

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS, UNA APROXIMACIÓN A SUS PRINCIPIOS Y MARCO REGULATORIO

José Antonio Reyes¹

Resumen: *El artículo consiste en una aproximación general sobre la regulación venezolana sobre la actividad contractual de la Administración Pública y como la doctrina ha debatido asuntos importantes atinentes a su naturaleza, características y principios.*

Palabras clave: *Contratación pública – Contratos administrativos – Procedimientos de selección de contratistas.*

SUMARIO. Introito. **I.** Marco normativo. **1.** Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **2.** Decreto Ley de Contrataciones Públicas. **A.** Finalidad. **B.** Ámbito de aplicación subjetivo. **C.** Ámbito de aplicación sustantivo. **3.** Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. **II.** Procedimientos de selección de contratistas. **1.** Naturaleza del procedimiento de selección de contratistas. **2.** Tipología del procedimiento de selección de contratistas. **A.** Procedimiento formalizado y no formalizado. **B.** Según su incidencia en la esfera jurídica de los administrados. **C.** Según la posición de la Administración. **3.** Los procedimientos de selección de contratistas contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas. **4.** Concurso abierto de selección de contratistas y principios rectores. **A.** Inicio del procedimiento. **B.** Notificaciones. **C.** Fase de sustanciación. **D.** Fase de terminación.

INTROITO

Dentro de las actividades relevantes de la Administración Pública, la contratación forma parte del elenco que ha sido regulado históricamente de manera especial por la legislación², con una justificación uniforme: “la

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Colaborador del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).

² La Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional G.O N° 195 del 30 de julio de 1947, Resolución N° 8 del Ministerio de Obras Públicas del 8 de marzo de 1947, Instructivo Presidencial N° 24 G.O N° 30.905 del 27 de enero de 1976, Reglamento sobre Licitación Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directa para la Contratación de Obra y Adquisición de Bienes Muebles por la administración Central. G.O N° 32.717 del 3 de mayo de 1983, Ley de Licitaciones G.O N° 34.528 del 10 de Agosto de 1990, Decreto Ley de Licitaciones G.O N° 5.556 (E) del 13 de noviembre de 2001, Ley de Contrataciones Públicas G.O N° 38.895 del 25 de marzo de 2008, reformada bajo el mismo nombre mediante G.O N° 39.165 del 24 de abril de 2009, también reformada mediante G.O N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010 Hasta la hoy vigente Ley de Contrataciones públicas G.O N° 40.544 del 19 de noviembre de 2014.

protección del patrimonio público”. Protección en torno a la cual se ha dibujado un sistema procedimental en el que entran en contacto, por una parte, los particulares en calidad de contratistas; y por otra, los sujetos de derecho público en calidad de contratantes.

Así, la llamada por alguna parte de la doctrina “potestad administrativa contractual”³ tiene dos vertientes: la primera, referida a la formación del contrato, y la segunda, alusiva a la forma de control de su ejecución; ambas gobernadas por normas de Derecho Administrativo. Centraremos la aproximación del presente trabajo en la primera de ellas.

En este orden de ideas, la formación del contrato se encuentra indisolublemente ligada al principio de libertad de contratación de la Administración, el cual posee una dimensión totalmente disímil a su homóloga del derecho común: “La voluntad administrativa no es libre ni autónoma en lugar de ello es remplazada por el principio de legalidad, pues estamos en presencia de una vinculación positiva muy distinta del ámbito de la libertad negocial del derecho privado”⁴. Es este el punto central de la primera fase de la contratación administrativa: la limitación de la actividad administrativa por el principio de legalidad que impone la verificación de la competencia y el procedimiento⁵.

Tampoco puede escapar la mención al debate en torno a la existencia de los llamados contratos administrativos, existencia que tiene detractores desde sus orígenes⁶ e incluso algunos modernos se han mostrado renuentes a aceptar una dualidad de regímenes jurídicos en la contratación de la Administración, considerándola superada por la legislación nacional⁷. A pesar de la discusión doctrinal, ninguna de las posiciones exceptúa la aplicación de procedimientos de selección de contratistas.

En aras de organizar correctamente la información, dividiremos el trabajo en dos partes: i) Marco normativo y ii) Procedimientos de selección de

³ José Araujo-Juarez: *Derecho Administrativo parte general*. 2da reimpresión. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 604.

⁴ André Calogeropoulos: *Le controle de la legalite externe des actes administratif unilateraux*. París 1986 (citado por J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo parte general... op. cit.*).

⁵ Fernando Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General. Tecnos. Madrid, 2002, p. 68.

