falta de control que existe en esta materia, puesto que en el caso de la contratación directa, aun cuando existe una Comisión de Contrataciones para la aprobación de contratos celebrados en virtud de esta modalidad cuando excedan de cinco mil unidades tributarias, tal organismo por ser parte de la Administración Pública puede carecer de la confiabilidad necesaria.

Todo este control, se hace aún más necesario considerando que desde el año 2001 las leyes que han regulado las licitaciones o contrataciones públicas han sido dictadas por el propio Presidente de la República actuando en función legislativa como delegada consecuencia de una ley habilitante, restringiendo la función propia del Poder Legislativo en una materia de suficiente susceptibilidad, y generando mayor inestabilidad dentro de esta área por ser el máximo representante de la contratante el encargado de auto-regularse.

De esta forma, todas las situaciones planteadas se traducen en una desnaturalización a esta figura, lo cual solo puede traer como consecuencia la apertura de un amplio camino que culminaría en actos de corrupción que afectan de manera considerable a la estructura misma del Estado venezolano, por manejarse a través de las contrataciones públicas fondos públicos.

Además de esto, tal desnaturalización representa una situación crítica para el propio Derecho Administrativo por atentar contra la legalidad administrativa, la transparencia y la ética en el desarrollo de la actividad ejecutada por la Administración Pública, requiriéndose especial atención por los legisladores y una dirección por un órgano independiente, para así garantizar un control entre los distintos sujetos que conforman el Poder Público y un comienzo en la reestructuración del Estado de Derecho en Venezuela.

Referencias Bibliográficas.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2010. **Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas**. Gaceta Oficial No. 39.503 del 06 de Septiembre de 2010.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de Diciembre de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. Gaceta Oficial Extraordinario Número 5.453 del 24 de Marzo del 2000.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 2018. **Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.** Gaceta Oficial N° 41.318 del 11 de Enero de 2018.

BREWER CARIAS, Allan. 2017. **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.** En <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/11/1185.-conf-Brewer.-LEY-DE-LICITAC.-exclusiones-2017.pdf>. Fecha de consulta 18 de marzo de 2018.

CHÁVEZ, Hugo. 2001. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones.** Gaceta Oficial N° 5.556 del 13 de Noviembre de 2001.

CHÁVEZ, Hugo. 2005. **Reglamento parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones.** Gaceta Oficial N° 38.313 del 14 de Noviembre de 2005.

CHÁVEZ, Hugo. 2008. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.** Gaceta Oficial 38.895 del 25 de Marzo de 2008.

CHÁVEZ, Hugo. 2009. **Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.** Gaceta Oficial N° 39.181 del 19 de Mayo de 2009.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1974. **Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.** Gaceta Oficial N° 1.660 del 21 de Junio de 1974.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1984. **Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.** Gaceta Oficial N° 3.482 del 14 de Diciembre de 1984.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1990. **Ley de Licitaciones.** Gaceta Oficial N° 34.528 del 10 de Agosto de 1990.

HERRERA, Luis. 1983. **Reglamento sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directas para la Construcción de Obras y Adquisición de Bienes Inmuebles para la Administración Central.** Gaceta Oficial N° 32.717 del 03 de Mayo de 1983.

MADURO, Nicolás. 2014. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.** Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.154 del 19 de Noviembre de 2014.

MADURO, Nicolás. 2018. **Decreto N° 3.239 mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional.** Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.356 del 09 de Enero de 2018.

PÉREZ, Carlos. 1991. **Reglamento de la Ley de Licitaciones.** Gaceta Oficial N° 34.830 del 30 de Octubre de 1991.