

La excesiva discrecionalidad en el trámite de las modalidades de selección de contratistas

Daniel ROSAS RIVERO*

REDAV, N° 26, 2023, pp. 97-117

Resumen: Este trabajo aborda el tema de la discrecionalidad en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas. Para ello, se analizan normas específicas del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y de su Reglamento, para demostrar que el sistema de contratación pública venezolano otorga una amplísima discrecionalidad a los contratantes, lo cual trae como consecuencia el establecimiento de un sistema sumamente opaco, casuístico y limitativo, que atenta contra los principios de transparencia, publicidad y competencia, que son de obligatoria observancia de conformidad con el marco normativo vigente en la materia.

Palabras clave: Contratación pública – Discrecionalidad – Modalidades de Selección de contratistas.

Abstract: *This paper analyzes administrative discretion in public procurement. For that purpose, it studies the framework of the Decree with rank, value, and force of Public Contracts Law and its regulations to demonstrate that the public contract system grants broad discretionary powers to the Public Administration, resulting in an opaque, casuistic, and restrictive system, that violate the transparency, publicity, and competitiveness principles, that are mandatory according to the legal framework.*

Keywords: *Public contracts – Discretion – Public procurement.*

Recibido

02-02-2023

Aceptado

14-04-2023

Introducción

El presente trabajo desarrolla el tema de la discrecionalidad en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas, apoyándose en el análisis de un conjunto de normas contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas¹ (en lo sucesivo “Ley de Contrataciones Públicas”), a los fines de demostrar que la legislación venezolana en la materia otorga una excesiva

* Abogado UCAB (2003). XIV Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca en Derecho Constitucional (2004). Magíster en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid (2005). Magíster en Gerencia Pública (IESA, 2013). Profesor Invitado de Postgrado y de Educación Ejecutiva en el IESA. Miembro Ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Colaborador de los Observatorios de Contratación Pública de Argentina, Colombia y España.

¹ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de 19-11-2014.

discrecionalidad a los funcionarios que intervienen en el trámite de estas modalidades.

La discrecionalidad ha sido un tema de amplia discusión en la doctrina jurídica venezolana. La entonces Corte Federal de Venezuela reconoció la existencia de los actos discrecionales, que entendió como aquellos donde la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, lo cual no quiere decir que obra arbitrariamente, obviando toda regla de derecho, ya que la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto².

En palabras de BREWER-CARIÁS, la discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación³.

Esta actividad discrecional de la Administración, tal como afirmó la entonces Corte Federal de Venezuela, es indispensable para poder realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad⁴. Por tanto, es común que la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos un cierto grado de libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación. Ello encuentra su justificación en el entendido que, tal como afirma GARRIDO FALLA, la Administración está en mejor posición, dada su capacidad técnica y operativa, así como en virtud de su mayor relación con el medio económico y social, para resolver pronta y eficazmente las cambiantes necesidades sociales⁵.

En todo caso, la Administración solo puede ejercer las facultades expresamente reconocidas por la ley, por lo cual, "*nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente*"⁶. Es decir que, tal como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, la discrecionalidad administrativa es

² Sentencia de la antigua Corte Federal de 06-11-1958, publicada en Gaceta Forense, 2ª etapa, N° 22, Caracas, 1958, p. 133.

³ Allan Brewer Carías, "Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela" (Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, septiembre 2009). Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/09/1052.-4-606-Control-judicial-de-la-discrecionalidad-en-Venezuela.-Foro-IDA-Panam%C3%A1.-Sept.-2009.doc.pdf>

⁴ Sentencia de la antigua Corte Federal de 06-11-1958, p. 133.

⁵ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Volumen I* (Madrid: Tecnos, 1994), 182-183.

⁶ Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11-08-1949, en Gaceta Forense, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, Caracas, 1949, p. 140.

expresión del principio de legalidad, ya que esta se presenta ante una remisión normativa expresa y no ante la inexistencia de la norma⁷.

Este último punto tiene una importancia fundamental en el presente trabajo, ya que, precisamente, analizaremos normas específicas contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas, que expresamente atribuyen poderes discrecionales a los funcionarios que participan en el trámite del procedimiento de selección de contratistas, así como al Presidente de la República, por lo que, las potestades discrecionales que serán objeto de estudio, en consonancia con TORREALBA SÁNCHEZ, emanan del propio ordenamiento jurídico y no de la ausencia de norma aplicable⁸.

Explicado brevemente el concepto de discrecionalidad, a continuación, desarrollaremos algunas normas en el ámbito de la contratación pública que, en nuestro criterio, atribuyen poderes discrecionales excesivos que se contraponen con los principios que informan la contratación pública venezolana, y que, en definitiva, opacan el trámite de las modalidades de selección de contratistas.

I. La discrecionalidad en la aplicación de la modalidad de selección de contratistas para un determinado contrato

Una deficiencia de nuestro marco normativo en materia de contratación pública la encontramos en la concepción y diseño del sistema de modalidades de selección de contratistas previsto en la Ley de Contrataciones Públicas⁹.

En tal sentido, la Ley de Contrataciones Públicas establece cuatro modalidades de selección de contratistas, a saber: concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa; cuya selección está atada, en los tres primeros casos, a parámetros cuantitativos que definen la modalidad que debe aplicarse, al cruzar dichos parámetros con las tres categorías de contratos que la Ley regula, a saber: adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

En el caso de la contratación directa, esta modalidad de selección de contratistas no está atada a un parámetro cuantitativo específico,

⁷ García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I, 12^o ed. (Madrid: Thomson Civitas., 2004), 442-452.

⁸ Miguel Ángel Torrealba Sánchez, "Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 8, 2016: 225.