⁶ Gonzalo Pérez Luciani: “Los Contratos Administrativos en Venezuela”. *Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani*. Fundación para la Ciencia y la Cultura. Caracas, 2013, p. 610.

⁷ Jesús Caballero Ortiz: “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”. *Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, pp. 1765-1788; José Ignacio Hernández: “El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 315.

contratistas, al tiempo que continuamente haremos referencias a las manifestaciones concretas de los principios del procedimiento administrativo que se van materializando en cada una de las etapas.

I. MARCO NORMATIVO

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La contratación pública fue regulada por el Constituyente de 1999, bajo el Título IV “Del Poder Público”, Capítulo I “De las disposiciones fundamentales”, Sección Cuarta “de los contratos de interés público”. Expresión, que de acuerdo a la doctrina más calificada debe ser entendida como equivalente a: “contratos públicos, contratos del Estado y contratos de la administración [...] todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, la Administración pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen propósitos de interés público”⁸.

No obstante, la regulación constitucional solo alcanza a reconocer la existencia de la actividad contractual en los distintos niveles político territoriales, como manifestación de la forma federal en la que se encuentra organizada Venezuela⁹, además de establecer el control político de la Asamblea Nacional, cuando el co-contratante esté domiciliado en el extranjero; incorporó la conocida cláusula “Calvo” o inmunidad de jurisdicción (Art. 151); estableció prohibiciones a los funcionarios públicos para la celebración de contratos públicos (Art. 145); finalmente prohibió a los diputados de la Asamblea Nacional ser dueños, gerentes o directores de empresas que contraten con entes públicos y gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas (Art. 190).

Como se ha dicho, la regulación contenida en la Constitución de 1999 es bastante general, pero de cualquier modo, suficiente, para concluir que en Venezuela la actividad contractual del Estado se encuentra reconocida constitucionalmente, quedando al legislador la tarea de delinear legalmente los mecanismos para hacerla efectiva.

⁸ Allan Brewer-Carias: *Contratos administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 167.

⁹ Jesús Caballero Ortiz: “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”. *Estudios de Derecho Administrativo: libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*. Volumen I. Imprenta Nacional. Caracas. 2001, pp. 139-154.

2. Decreto Ley de Contrataciones Públicas

El 19 de noviembre 2014, fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinaria, el Decreto Ley de Contrataciones Públicas, vigente al momento de la redacción de estas líneas, el cual contiene una detallada regulación sobre la actividad contractual de la Administración, su finalidad, ámbito de aplicación subjetiva y sustantiva, exclusiones que varían en su grado de intensidad, los procedimientos de selección de contratistas con sus respectivos criterios de aplicación, y nulidad de los procedimientos de selección de contratistas. Revisaremos todas ellas en función de los principios generales y específicos que conforman el procedimiento administrativo.

A. Finalidad

La exposición de motivos del Decreto Ley de Contrataciones Públicas, establece la finalidad de la regulación, en una especie de catálogo: “preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos a la misma, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía nacional”.

La misma línea sigue el artículo 1 del Decreto, siendo este el criterio fundamental con el que debe interpretarse y aplicarse la totalidad del instrumento normativo. Veremos cómo se desarrolla esa finalidad a lo largo del Decreto Ley y como entendemos que debe ser interpretado cada uno de los principios proyectado bajo ésta finalidad.

B. Ámbito de aplicación subjetivo

La regulación *in comento* estableció en su artículo 3 un listado de los sujetos públicos y privados que están regidos por la Ley. Sin embargo, al revisar la enumeración encontramos algunas imprecisiones de orden técnico; por ejemplo, el numeral 1 se refiere a “[l]os órganos y entes del Poder Público Nacional Estatal y Municipal, Central y Descentralizado”, por lo que una lectura somera podría llevar a la errada conclusión de que los órganos tendrían capacidad de contratación, que, traducido al lenguaje propio del derecho administrativo sería competencia contractual. La doctrina¹⁰ ha advertido esa imprecisión y ha realizado la correspondiente corrección técnica, concluyendo que solo los sujetos de derecho pueden celebrar

¹⁰ Allan Brewer-Carias: “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 41.

contratos públicos. Por otra parte, se advierte también la incorrección de la expresión “entes del Poder Público”, pues el Poder Público no es un ente sino una potestad estatal, lo que en realidad existe son entes que ejercen el Poder Público en los distintos niveles federales.