⁹ Daniel Rosas Rivero, "La contratación pública venezolana en los tiempos de COVID-19: Su estado actual, las ilegales recomendaciones del Estado y una breve mirada al mundo" en *Derecho Público en tiempos de pandemia: Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19* (Caracas: CIDEP, 2020).

sino que el legislador enumeró, en los artículos 5 y 101 de la Ley de Contrataciones Públicas, nada menos que 28 situaciones excepcionales, que son absolutamente casuísticas y ampliamente subjetivas, con base en las cuales se puede proceder por dicha modalidad de selección.

Sumando esas 28 situaciones excepcionales y casuísticas a las otras cuatro excepciones¹⁰ que prevé la Ley de Contrataciones Públicas en la aplicación de los parámetros previstos para el concurso cerrado y la consulta de precios, así como también los cinco supuestos de exclusión total de aplicación de la Ley previstos en su artículo 4, tenemos 37 excepciones que deben analizarse para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que debe sustanciarse en un determinado contrato, colocando tal decisión sobre la unidad usuaria¹¹, que aplicará su discrecionalidad para la determinación de la modalidad aplicable, previo análisis de los parámetros cuantitativos aplicables para cada modalidad de selección de contratistas y apoyándose en su interpretación personal y subjetiva de las antes referidas 37 excepciones.

Adicionalmente, el numeral 12 del artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, habilita a adjudicar vía contratación directa la *“adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decrete cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*. Esta norma se ha utilizado en años recientes en el ámbito de la

¹⁰ Tres en el caso del Concurso cerrado (art. 85) y una para la consulta de precios (art. 96). Estas excepciones llaman a no aplicar el elemento cuantitativo en la determinación de la modalidad de selección de contratistas que debe sustanciarse, sino que la elección de la modalidad aplicable está sujeta a una característica propia del contrato o a la aprobación de un Plan Excepcional por el Ejecutivo Nacional.

¹¹ Según el artículo 6.2 de la Ley de Contrataciones Públicas, la unidad usuaria es la responsable de efectuar las actividades previas a la contratación, formular el requerimiento a la unidad contratante, administrar el contrato y evaluar la actuación y desempeño del contratista en los procedimientos de contratación previstos en la referida Ley. En ese sentido, el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas establece que las actividades previas a la contratación deben realizarse para todas las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, para garantizar una adecuada selección. El objeto de imponer la realización de estas actividades previas, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley, es garantizar la oportuna contratación, ello con base en un reconocimiento explícito sobre la importancia del principio de planificación. Entre esas actividades previas, se debe preparar el presupuesto base, que es uno de los documentos fundamentales, ya que permite inicialmente ubicar la contratación dentro de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley para tres de las cuatro modalidades de selección de contratistas. En todo caso, es en esta etapa del procedimiento que la unidad usuaria determina específicamente el tipo de contratación que se debe realizar, determinando las ventajas económicas y técnicas de la misma, su previsión en la programación anual de compras, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, entre otros.

contratación pública, dictándose diversos regímenes especiales¹², los cuales alargan la lista de excepciones a la aplicación de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a una contratación específica, y que en definitiva hacen más compleja la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a un contrato específico, todo ello soportado en la discrecionalidad de la unidad usuaria, quien debe sortear un número amplísimo de excepciones y considerar las mismas en conjunto con el análisis de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley.

Con base en lo anterior, podemos afirmar, que no basta que la unidad usuaria simplemente aplique un parámetro cuantitativo para determinar la modalidad de selección de contratistas aplicable, sino que, para tal determinación, el legislador diseñó un sistema de amplia excepcionalidad y discrecionalidad que lleva a dicha unidad a atravesar un mar de excepciones sumamente casuísticas y subjetivas, y en ejercicio de su propia interpretación, aplicará su discrecionalidad para determinar cuál es la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable al caso específico.

Es paradójico que el legislador haya diseñado un sistema tan complejo para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a un contrato específico, cuando lo cierto es que esta decisión es una de las más importantes y fundamentales que se toman en el marco de este procedimiento administrativo especial, siendo que determina no solo los tiempos y requisitos aplicables para la elección del contratista, sino, más grave aún, bajo el opaco sistema venezolano, también determina el nivel de publicidad que tendrá el procedimiento, por lo que, bajo este sistema actual, se crean los incentivos necesarios para ejercer la discrecionalidad en detrimento del procedimiento de selección más público, como lo es el concurso abierto, tal como explicamos en el desarrollo del presente trabajo.

La importancia de esta decisión sobre la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a un caso concreto también la podemos evidenciar en el hecho que el legislador incluyó entre los supuestos generadores de responsabilidad administrativa detallados en el artículo 166, el numeral 2, que sanciona a quien deje de aplicar la modalidad de selección de contratistas correspondiente conforme a la Ley.

¹² A modo de ejemplo podemos mencionar el Régimen Especial dictado por el Presidente de la República y publicado en la Gaceta Oficial N° 41.362 del 16-03-2018, y el Régimen Especial y Transitorio en materia de contrataciones públicas que resulta aplicable a la Industria Petrolera Nacional que fue publicado en Gaceta Oficial N° 41.376 del 12-04-2018.

A pesar de su importancia, el legislador optó por un diseño normativo con una enorme carga de interpretación subjetiva y amplísima discrecionalidad, lo cual entendemos como un gran desacierto, ya que el resultado es un sistema ampliamente discrecional donde la excepción es la norma, en detrimento de lo que ha debido ser la regla, a saber, la aplicación estricta de los parámetros cuantitativos para la determinación de la aplicabilidad de cada modalidad, quizás sumando un número cerrado, racional y objetivo de excepciones para casos y circunstancias realmente excepcionales y específicamente determinadas.