En relación con este último punto, la doctrina organizó técnicamente el contenido de este artículo 3, elaborando el siguiente orden sistemático:

- I. Personas jurídicas estatales de derecho público
 - 1. Político Territoriales
 - A. República
 - B. Estados
 - C. Municipios, Distritos Metropolitanos y Mancomunidades Municipales
 - 2. Consejos Comunales
 - 3. Universidades Públicas
 - 4. Institutos Autónomos
- II. Personas jurídicas estatales de derecho privado
 - 1. Asociaciones civiles del Estado
 - 2. Empresas del Estado. (Sociedades mercantiles del estado en primer y segundo grado)
 - 3. Fundaciones del Estado¹¹.

Consideramos que el orden propuesto por el profesor BREWER-CARÍAS resulta sistemáticamente correcto y no se aleja de ninguna manera de la disposición de la Ley. Finalmente la ley no establece exclusiones personales a su ámbito de aplicación, como veremos las exclusiones están referidas al ¿qué? se contrata; y al ¿cómo? se contrata. Es decir, exclusiones sustantivas.

C. **Ámbito de aplicación sustantivo**

El mismo artículo 1 de la ley establece que el objeto de la regulación será “la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras”, todo lo cual representa una clara delimitación. No todos los contratos públicos están sujetos a la aplicación de la Ley, siendo esta la primera exclusión dentro de la cual podríamos incluir los contratos de

¹¹ *Ibíd.*, p. 44.

concesión de servicio público u obra pública, los contratos de venta de bienes públicos, entre otros.

El segundo grado de exclusión está contenido en el artículo 4, que, como adelantamos se refieren al ¿Qué se contrata? Vgr. servicios laborales, arrendamiento de bienes inmuebles, patrocinio de actividades culturales deportivas, entre otras; y ¿cómo se contrata? Vgr. en el marco del cumplimiento de obligaciones asumidas en acuerdos internacionales entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados. Cabe destacar que a pesar de estar excluidos, quedan sujetos a la presentación de las garantías contenidas en la Ley y a la obligación de suministro de información.

Finalmente, el último grado de lo que hemos denominado exclusiones de la Ley se corresponde con el grado de intensidad más bajo. Este supuesto contenido en el artículo 5 del Decreto Ley, solo comprende la exclusión a las modalidades de selección de contratistas, es decir, serán contratadas mediante la figura de “contratación directa”: 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; entre otros.

No obstante, sobre la “contratación directa” contenida en Capítulo VI del Título III “Modalidades de Selección de Contratistas” cabe reflexionar, ¿Cómo es que la Ley excluye determinados contratos de las “modalidades de selección de contratistas” para luego sujetarlos a “contratación directa”?, que de conformidad con el numeral 29 de artículo 6 del mismo Decreto Ley es “una modalidad de selección de contratistas”.

Sobre este particular, un sector de la doctrina considera que la adjudicación directa: “es una verdadera modalidad de selección de contratistas que se distingue de los supuestos en los cuales la Administración tiene libertad para contratar, sin atender a las restricciones establecidas en la LCP. En efecto, en la modalidad de contratación directa la Administración, deberá justificar con anticipación las razones por las cuales procederá a seguir dicho trámite”¹².

Creemos que la aparente contradicción del Decreto Ley y la doctrina deviene de haber incluido la contratación directa dentro de las modalidades de selección de contratistas, porque evidentemente la contratación directa no es una modalidad de selección; se trata precisamente de lo contrario, una excepción a los procedimientos de selección, o no al menos, como nosotros entendemos los mecanismos de selección, que implican un concurso

¹² Miguel Monaco: “Modalidades de Selección de Contratistas en la Ley de Contratación Pública”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 103.

estructurado en fases de un procedimiento administrativo, tendientes a la formación objetiva de la voluntad administrativa en resguardo del patrimonio público.

La redacción del artículo 101 reafirma nuestro argumento “Artículo 101. Se podrá proceder excepcionalmente por Contratación Directa [...]”. Consideramos absurdo afirmar que existe un procedimiento de selección sin actividad de selección y sin procedimiento, la motivación a que hace referencia el autor está únicamente referida a la razones para exceptuar el procedimiento, y como toda excepción por razones de hermenéutica jurídica elemental, deberá ser interpretada siempre de forma restrictiva.

3. Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas

Antes de analizar el contenido regulatorio del Reglamento, debemos señalar que este instrumento normativo fue dictado en vigencia de la Ley de Contrataciones públicas del 25 de marzo de 2008¹³, siendo sus disposiciones supervivientes a las sucesivas reformas parciales sufridas en 2009¹⁴, 2010¹⁵ y 2014¹⁶ hoy vigente.

Este instrumento encuentra aplicación en todo lo que no contraríe el Decreto Ley vigente y su regulación está referida principalmente a los siguientes puntos: 1. Definiciones; 2. Regulación sobre consorcios y alianzas; 3. Actividades previas a la contratación; 4. Atribuciones de las Comisiones de Contratación; 5. Contenido de los expedientes de contratación; 6. Compromisos de responsabilidad social; 7. Sistema Nacional de Contrataciones; 8. Modalidades de selección de contratistas; y 9. Ejecución del contrato¹⁷.

Resulta de especial interés el punto N° 8 referido a las “modalidades de selección de contratistas”. El Reglamento establece la posibilidad que la Administración amplíe dichos lapsos sometiéndola a los criterios de: 1. Complejidad y suministro de bienes, 2. Ubicación geográfica donde se suministra el bien, ejecuta la obra o se presta el servicio, 3. Cuando se encuentren ejecutando en simultaneo distintos proyectos y 4. Por razones de índole administrativa. Todo ello, en ejecución de la disposición contenida en el artículo 72 del Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

¹³ Gaceta Oficial N° 38.895 del 25 de marzo de 2008.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

¹⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 40.544 del 19 de noviembre de 2014.

¹⁷ Pablo Colina Fonseca: *El nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2010.

No forma parte del objeto del presente trabajo la revisión profunda de los instrumentos normativos especiales que rigen la actividad contractual de la administración. No obstante, por razones de utilidad nos referiremos continuamente a estos instrumentos en el estudio del procedimiento administrativo de selección de contratistas, lo que nos obliga a manejarlos y presentarlos al lector de forma organizada y sistemática.

Finalmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁸ regirá de manera supletoria los vacíos que puedan existir en la regulación especial, en aplicación literal del artículo 7 del Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

II. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Una vez realizada una aproximación general al marco normativo que disciplina la actividad estatal de la contratación, pasaremos a revisar los procedimientos contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas a la luz de las consideraciones doctrinales, tanto clásicas como modernas, acerca del procedimiento administrativo, sus categorías y principios generales y específicos.

1. Naturaleza del procedimiento de selección de contratistas

La determinación de la naturaleza del procedimiento de selección de contratistas dentro de la categoría de procedimientos administrativos, nos lleva necesariamente a revisar las bases históricas sobre las cuales se erigió el concepto, así como, las sucesivas transformaciones que ha recibido la institución producto de la evolución del derecho público en general.

Siguiendo al profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ¹⁹ el procedimiento administrativo nace como apéndice del acto administrativo, como parte integrante de sus elementos formales. La noción de acto administrativo implicaba –en etapa de su configuración conceptual– la posibilidad de que la administración influyera activamente en las situaciones jurídicas de los particulares, ampliándolas, modificándolas o extinguiéndolas, siendo el acto administrativo la forma típica en que se manifiesta la administración.

Así, el derecho administrativo pivotó en sus orígenes en la noción de prerrogativa y privilegio²⁰. Esta concepción formal del procedimiento

¹⁸ Gaceta Oficial N° 2.818 del 1 de julio de 1981.

¹⁹ José Ignacio Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2012, p. 28.

²⁰ La acepción de la palabra prerrogativa aquí expuesta, excede a la noción de prerrogativa procesal, pues en ese momento de la evolución del derecho administrativo, la prerrogativa

administrativo a la que hemos hecho referencia implicaba el reconocimiento de garantías específicas del ciudadano, frente a tal poder de actuación de la administración. En esta ecuación, jugó un papel fundamental el reconocimiento del *principio de legalidad formal*²¹, que condujo al nacimiento del vicio de forma del acto administrativo por incumplimiento de los medios a través de los cuales la Administración debía canalizar su actividad, circunscrita hasta entonces –repetimos–, únicamente a la noción de acto administrativo.

En síntesis, la noción histórica expuesta que coloca al procedimiento administrativo como requisito de forma del acto administrativo, debe ser superada, pues como afirma la doctrina²²: tal noción resulta insuficiente frente a la actividad prestacional de la administración derivada de la cláusula de Estado Social de Derecho, en particular la actividad de contratación no encuadra dentro las categorías iniciales de Derecho Administrativo.

Es en este punto, cobra especial importancia el tratamiento que la Ley de Contrataciones Públicas hace sobre la actividad controlada, que de acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, se resume en: *la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras*, lo que significa una unificación del régimen jurídico de la contratación pública²³. Resulta inobjetable que en cuanto al régimen de contratación, la noción de contrato administrativo fue superada por la legislación. Es exactamente igual bajo la vigencia de la Ley en estudio: si el contrato versa sobre un servicio público o no, la Administración goza de los mismos poderes y el particular de los mismos derechos; decayendo así, la base del argumento que sostenía que la actividad de contratación era una función administrativa cuando el contrato era administrativo.