Como afirma BREWER-CARÍAS, en materia de contratación pública en Venezuela, la regla para la selección de contratistas en los contratos públicos es la excepción, lo cual ha ocasionado la desaparición material de la licitación y ha aumentado el ámbito de la contratación directa, el cual se ha expandido en la propia Ley¹³. Es decir, que el diseño normativo de la Ley de Contrataciones Públicas hace más énfasis en las excepciones que en el parámetro cuantitativo como regla general, con lo cual está creando los incentivos necesarios para evadir las modalidades de selección de contratistas más públicas y competitivas y direccionar las contrataciones públicas hacia mecanismos discrecionales de contratación.

Entonces, podemos afirmar, que la Ley de Contrataciones Públicas, en relación con la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a un determinado contrato, incorpora un conjunto de normas que convierten la excepcionalidad en la regla, requiriendo la aplicación de una amplísima discrecionalidad basada en una interpretación individual, subjetiva y ampliamente casuística.

II. La discrecionalidad asignada al Presidente de la República para dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos

Otro ejemplo de amplia discrecionalidad en materia de contratación pública, lo encontramos en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas. Sin embargo, antes de entrar en dicho análisis, es importante realizar un comentario previo para entender la referida norma.

La redacción del artículo 5 es sumamente deficiente, ya que en su primer párrafo establece que los contratos detallados en esa norma estarán excluidos *“sólo de la aplicación de las modalidades de selección*

¹³ Allan Brewer-Carías, “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 *Retos de la contratación pública en Iberoamérica: Homenaje a Allan R. Brewer-Carías* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 36.

de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley", sin embargo, luego de terminar la enumeración de los referidos contratos, el párrafo inmediatamente siguiente indica expresamente, que los "contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante".

Es decir, la norma comienza indicándonos que los contratos allí detallados estarían excluidos solo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, pero más abajo en la misma norma se contradice al indicar que dichos contratos serán adjudicados directamente por la máxima autoridad, haciendo referencia implícita a la contratación directa, que es precisamente una modalidad de selección de contratistas¹⁴.

En todo caso, si bien la redacción del artículo es sumamente deficiente, lo que interpretamos con base en un análisis integral de su contenido, es que el legislador, lo que quiso decir, es que los contratos allí detallados estarían excluidos de la aplicación de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas para la aplicación de las modalidades de concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios, debiendo adjudicarse los referidos contratos a través de la modalidad de contratación directa, para la cual no se exige un parámetro cuantitativo específico sino que el contrato verse sobre un determinado objeto, entre los previstos en el artículo 101 y en el mismo artículo 5.

Esclarecido lo anterior, el último párrafo del artículo 5, establece lo siguiente:

El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros y Ministras, podrá dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas establecidos en el presente Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos.

Según lo anterior, el Presidente de la República en Consejo de Ministros puede excluir de las modalidades de selección de contratistas, los bienes, servicios y obras de carácter estratégico. Ahora bien, distinto a los catorce tipos de contratos enumerados en el artículo 5 para los cuales el legislador expresamente indicó que serían adjudicados directamente por la máxima autoridad, en el caso del antes citado último párrafo de la referida norma, el legislador no estableció el mecanismo a través del cual se adjudicarán los contratos estratégicos incluidos en las medidas temporales que puede dictar el Presidente de la República,

¹⁴ Esta afirmación tiene su fundamento en el hecho que la Contratación Directa se encuentra regulada en el Capítulo VI del Título III de la Ley, cuyo bautizo es precisamente Modalidades de Selección de Contratistas.

solo indicando que estarán excluidos de las modalidades de selección de contratistas.

A pesar del silencio del legislador, si analizamos integralmente la norma, incluso con su deficiente redacción, podemos evidenciar que la intención latente en el artículo 5 es enumerar aquellos contratos que se adjudicarían directamente, obviando la aplicación de la modalidad de selección de contratistas que resultaría aplicable según el monto del contrato. Por ello, a pesar que el legislador no lo dijo expresamente, podemos entender que su intención es habilitar al Presidente de la República para ampliar la lista de contratos que se pueden adjudicar a través de la modalidad de contratación directa, previa consideración de su carácter estratégico.

Es decir, que los casos en los cuales es procedente la aplicación de la modalidad de contratación directa no están limitados a los enumerados en el artículo 101 de la Ley de Contrataciones Públicas, sino que también debemos considerar como tales, los incluidos en el artículo 5 de la Ley, por lo que, a pesar que esta norma no lo dice expresamente, al señalar el legislador que los contratos allí incluidos se deberán adjudicar directamente por la máxima autoridad, entendemos que, en los casos previstos en el artículo 5, también se requiere dictar un acto motivado que justifique su procedencia.

En tal sentido, volviendo al tema de la discrecionalidad, la posibilidad de ampliar esa lista de contratos tiene una naturaleza intrínsecamente discrecional, ya que el único parámetro que impone la norma al Presidente de la República para el ejercicio de dicha atribución, es que los bienes, servicios y obras, se consideren estratégicos. Esta consideración como estratégico no encuentra definición ni límites en nuestro ordenamiento jurídico, quedando por tanto a discreción del Presidente de la República, la determinación de bienes, servicios y obras como tales.

Con base en lo anterior, el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas habilita al Presidente de la República para, de manera discrecional, expandir la lista de excepciones aplicables a los parámetros cuantitativos de las modalidades de concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios, con la consecuencia de convertir esa lista de excepciones, que inicialmente se encuentra en 37 casos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, en un número prácticamente abierto, ya que la inclusión de nuevas excepciones queda sujeta al ejercicio de esta potestad discrecional por parte del Presidente de la República.

Una vez más, queda en evidencia, que el sistema de contratación pública diseñado por el legislador, tiene como pilar fundamental la excepcionalidad en materia de determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable, y dicha excepcionalidad pudiera no encontrar límites, gracias al potencial ejercicio de los amplios

poderes discrecionales que la Ley de Contrataciones Públicas atribuye del Presidente de la República.