Bajo este esquema, resulta infructuoso ubicar el elemento determinante de la naturaleza de los procedimientos de selección de contratistas en la naturaleza del contrato a suscribir. En su lugar, percibimos que el espíritu de la regulación es la “protección del patrimonio público”; y es por ello que la ley controla la actividad de contratación en general y genera una categoría específica de actividad administrativa.

implicaba la sustracción del régimen jurídico del derecho común, así como la imposibilidad de juzgar a la administración por un sistema judicializado de control.

²¹ Andre Laubadère: *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Tomo I. 4ta Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1967 (Citado por J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 29).

²² J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 30.

²³ J. I. Hernández: *El Contrato Administrativo en la... op. cit.*, p 178.

Así las cosas, el procedimiento administrativo moderno se presenta como la *forma de la actividad administrativa*²⁴, y no como elemento formal del acto administrativo. Nada obsta para que el procedimiento en estudio sea considerado un “procedimiento administrativo”, pues la calificación del mismo vendría dada por la regulación sustantiva de lo considerado actividades de la administración con independencia del fin que se persiga (servicio público, fomento o incluso gestión económica).

2. Tipología del Procedimiento de selección de contratistas

Una vez verificada la naturaleza administrativa del procedimiento de selección de contratistas, pasamos a encuadrarlo dentro de las categorías doctrinales del procedimiento administrativo, las cuales han sido construidas sobre diferentes variables.

A. Procedimiento formalizado y no formalizado²⁵

La doctrina clasifica el procedimiento formalizado como aquel que se encuentra regulado por una Ley especial para el tipo de actividad administrativa; en contraposición, el no formalizado encuentra cauce en la regulación general sobre procedimientos administrativos. En Venezuela esta clasificación se encuentra recogida en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el tema que nos ocupa, el procedimiento de selección de contratistas, como vimos, se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones Públicas, legislación especial la cual se debe agotar, al igual que su reglamento, para proceder a la aplicación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos (Art. 7).

Un comentario especial merece, que el procedimiento administrativo es materia de reserva legal conforme al artículo 156 constitucional. Sin embargo, consideramos que en caso de lagunas debe acudir inicialmente al reglamento y solo cuando la laguna subsista debe recurrirse a la legislación nacional de forma supletoria. Solo en caso de antinomias debe procederse a aplicar el criterio tradicional de la jerarquía.

²⁴ Hildegard Rondón De Sansó: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 19.

²⁵ Ramón Parada: *Derecho administrativo*. Tomo I. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 153.

B. Según su incidencia en la esfera jurídica de los administrados²⁶

La segunda categoría de procedimiento administrativo a revisar coloca como variable para su taxonomía, el efecto que sobre la esfera particular produce el procedimiento administrativo, y ha sido clasificado en 1- Procedimientos ablatorios, 2- Procedimientos concesorios, y 3. Procedimientos autorizatorios.

Resulta pertinente en este punto hacer unas precisiones sobre el procedimiento de selección de contratistas. En el Decreto Ley que venimos estudiando estos procedimientos se presentan como los mecanismos a través de los cuales la Administración realiza la selección de la persona natural o jurídica con la cual *celebrará un contrato de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras*. En consecuencia, los interesados acuden voluntariamente con la intención de hacerse del contrato sometiéndose voluntariamente a un concurso, en el que se evalúan tanto las especificaciones técnicas de los participantes, su experiencia en el área (Documentos de Calificación Art. 6 Núm. 14); así como su propuesta económica (Oferta Art. 6 Núm. 19). A partir de esas variables, la Administración coteja con sus intereses plasmados en el pliego de condiciones (Art 94 y 95) y toma una decisión que puede ser otorgar el contrato o declarar desierto el concurso en virtud de que ninguno de los participantes ha cumplido con las exigencias del pliego de condiciones (Art 109 y 113). Erigiéndose como una garantía de objetividad que tiende a la consecución teleológica de la ley: “la protección al patrimonio público” (art. 1).

Evidentemente el procedimiento en estudio no encuadra dentro de los procedimientos ablatorios referidos a los supuestos de: 1. Pérdida de un derecho de propiedad; 2. Privación de la disposición de una cosa; 3. Imposición de una prestación de dar o hacer y 4. Limitaciones a derechos personales.

Ahora bien, en cuanto a las dos restantes categorías, no resulta tan claro su encuadramiento. El proceso autorizatorio consiste en el levantamiento de un obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho. Por su parte, el procedimiento concesorio es aquel a través del cual se otorga un nuevo derecho²⁷.