III. La discrecionalidad en las invitaciones a presentar oferta

Como ya dijimos, nuestro ordenamiento jurídico vigente en materia de contratación pública está conformado por cuatro modalidades de selección de contratistas, a saber: concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa.

Ahora bien, entre dichas modalidades de selección de contratistas, solo el concurso abierto tiene algunos rasgos de publicidad, ya que el llamado a participar en el referido proceso se publica en la página web del Servicio Nacional de Contrataciones y en la del ente contratante, y los actos de presentación de manifestaciones de voluntad y de ofertas son de acceso público.

Esa publicidad del llamado a participar supone, que la unidad contratante¹⁵ no controla el número de personas que se hacen parte del procedimiento, ya que dicho llamado es de libre acceso público, al estar publicado en la página web del Servicio Nacional de Contrataciones, y por ende, no se imponen límites al conocimiento público sobre la existencia del procedimiento de selección de contratistas, pudiendo participar cualquier interesado.

En contraposición, en las restantes tres modalidades de selección de contratistas, no existe un llamado a participar que sea de conocimiento público, sino que los potenciales oferentes son preseleccionados e invitados individualmente a presentar oferta por la unidad contratante, con base en criterios sumamente amplios y generales, previstos en la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento¹⁶.

En tal sentido, los artículos 86 y 97 de la Ley de Contrataciones Públicas, establecen:

Artículo 86. En el Concurso Cerrado debe seleccionarse a presentar ofertas al menos a cinco participantes, mediante invitación acompañada del pliego de condiciones, indicando el lugar, día y hora de los actos públicos de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas. La selección debe

¹⁵ Según el artículo 6.3 de la Ley de Contrataciones Públicas, la unidad contratante es la responsable de solicitar y analizar las ofertas, preparar el informe de recomendación, solicitar el otorgamiento de la adjudicación, recomendar la declaratoria de desierta o terminación del procedimiento, para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, en las modalidades de consulta de precios y contratación directa, así como, en los procedimientos excluidos de la aplicación de las modalidades. En el caso de concursos abiertos y cerrados, la Comisión de Contrataciones actuará como unidad contratante.

¹⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 39.181 del 19-05-2009.

estar fundamentada en los aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos y debe constar en el acta de inicio del procedimiento, levantada al efecto. En caso que se verifique que no existen inscritos al menos cinco participantes que cumplan los requisitos establecidos para el concurso cerrado, en el Registro Nacional de Contratistas, se invitará a la totalidad de los inscritos que los cumplan. El contratante atendiendo a la naturaleza de la obra, bien o servicio, procurará la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos.

Artículo 97. En la Consulta de Precios se deberá solicitar al menos tres ofertas; sin embargo se podrá otorgar la adjudicación si se hubiere recibido al menos una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del contratante.

Los contratantes en las consultas de precios de bienes y servicios que por sus características lo permitan, podrán utilizar el procedimiento de subasta inversa electrónica, siempre y cuando lo señalen en las condiciones de la contratación. Los oferentes presentarán oferta económica que podrá ser mejorada mediante la realización de ofertas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por ésta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta. El Servicio Nacional de Contrataciones, establecerá los aspectos particulares de la aplicación de este mecanismo.

De conformidad con lo anterior, en el concurso cerrado y en la consulta de precios, la unidad contratante, entre los inscritos en el Registro Nacional de Contratistas, debe seleccionar al menos a cinco y tres participantes, respectivamente, para invitarlos a presentar oferta, con base en aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos, procurando la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos.

Entonces, en esas dos modalidades de selección, el legislador pareciera imponer límites efectivos a la discrecionalidad en la selección de las personas a quienes invitará a presentar ofertas. Estos límites vienen dados por la necesidad de fundamentar su decisión en los aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos, con lo cual, el legislador pareciera acoger la corriente doctrinal que marca la motivación como el elemento distintivo fundamental entre lo discrecional y lo arbitrario¹⁷.

En términos similares, en el caso de la modalidad de contratación directa, el artículo 101 de la Ley de Contrataciones Públicas establece la

¹⁷ Sobre este tema Juan Carlos Balzán realiza un preciso análisis en su trabajo *Los Límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración*, presentado en las Quintas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", celebradas en la ciudad de Caracas durante el mes de marzo de 2000, y publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, 9, 2000.

necesidad de dictar un acto motivado, en el que se justifique adecuadamente la procedencia de esta modalidad de selección de contratistas, con base en alguna de las situaciones de hecho enumeradas por la referida norma¹⁸. Adicionalmente, el artículo 114 del Reglamento establece que, en el acto motivado, debe indicarse toda la información que justifique la citada excepción, debiendo contener: exposición sucinta de los hechos, justificación legal, análisis y consideraciones de los hechos, y la decisión.

Al mismo tiempo, el reglamentista impuso obligaciones específicas para motivar la procedencia de la contratación directa, aclarando que, para la aplicación de las situaciones referidas a la necesidad de la contratación por el perjuicio que pueda causar al órgano o ente contratante el retardo por el inicio de un nuevo proceso, el tiempo para la adjudicación debe ser inferior al establecido para la modalidad de selección de contratista que corresponda (artículo 115); y que, para el supuesto de procedencia de la contratación directa por agotamiento de procedimientos competitivos, solo la declaratoria desierta de la consulta de precios habilita la procedencia de este supuesto de contratación directa (artículo 117)¹⁹.