Consideramos que la libertad contractual que se encuentra condicionada por el procedimiento de selección de contratistas es la libertad de la Administración, que debe llevar adelante el procedimiento de selección

²⁶ H. Rondón D. S.: *El procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 63.

²⁷ J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 88.

ajustado al principio de legalidad formal, y en consecuencia formar una voluntad objetiva con soporte material de la deliberación (Art. 18 y 20). La doctrina nacional se pronuncia en el sentido de que la limitación a la libertad contractual de la administración se presenta en la escogencia del contratante²⁸.

El derecho a la libertad contractual del particular existe y subsiste al procedimiento de selección de contratista; es decir, de resultar ganador, no nace ningún derecho de contratación especial, en todo caso, se levanta un obstáculo jurídico, por lo que el procedimiento de selección de contratista debe ser encuadrado en la categoría de procedimiento autorizatorio.

C. Según la posición de la Administración²⁹

Esta categorización distingue entre los procedimientos en los que la Administración tiene una posición lineal en sus relaciones con: “el” o “los” sujetos que se encuentran en la misma posición frente a la administración, en contraposición a los actos triangulares, en los que, las partes tienen posiciones antagónicas o de contención y la Administración debe sustanciar las peticiones de cada uno de ellos y decidir conforme a la ley. La doctrina clásica en materia de actos triangulares en Venezuela está representada por la profesora HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ³⁰, quién ha calificado estos actos como *cuasi-jurisdiccionales*, en tanto en cuanto, identifica rasgos propios de la función jurisdiccional en éste tipo de actividades.

Así, en el procedimiento de selección de contratistas, concurren varios sujetos con el interés de obtener una decisión favorable. Sin embargo, esto no es criterio suficiente para considerarlo un acto triangular, en su lugar, se establece una relación lineal y la administración debe preservar el principio de igualdad a lo largo del procedimiento administrativo, generando las condiciones para que los participantes se encuentren en escenarios de libre competencia, y asegurar así la formación de una decisión objetiva tendiente a resguardo del patrimonio público.

El principio de igualdad es el eje vertebrador de todos el procedimientos de selección de contratistas, como veremos, todos los demás principios se adecuan a su funcionamiento y las disposiciones normativas contenidas en el decreto ley aseguran su mantenimiento.

Finalmente como colofón, podemos señalar que el procedimiento de selección de contratistas es de orden externo, pues la administración se

²⁸ Allan Brewer-Carias: *Contratos administrativos, Contratos Públicos, Contratos... op. cit.*, p 30.

²⁹ J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 73.

³⁰ Hildegard Rondón De Sansó: *Los actos cuasijurisdiccionales*. Centauro Ediciones. Caracas, 1990.

vincula con los particulares a través de la sustanciación del procedimiento, asimismo, se trata de un procedimiento que se inicia de oficio por parte de la administración. De tipo constitutivo por cuanto no se corresponde con un procedimiento recursivo impulsado a instancia de parte, y por cuanto la administración debe llevarlo a su culminación con o sin la presencia de ningún participante (declarando desierto el concurso Art. 113), es un acto coligado pues se trata de una sucesión de actos cuya validez condiciona la existencia del siguiente acto. Incluso la doctrina ha señalado, que la sucesión de actos se encuentra coligados al contrato final que firma la administración pública³¹.

3. Los procedimientos de selección de contratistas contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas

En orden al hilo argumental del presente estudio, presentamos los 3 tipos de modalidades de selección de contratistas que contiene el Decreto Ley Contrataciones públicas: Concurso Abierto (Art. 77), Concurso Cerrado (Art. 85), y Consulta de Precios (Art. 96); cuya aplicación alternativa va a depender de la cuantía sobre la cual esté valorado el proyecto (Art. 61). A los efectos de esquematizar la información presentamos el siguiente cuadro:

Contratos	Modalidades de Contratación		
	Concurso abierto (Art. 77)	Concurso cerrado (Art. 85)	Consulta de precios (Art. 96)
Adquisición de bienes	Mayor a 20.000 UT	Desde 5.000 a 20.000 UT	Hasta 5.000 UT
De servicios	Mayor a 30.000 UT	Desde 10.000 a 30.000 UT	Hasta 10.000 UT
De obras	Mayor a 50.000 UT	Desde 20.000 a 50.000 UT	Hasta 20.000 UT

Merece un comentario especial, que además de la procedencia de cada modalidad de selección de contratistas en función de la cuantía, el Decreto Ley establece un interesante mecanismo de aplicación subsidiaria (Art. 114): en caso de declararse desierta la modalidad de concurso abierto podrá procederse por el procedimiento de concurso cerrado y si éste fuere declarado

³¹ J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo parte general...* op. cit., p. 604.

desierto, se procederá por consulta de precios, que de declararse también desierto se procederá a la adjudicación directa.