Adicional a lo anterior, el artículo 116 del Reglamento establece que, cuando las condiciones lo permitan, se podrán solicitar al menos dos ofertas, pero se podrá otorgar la adjudicación si hubiera recibido al menos una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del órgano o ente contratante. Y finalmente, el artículo 118 *eiusdem*, establece que los contratantes adjudicarán preferentemente bajo la modalidad de contratación directa a empresas pequeñas, y medianas industrias o cualquier otra forma asociativa productiva comunitaria, todas naturales de la localidad o ubicadas en el lugar donde se ejecutará la contratación.

Con base en lo anterior, entendemos que tanto el legislador como el reglamentista, establecieron un conjunto de límites al ejercicio de la

¹⁸ Recordemos lo dicho anteriormente en este trabajo, y es que, en nuestro criterio, a pesar que el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas no lo dice expresamente, al señalar el legislador que los contratos incluidos en la referida norma se deberán adjudicar directamente por la máxima autoridad, entendemos que ello es una referencia directa a la contratación directa prevista en el artículo 101 *eiusdem*, por lo que, en los casos previstos en el artículo 5, también se requiere dictar un acto motivado que justifique su procedencia.

¹⁹ El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas fue dictado en el año 2009 y desde entonces no se ha actualizado, a pesar que la Ley de Contrataciones Públicas que se encuentra actualmente vigente es del año 2014. Hacemos esta observación, ya que precisamente la Ley vigente incorporó este límite a la discrecionalidad que fue inicialmente previsto en el Reglamento, en una nueva redacción del numeral 12 del artículo 101, donde aclara que la declaratoria desierta de la consulta de precios es la que habilita la procedencia de la contratación directa.

discrecionalidad para la procedencia de la contratación directa como modalidad de selección de contratistas, porque indudablemente, si no hay motivación, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta y de allí, su arbitrariedad.

No obstante lo anteriormente expuesto, si bien el legislador y el reglamentista de alguna manera pretendieron regular el ejercicio de la discrecionalidad en la procedencia del concurso cerrado, de la consulta precios y de la contratación directa, como modalidades de selección de contratistas, lo cierto es que estos parámetros aplicables en las referidas modalidades, traen como consecuencia que, en la práctica, los únicos que tienen conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, son aquellos que son invitados individualmente a presentar oferta, ya que ni las invitaciones a presentar oferta ni ninguno de los actos y etapas del procedimiento es de conocimiento público.

Esa opacidad es de tal envergadura, que al hacerse las invitaciones de manera individual, cada persona invitada no tiene la posibilidad de conocer las demás personas seleccionadas para presentar oferta, es decir, la persona invitada desconoce total y absolutamente quién será su competencia en el procedimiento, pudiendo tener conocimiento de ello solo una vez culminada la selección del contratista, que es cuando los oferentes tienen derecho a solicitar la revisión del expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrataciones Públicas²⁰.

Por ello, en nuestro criterio, los poderes discrecionales de la unidad contratante son sumamente amplios en esas tres modalidades de selección de contratistas, ya que, utilizando criterios muy genéricos previstos en el ordenamiento jurídico, debe reducir el universo de cerca de 177.201 personas naturales y jurídicas inscritas en el Registro Nacional de Contratistas²¹, para cumplir los mínimos exigidos en la Ley de Contrataciones Públicas para cada modalidad de selección de contratistas, a saber, invitar a un mínimo que varía entre 1 y 5 potenciales oferentes, dependiendo de la modalidad de selección de que se trate.

²⁰ Artículo 20 de la Ley de Contrataciones Públicas: Culminada la selección del contratista, los oferentes tendrán derecho a solicitar la revisión del expediente y requerir copia certificada de cualquier documento en el contenido. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, los documentos del expediente declarados reservados o confidenciales conforme a la Ley que regula los procedimientos administrativos.

²¹ Esta cifra corresponde al número de inscritos al cierre del año 2015, que es el último dato disponible en la materia, que se encuentra en la Memoria y Cuenta del Servicio Nacional de Contrataciones (SNC) que forma parte de la Memoria y Cuenta de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela presentada ante la Asamblea Nacional en enero de 2016, p. 289. Lamentablemente, por la opacidad reinante en la información pública en Venezuela, no ha sido posible obtener un número de inscritos más actualizado para el momento de la preparación de este trabajo.

Esta discrecionalidad, si bien encuentra los límites legales y reglamentarios antes desarrollados, sin embargo, es a todas luces excesiva y de suma gravedad si tomamos en consideración que pueden ser cumplidos al mismo tiempo por una gran cantidad de personas inscritas en el Registro Nacional de Contratistas, y que, además, es aplicable en la génesis del procedimiento administrativo de selección de contratistas, atentando directamente contra principios reconocidos por la propia Ley de Contrataciones Públicas, como lo son, los de transparencia, competencia y publicidad. Al respecto, el trámite de una modalidad de selección de contratistas no puede ser ni pública ni transparente ni mucho menos puede garantizar la competencia, cuando la sola existencia de la modalidad de selección está sometida a la más amplia opacidad y se limita el acceso de potenciales participantes con base en los poderes discrecionales de la unidad contratante.

Además, estas barreras de entrada que imponen grandísimas limitaciones a la competencia, tienen un efecto directo sobre el crecimiento productivo del país, e incluso se puede afirmar, que la pérdida en eficiencia que produce la adjudicación de un contrato estatal permeado por colusión o por corrupción tiende a ser mayor que la pérdida derivada de la colusión que se produce en transacciones privadas, ya que, como afirma SERRANO-PINILLA, el bien o servicio objeto de un contrato estatal normalmente impacta la mayoría de los sectores en la economía, en especial cuando está relacionado con proyectos de infraestructura²². Es por ello, que la ausencia de competencia en la contratación pública trae como consecuencia una serie de efectos económicos negativos, no solo sobre el presupuesto público del órgano o ente contratante, sino que estos efectos repercuten en los distintos actores económicos asociados a la contratación²³.