Asimismo, debemos señalar una serie de excepciones que establecen las disposiciones rectoras de cada procedimiento al principio de la cuantía; tal es el caso del artículo 85: “También podrá procederse por Concurso Cerrado, independientemente del monto de la contratación, cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado lo justifique, en los siguientes casos”, por su parte el numeral 3 del artículo 96, hace lo propio en la modalidad de consulta de precios.

Establecido el marco general, usaremos el procedimiento abierto de selección de contratistas en su modalidad “acto único recepción y apertura de sobres” para contrastarlo con los principios generales del procedimiento administrativo que informa al Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

4. Concurso abierto de selección de contratistas y principios rectores

A. Inicio del procedimiento

El procedimiento abierto de selección de contratistas inicia con un llamado público de participación que deberá efectuarse en la página web oficial del ente contratante, así como en la página del Servicio Nacional de Contratistas, hasta un día antes del acto de recepción de sobres (Art. 79), la publicación debe contener: la fecha y el lugar en la cual se podrá retirar el pliego de condiciones, la fecha en la que se recibirán los sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad, los documentos de calificación y las ofertas (Art. 80).

Principio de publicidad: Cuando el procedimiento es iniciado de oficio, cobra especial importancia la garantía de publicidad³², que obliga a la administración a realizar las notificaciones correspondientes a los interesados sobre el inicio del procedimiento administrativo. En el procedimiento abierto de selección de contratistas, la notificación inicial se materializa a través de la publicación de un “llamado público a participar”, de cuya existencia se hace depender el principio de igualdad de los eventuales oferentes, incluso se sostiene que la publicidad en este tipo de procedimientos es una herramienta efectiva de control en manos de los administrados y el mantenimiento de la competencia efectiva³³.

³² Daniela Urosa: *Actualización en procedimiento administrativo*. 2da Edición. Editorial FUNEDA. Caracas, 2008, p. 23.

³³ Aurilivi Linarez: “Los principios que rigen los procedimientos de selección de contratistas”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 154.

B. Notificaciones

No obstante la publicación inicial, el Decreto Ley establece algunas notificaciones obligatorias (Art. 115) que deberán realizarse mediante mecanismos electrónicos, siempre que el destinatario haya aceptado previamente tal condición (Art. 8). Resulta evidente aunque podría decirse que de manera tímida: la intención de la legislación es avanzar hacia mecanismos actuales, menos rígidos y mucho más efectivos de notificación. Esta disposición se complementa con la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica y su Reglamento parcial, así como la Ley Orgánica de Administración Pública y la Ley de Infogobierno³⁴.

C. Fase de sustanciación

El procedimiento abierto de selección de contratistas se encuentra fraccionado en varios actos coligados (Art. 81): 1. Calificación, 2. Evaluación de las ofertas, 3. Informe de Recomendación, 4. Adjudicación y 5. Notificación de los Resultados; que, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Ley poseen un lapso máximo dentro del cual deben realizarse todos los actos enumerados. En el caso de acto único de recepción y apertura de sobres será de nueve días para adquisición de bienes, doce para la prestación de servicios y dieciséis para la ejecución de obras.

Cada acto posee una fisonomía propia, revisemos cada acto por separado en el entendido que solo los tres primeros corresponden a la fase de sustanciación.

- a. **La calificación:** Es el resultado del examen de la capacidad legal, técnica y financiera que se le realiza a un participante para que pueda presentar ofertas (núm. 14, Art. 6).
- b. **Evaluación de las ofertas:** Examen y evaluación de las ofertas económicas, se deberán rechazar aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos contenidos en la ley (Art. 76).
- c. **Informe de Recomendación:** Acto motivado mediante el cual la Comisión de Contrataciones expone los resultados del procedimiento de selección y debe contener los aspectos legales, financieros y técnicos, el empleo de medidas de promoción del

³⁴ Víctor Hernández-Mendible, José Araujo-Juárez, Alejandro Canónico, Mauricio Pernia, Miguel Torrealba Sánchez, Ali Daniels: *La contratación pública en Venezuela*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2015, p. 33.

desarrollo económico y social, así como, lo relativo a los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas (Art. 95).

- d. **Adjudicación:** Acto mediante el cual la administración contratante otorga el contrato a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o condiciones de la contratación (Art. 109).
- e. **Notificación:** Acto mediante el cual se informa a todos los oferentes el fin al procedimiento, se deberá notificar razonadamente, incluso, a los participantes que resulten descalificados (Art. 115).

Principio de racionalización: El principio de racionalización contenido en el artículo 4 del Decreto Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos establece que la administración debe: “racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la administración pública; mejorar su eficacia, pertinencia y utilidad a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas” y en consecuencia la administración deberá eliminar todo trámite innecesario. En el caso de la contratación abierta, tal racionalización se materializa a través de la posibilidad que dispone el Decreto Ley; para que sea la propia Administración quién organice en el tiempo los actos (siempre dentro de un lapso máximo); optimizando así la actividad del sujeto público contratante, pues, dependerá de cada caso un estudio más profundo de los aspectos técnicos y en otros los de índole económico, dejando en manos de la administración su adecuación.

Principio de preclusividad (formalismo moderado): Contrario a la doctrina moderna del procedimiento administrativo³⁵ que propugna el principio de antiformalismo no preclusivo, consideramos que, dada la especialidad de la materia y su finalidad de generar escenarios de igualdad entre los participantes en resguardo del patrimonio público, debe imponerse el principio de formalidad moderada, lo que implica realizar una distinción entre las formalidades sustanciales y las formalidades no sustanciales, en función de su impacto en la voluntad final de la administración³⁶. Todo ello atendiendo que el procedimiento de selección de contratistas es un procedimiento de actos coligados, y el cumplimiento de un acto, (vgr. Publicación del llamado a participar), condiciona la validez del acto subsiguiente (vgr. Acto de entrega de sobres).

Principio de transparencia: Los mecanismos de selección de contratistas poseen una fuerte influencia de éste principio. La administración contratante

³⁵ D. Urosa: *Actualización en procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 48.

debe establecer en el pliego de condiciones las reglas y criterios de evaluación así como su ponderación (Art. 66), para finalmente terminar en un acto motivado, que debe ser notificado a todos los participantes incluso los que han sido descalificados o su calificación ha sido rechazada por insuficiente.

Principio de equilibrio económico: El principio de equilibrio económico debe ser connatural a la contratación pública, ello en virtud que los actores económicos se apersonan voluntariamente motivados por intereses de este tipo. El procedimiento de selección no puede conculcar el legítimo interés de lucro que tienen los participantes. El Decreto Ley establece la obligación de indemnización por terminación anticipada del proceso de selección de contratistas cuando haya sido notificada la adjudicación (Art. 107). Sin embargo, consideramos que todas las disposiciones de la ley deben ser interpretadas de conformidad con este principio.

Principio publicidad de los actos: Principio ya comentado anteriormente posee implicaciones importantes sobre los actos contenidos en la fase de sustanciación pues los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas, tienen carácter público y de todo acto debe dejarse un soporte físico constituido por un acta (Art. 91).

En este sentido la Ley establece también la obligación de elaborar un expediente de cada contratación, en el que reposarán todos los documentos, informes, opiniones y demás actos que se reciban, generen o consideren en los procesos de contratación (Art. 19). Sin embargo, el expediente se mantiene en privado hasta la culminación de la selección, momento en el cual los interesados podrán solicitarlo (Art. 21). Incluso la ley establece como supuesto de responsabilidad administrativa la negativa del funcionario al acceso al expediente (núm. 15 Art. 166).

D. Fase de terminación

El procedimiento de selección de contratistas concluye en términos del Decreto Ley en la “adjudicación del contrato” (Art. 109) o la declaratoria de desierta de la modalidad de selección (Art. 113), que en la realidad se materializa a través de la firma del contrato; o la procedencia del subsiguiente procedimiento de selección de contratistas. Asimismo, el Decreto Ley establece la posibilidad de que la Administración de por terminado el procedimiento, mientras no se haya firmado el contrato (Art.107); y en caso de haberse adjudicado y notificado la adjudicación, la Administración deberá indemnizar hasta el monto máximo de 5% de la oferta por los gastos en que incurrió el contratista para participar en el procedimiento de selección.

Principio de Eficiencia: La contratación pública es una técnica de ejecución del gasto público³⁷, pues, se establece un procedimiento para la selección de la persona natural o jurídica que contratará con la administración, procedimiento que, de ser llevado adelante correctamente asegura la eficiente asignación y utilización óptima de los bienes y recursos públicos, en atención a las necesidades que deban satisfacerse. Termine o no en la firma del contrato se habrá dado mantenimiento apropiado al gasto público, ya que, la evaluación se realizará en base a criterios de capacidad técnica y financiera, que garantizan un comparación objetiva de las ofertas a fin de seleccionar la propuesta más conveniente.

³⁷ A. Linarez: *Los principios que rigen los... op. cit.*