En todo caso, un sistema de contratación verdaderamente transparente, competitivo y público, necesariamente debe partir de la idea fundamental de permitir el más amplio acceso a los potenciales participantes, colocando en cada persona la decisión de participar o no en el procedimiento de selección, con base en información previa que se haga de conocimiento público, y limitando la posibilidad de que el contratante pueda influir en la cantidad de participantes que pueden presentarse en un determinado procedimiento. En consonancia con GORDILLO, interesa lograr el mayor número posible de oferentes para que las posibilidades de comparación sean más amplias, a fin de que la autoridad

²² Felipe Serrano-Pinilla, "El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 19 (2011), 155.

²³ Daniel Rosas Rivero, "La doble concepción del principio de competencia en la contratación pública venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 74, 2021, 593.

cuenta con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual²⁴.

Es por ello, que no encuentra justificación lógica en el establecimiento de un sistema de contratación pública que impone barreras insalvables para la participación plural en el trámite de las modalidades de selección de contratistas, más que el hecho de tener la voluntad de instaurar un sistema opaco, donde la discrecionalidad del contratante sea de tal envergadura que se le permita y se le autorice a restringir el acceso de potenciales oferentes al trámite de una modalidad de selección de contratistas, con fines que indudablemente deben estar dirigidos a la satisfacción de un interés personalísimo y no del interés general, imponiendo de esta forma límites expresos al establecimiento de una Administración Pública verdaderamente eficiente y transparente.

Es de suma importancia, que en una futura reforma de la legislación de contratación pública venezolana, transitemos hacia un sistema similar al existente en otras legislaciones internacionales, en el cual la publicidad y transparencia de los procedimientos de selección de contratistas sean la base fundamental en torno a los cuales se construya toda el sistema de selección de contratistas, despojando al contratante de la posibilidad de limitar el acceso a los mismos, e imponiendo la obligación de contar con sistemas electrónicos que permitan que cualquier interesado tenga conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, y así eliminar la amplísima discrecionalidad del contratante en la selección de los oferentes y trasladar la decisión sobre la participación en el mismo hacia los interesados.

Lo anterior es pieza fundamental y necesaria para el desarrollo del país, como reconoce DJANKOV et al., al afirmar que la promoción de sistemas y procesos de contrataciones públicas eficientes y transparentes, a través de mercados competitivos, puede contribuir a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, por medio de la creación de nuevos bienes y servicios públicos, una mejor calidad de estos y menores precios²⁵.

IV. La discrecionalidad en la administración y ejecución de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social

La Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, en su artículo 6.24 literal “e”, establece como una de las demandas sociales que pueden ser

²⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 491.

²⁵ Simeon Djankov et al, *Public Procurement Regulation and Road Quality* (Washington: Banco Mundial, 2017), https://www.researchgate.net/publication/321039112_Public_Procurement_Regulation_and_Road_Quality, 2.

atendidas a través del compromiso de responsabilidad social, los *“Aportes en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro”*.

En tal sentido, hasta la entrada en vigencia de la vigente Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, los contratantes podían destinar dichos aportes en dinero a los programas sociales o a las instituciones sin fines de lucro que libremente pudieran determinar, según las necesidades específicas del entorno social del contratante o del sitio de ejecución contractual. Al respecto, bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2010²⁶, no existían en el referido instrumento jurídico normas específicas que regularan la aplicación del compromiso de responsabilidad social, por lo que debíamos acudir a las normas reglamentarias.

En ese orden de ideas, los programas sociales determinados por el Estado y las instituciones sin fines de lucro que serán beneficiarias de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, eran asignados discrecionalmente por el contratante, aunque el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas impone ciertos límites a esa discrecionalidad, al establecer en el artículo 39, que el fin del compromiso de responsabilidad social es *“aprovechar las potencialidades y ventajas competitivas de los Contratistas beneficiarios de la adjudicación del contrato para satisfacer las necesidades o requerimientos sociales que maneje el órgano o ente contratante”*, y en el artículo 41 obliga a que este compromiso se ejecutará mediante proyectos sociales que *“serán constituidos por la información de las necesidades del entorno social del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas ubicadas en las áreas de influencia de los mismos”*.

Así, bajo la vigencia de la hoy derogada Ley de Contrataciones Públicas del año 2010, el contratista cumplía con el compromiso de responsabilidad social, generalmente mediante la entrega de un cheque al programa social o a la institución sin fines de lucro que hubiese sido designada como beneficiaria por el contratante en el pliego de condiciones y en el contrato, y por el monto y en la oportunidad allí establecido.

Con base en lo anterior podemos afirmar que, bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2010, el contratante, discrecionalmente, podía fijar el destino de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, pero bajo las limitaciones antes indicadas que están previstas en el Reglamento.

Adicionalmente, otra evidencia de la discrecionalidad en materia de compromiso de responsabilidad social antes de la reforma del año 2014, la podemos encontrar en el establecimiento del valor del referido

²⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.503 del 06-09-2010.

compromiso. Así. La Ley vigente hasta ese momento, no establecía una norma específica al respecto, debiendo aplicarse lo previsto en el artículo 35 del Reglamento, que imponía un valor mínimo del 1% y un valor máximo del 5% del monto del contrato suscrito, quedando a discreción del contratante la selección del porcentaje específico aplicable en una contratación determinada. Sin embargo, dicha discreción debía ejercerse a través de la fijación de los porcentajes a ser aplicados a cada condición del compromiso de responsabilidad social, así como, fijando categorías o escalas proporcionales con base en los montos de los contratos a ser suscritos.

Es decir, que el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas pareciera cumplir con las exigencias previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁷, que en su artículo 12 establece que, aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, se deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma.

Hasta ese momento, podemos afirmar, que existía un sistema discrecional en la asignación de los beneficiarios de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social y en la selección del porcentaje aplicable en cada contratación, aunque esa discrecionalidad encontraba los límites antes citados. Ahora bien, esa discrecionalidad se debía principalmente a la ausencia de regulación específica en la materia, ya que, hasta ese momento, el legislador había dejado la regulación del compromiso de responsabilidad social en manos del reglamentista, que a su vez delegó la determinación de importantes aspectos de la institución, a la discrecionalidad del contratante, todo lo cual llevaba a estos a regular el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, tanto en los pliegos de condiciones o condiciones generales de contratación, como en los contratos.

Sin embargo, esa discrecionalidad sufrió cambios significativos, en nuestro criterio, con implicaciones negativas en al menos uno de los casos, como consecuencia de la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas en el año 2014, que incluyó un nuevo capítulo para regular la institución del compromiso de responsabilidad social.

En primer lugar, en nuestra opinión, de manera acertada, el artículo 31 eliminó la discrecionalidad en la determinación del porcentaje del monto del contrato que se debe exigir como compromiso de responsabilidad social, estableciendo para tal fin un porcentaje fijo del 3% sobre el monto de la contratación.

²⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de 01-07-1981.

Ahora bien, en segundo lugar, el legislador incluyó el artículo 33 en la hoy vigente Ley de Contrataciones Públicas, que es una norma que impone importantes restricciones a los contratantes, despojándolos de la capacidad de recaudación y administración directa de estos aportes en dinero. Sobre el particular, el Artículo 33, establece lo siguiente:

Artículo 33. El Compromiso de Responsabilidad Social que se reciba a través de aportes en dinero será depositado en el Fondo de Responsabilidad Social, el cual se creará como patrimonio separado e independiente del Tesoro Nacional, bajo la administración y supervisión directa del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela, o la autoridad que este señale.

La naturaleza y forma de funcionamiento del Fondo de Responsabilidad Social será establecida mediante Decreto.

Conforme a esta nueva norma, los contratantes que seleccionen como mecanismo de cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, el mecanismo contenido en el literal “e” del artículo 6.24, es decir, el aporte en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro, ya no pueden exigir la entrega directa del monto de dinero previsto en el contrato, a un programa social o institución sin fines de lucro que el contratante designe como beneficiaria, sino que el aporte debe ser obligatoriamente depositado en el Fondo de Responsabilidad Social, bajo la administración y supervisión directa del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, o la autoridad que este señale.

El referido Fondo fue creado mediante Decreto número 1.947 del 19-08-2015²⁸ bajo la denominación Fondo Negro Primero, como servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, administrado, supervisado e integrado al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno (artículo 1); siendo su objeto fundamental *“la captación, administración y pagos con los recursos provenientes de los aportes en dinero correspondientes al cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, constituyéndose este servicio desconcentrado en el único receptor de tales aportes”* (artículo 2).

La creación de este Fondo para centralizar la recaudación, administración y ejecución de los aportes en dinero como mecanismo de cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, es un ataque directo y evidente a la descentralización administrativa y a la capacidad de gestión y administración de los contratantes, así como hacia la naturaleza jurídica social del compromiso de responsabilidad social.

²⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 40.727 Extraordinaria del 19-08-2015.

En tal sentido, según información que aparece en la página web del Fondo Negro Primero²⁹, cuya base legal no es citada ni se encuentra entre las normas dictadas a través del Decreto N° 1.947 del 19-08-2015, el aporte en dinero captado por concepto de los recursos provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social es distribuido de la siguiente manera: 60 % destinados a proyectos sociales dictados por el Ejecutivo Nacional, 37 % destinado a proyectos sociales presentados por los órganos y entes del Poder Público, 3 % destinados para gastos operativos y de funcionamiento del Fondo Negro Primero.

Adicionalmente, se indica en esa misma página web, una vez más, sin base legal que lo fundamente, que cuando los órganos y entes del Poder Público en condición de aportantes no presenten proyectos para hacer uso de los recursos aportados por concepto de compromiso de responsabilidad social dentro del ejercicio fiscal correspondiente, el Servicio Desconcentrado Fondo Negro Primero pondrá dichos recursos a la disposición del ciudadano Presidente de la República para la ejecución de los proyectos sociales que considere prioritarios.

Con base en lo anterior podemos afirmar, que lo establecido en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, en relación con la centralización de la recaudación, administración y ejecución de los aportes en dinero provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, sumado a la forma de distribución que el Fondo Negro Primero ha dispuesto sobre los referidos aportes, impone un nuevo sistema discrecional en la administración de los recursos.

En tal sentido, el sistema discrecional existente hasta la reforma ocurrida en el año 2014, con base en el cual se asignaban los beneficiarios de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, así como para la selección del porcentaje aplicable en cada contratación, fue parcialmente resuelto por el legislador al establecer para el último caso un porcentaje fijo para calcular el valor del compromiso responsabilidad, gracias a la inclusión del artículo 31.

Sin embargo, el artículo 33 no solucionó la amplia discrecionalidad para la asignación de los beneficiarios del compromiso de responsabilidad social. Por el contrario, esta discrecionalidad se trasladó de los contratantes al Presidente de la República, mediante atribución expresa atribuida en el artículo 3 del Decreto N° 1.947 del 19-08-2015, según el cual, los aportes recibidos deberán ser utilizados para *“satisfacer las demandas sociales de producción o de inversión, debidamente autorizadas por el Presidente de la República, que sean sometidas a su*

²⁹ “Compromiso”, Fondo Negro Primero, <http://www.fnp.gob.ve/index.php/compromiso/>

consideración por los órganos, entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades”.

Es decir, el Fondo Negro Primero es el órgano competente para recaudar los aportes en dinero, y posteriormente, el contratante, los entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades, que deseen tener acceso a dichos recursos para satisfacer alguna demanda o necesidad social, deben presentar un proyecto para que, previa aprobación del Presidente de la República, esos aportes, o al menos una parte de ellos, puedan ser aprobados para el fin social presentado (artículos 3 y 6.2 del Decreto N° 1.947).

En caso que el contratante, los entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades, no presenten los proyectos para acceder a los recursos provenientes de los aportes en dinero del compromiso de responsabilidad social, el Decreto N° 1.947 no establece expresamente nada al respecto. Sin embargo, como ya dijimos, según información que aparece en la página web del Fondo Negro Primero, cuya base legal no es citada, *“cuando los Órganos y Entes aportantes no presenten proyectos para acceder a los recursos aportados, el Fondo Negro Primero pondrá dichos recursos a la disposición del Presidente de la República para la ejecución de los proyectos sociales que considere prioritarios”.*

Con base en lo anterior podemos afirmar, que tales previsiones trasladan la discrecionalidad de los contratantes hacia el Presidente de la República, obviando el establecimiento de reglas específicas para la selección de los proyectos sociales que serán beneficiarios de los recursos. El único atisbo de regulación lo encontramos en la página web del Fondo Negro Primero que, sin citar norma específica, nos indica que los recursos se aplicarán para proyectos sociales que el Presidente de la República considere prioritarios.

Esta discrecionalidad tampoco asegura que el compromiso de responsabilidad social, en el caso del mecanismo de ejecución de aportes en dinero a programas sociales o a instituciones sin fines de lucro, cumpla con lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Contrataciones Públicas, que impone la obligación de aplicar dicho compromiso *“a proyectos sociales y solicitudes, determinados en base a la información de las necesidades del entorno social que reciba el órgano o ente contratante”*, ya que, según información que citamos anteriormente que reposa sin base legal en la página web del Fondo Negro Primero, el 60 % de los aportes en dinero captados por concepto de los recursos provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, son destinados a proyectos sociales dictados por el Ejecutivo Nacional, y el 37 % es destinado a proyectos sociales presentados por los órganos y entes del Poder Público.

En conclusión, la nueva previsión legal contenida en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones Públicas, en concordancia con el Decreto N° 1.947, y con las normas internas que pareciera haber dictado el Fondo Negro Primero, estas últimas que aparecen en su página web, atenta contra la descentralización administrativa, así como contra la naturaleza jurídica social del compromiso de responsabilidad social, que está dirigida, no a la satisfacción de cualquier demanda o necesidad social sino a la satisfacción de requerimientos, demandas o necesidades sociales del entorno social o comunitario donde se ejecuta un contrato administrativo o de la comunidad del entorno del ente contratante y, adicionalmente, perpetúa la vigencia del sistema de discrecionalidad en la asignación de los fondos provenientes del compromiso de responsabilidad social, pero con la agravante de alejar la recaudación, administración y ejecución de estos fondos aún más del ciudadano, ya que los lleva del ámbito local y descentralizado (contratantes) al ámbito nacional y centralizado (Presidente de la República).

Conclusiones

De conformidad con lo analizado en este trabajo, en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas, tanto la unidad usuaria como la unidad contratante, tienen atribuidas legalmente potestades discrecionales que en nuestro criterio son excesivas e incluso contrarias al propio marco normativo vigente en la materia.

En tal sentido, para la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a una contratación en específico, el legislador diseñó un sistema de amplísima excepcionalidad y discrecionalidad que conlleva dilucidar un mar de excepciones sumamente casuísticas y subjetivas, con la consecuencia que, tal decisión sobre la modalidad de selección que resulta aplicable, determina los tiempos, requisitos aplicables y el nivel de publicidad que tendrá el procedimiento, quedando todo ello abierto a la determinación por parte de los contratantes.

Adicionalmente, la Ley de Contrataciones Públicas habilita al Presidente de la República para expandir discrecionalmente la lista de excepciones aplicables a los parámetros cuantitativos, con la consecuencia de convertir esa lista de excepciones, que inicialmente se encuentra en 37 casos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, en un número prácticamente abierto, con la única limitación legal de que los bienes, servicios y obras, se consideren estratégicos, lo cual no encuentra definición ni límites adicionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, el legislador y el reglamentista establecieron un conjunto de límites y criterios aplicables al ejercicio de la discrecionalidad en la selección de los participantes del concurso cerrado, la consulta precios y la contratación directa, pero en la práctica, erraron en el diseño

normativo de estas modalidades de selección de contratistas, ya que, en primer lugar, los requisitos de selección son tan amplios y genéricos que pueden ser cumplidos por múltiples personas, no quedando claro el criterio que pudiera utilizar la unidad contratante para reducir dicho número, al menos, a los mínimos exigidos por la ley; y, en segundo lugar, el método de invitaciones a participar que prevé el ordenamiento jurídico para estas tres modalidades de selección, trae como consecuencia que los únicos que tienen conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, son aquellos que son invitados individualmente a presentar oferta, ya que ni las invitaciones a presentar oferta ni ninguno de los actos y etapas del procedimiento es de conocimiento público, incluso, aun participando en el procedimiento de selección, los participantes no tienen forma de conocer su competencia, sino hasta que puedan tener acceso al expediente, una vez culminado el trámite del procedimiento.

Es por todo lo expuesto anteriormente que podemos concluir, que el sistema de contratación pública venezolano otorga una amplísima discrecionalidad a los contratantes, lo cual trae como consecuencia el establecimiento de un sistema sumamente opaco, casuístico y limitativo, que atenta contra los principios de transparencia, publicidad y competencia, que son de obligatoria observancia de conformidad con el marco normativo vigente en la materia, siendo necesaria una amplia reforma de este sistema y el establecimiento de uno verdaderamente público, transparente y competitivo. ■