

Aproximación al estudio del control no jurisdiccional en la contratación pública venezolana

Alejandro CANÓNICO SARABIA*

SUMARIO: Introducción 1. Los principios en la contratación pública y el control 2. El control fiscal en la contratación pública 2.1. El sistema de control interno 2.2. El control fiscal externo 3. El control *ad intra* ejercido en el Sistema Nacional de Contrataciones 3.1. El control ejercido por el Servicio Nacional de Contrataciones 3.2. El control por parte del Registro Nacional de Contratistas 4. El control ejercido por el contratante o poder adjudicador 4.1. El control desde la preparación del contrato (actividades previas) 4.2. El control sobre los procedimientos de selección de los contratistas 4.3. El control en la etapa de ejecución del contrato 4.4. Algunas referencias especiales al control sobre la modificación de los contratos 4.5. La rescisión unilateral del contrato como consecuencia del ejercicio del control 4.6. El control contractual a través de las medidas preventivas administrativas 5. El control ciudadano en la contratación pública. Conclusiones

Introducción

Este trabajo, que hace un análisis sobre las normas que establecen las formas y los mecanismos de control no jurisdiccional en los procedimientos regidos

* Universidad Católica Andrés Bello; Universidad Católica del Táchira y Universidad de Margarita, profesor. Universidad de Castilla-La Mancha, profesor invitado. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y Asociación Internacional de Derecho Administrativo, miembro. Red Iberoamericana de Contratos Públicos, Coordinador Nacional para Venezuela. canonico1511@gmail.com

por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, ha sido preparado para su publicación en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, que ya alcanza su N° 7, y que, a pesar de su juventud, se ha constituido en una referencia de las publicaciones jurídicas periódicas de calidad en Venezuela. En virtud de ello, quiero agradecer expresamente a los amigos Edison Lucio VARELA CÁCERES y Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, quienes tuvieron la gentileza de invitarme a participar en esta magnífica obra. Especialmente, por permitirme ser parte del merecido homenaje que se le hace en este número al distinguido jurista José PEÑA SOLÍS, a quien no tengo el gusto de conocer en persona, pero sí a través de su nutrida e importante obra, la que he seguido disciplinadamente y que considero representa uno de los aportes intelectuales más valiosos a la ciencia jurídica venezolana.

1. Los principios en la contratación pública y el control

Los procedimientos de contratación pública se encuentran sometidos a la observancia irrestricta de unos principios jurídicos fundamentales, como son: la planificación, economía, honestidad, eficiencia, igualdad de trato, competencia, transparencia, publicidad, simplificación de trámites, participación popular y el principio de uso de medios electrónicos (artículo 2 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas¹), que incluye a su vez a los principios de autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad necesaria (artículos 104 y 105 *eiusdem*). Considerándose, por lo tanto, un supuesto generador de responsabilidad administrativa, la inobservancia o contravención de los principios a los que hemos hecho referencia antes (artículo 166.3 *eiusdem*), sancionado con multa y en algunos caso con medidas accesorias sobre la persona obligada a aplicarlos.

En tal sentido, estos principios no son simplemente referencias o enunciados carentes de obligatoriedad; por el contrario, debe entenderse que integran el ordenamiento jurídico propio de las contrataciones públicas y sirven para su interpretación y aplicación práctica, por ello la importancia de su consideración

¹ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.154 extraordinario, de 19-11-14.

en todo momento. Además, los principios informadores de la contratación pública se convierten en punto de encuentro y de referencia de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales; en ese sentido observamos con certeza que en gran medida estos principios se repiten en las normas sobre compras públicas en Iberoamérica, a veces con ciertos matices en sus interpretaciones o enunciados, pero en líneas generales nos colocan en escenarios de coincidencia global. En virtud de lo anterior, un estudio sobre contratación estatal debe necesariamente partir de las premisas que aportan los principios fundamentales de la disciplina para tener claridad y poder interpretar el articulado de los instrumentos jurídicos que rigen los procedimientos y sus instituciones.

Ahora bien, estos principios se encuentran interconectados entre sí, guardan una estrecha relación armónica y se complementan para atender a un propósito común en sintonía con el objetivo de las compras públicas, inscrito este dentro de la noción de la buena administración. Precisamente, la contratación pública persigue instrumentar los procedimientos para la ejecución de obras públicas, el suministro de bienes y la prestación de servicios, como un medio para lograr el verdadero fin representado en el cumplimiento del interés general. En virtud de ello, los principios informadores de este tipo de procedimientos, garantizan que estos se realicen de la mejor manera posible, esto es, respetando la igualdad, garantizando la lealtad competitiva, y generando seguridad jurídica, para contribuir a la reducción de los costos contractuales, al aumento de la calidad de los bienes o servicios y, en definitiva, a la procura de la eficiencia; por último, disminuyendo o eliminando los riesgos de corrupción.

En ese sentido, dentro de los comentados principios, podemos destacar los principios de publicidad y de transparencia, dentro de los cuales se resumen o concentran otros que la legislación venezolana aporta de forma individual, y que nos sirven al propósito múltiple para que se respete la igualdad de trato, la libre competencia, la competencia, la honestidad y la seguridad jurídica, y con ello se garantice a su vez, la eficiencia y la mejora en la calidad de las obras, servicios y bienes que se adquieren, protegiendo en definitiva los fondos públicos.

Estos aspectos deben ser principalmente observados o cumplidos por los contratantes o los poderes adjudicadores, así como por los participantes, oferentes o contratistas; y al mismo tiempo generan una contrapartida de control, convirtiéndose en indicadores o elementos para ser fiscalizados o controlados por los órganos competentes para ello. Recordemos que los procedimientos de contratación pública son –sin duda– parte de las actividades administrativas que desarrollan los órganos y entes que ejercen el Poder Público y otros, en virtud de la naturaleza jurídica del sujeto contratante, del objeto que persigue el contrato, vinculado a una actividad pública, o por la inversión de fondos públicos en esa actuación y, en definitiva, por el régimen jurídico aplicable. En vista de la naturaleza jurídico-pública de la actividad de contratación del Estado, y en virtud de la observancia de los principios que la orientan, todo el ciclo contractual, desde la preparación y formación del contrato hasta su ejecución, debe necesariamente estar sometido a controles de diferentes tipos sobre su regularidad o validez, ejercidos por distintas estructuras, igualmente públicas, internas o externas.

Resulta de la esencia de un Estado social y democrático de Derecho, que sus instituciones se encuentren sometidas al ordenamiento jurídico, en estricto apego al principio de legalidad, y ello comporta el sometimiento a un sistema de control público que garantice la actuación adecuada de los órganos del Estado conforme a Derecho, así mismo al cumplimiento de los indicadores de gestión del cometido público y, en definitiva, al respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos que se relacionen con ellos².

En consecuencia, el control es una de las nociones esenciales del Derecho Público, y especialmente del Derecho Administrativo, por representar una actividad típica dentro de la función administrativa y desencadenante a su vez de diversas vertientes en las manifestaciones de órganos de naturaleza pública. Todas las modalidades de gestión de los organismos públicos deben estar sometidas a una revisión y fiscalización que vele porque esa Administración se adecue a los principios y normas jurídicas vigentes, ya que este control es

² Consultar nuestro trabajo: *Normas de control público en Venezuela*. Ediciones Centro de Adiestramiento Jurídico. Margarita, 2013.

necesario en todo sistema estatal organizado, para evaluar los indicadores de gestión y contribuir a una correcta y sana Administración Pública, verificando en definitiva si se cumplen con los principios antes comentados.

En ese orden de ideas, y si revisamos la exposición de motivos del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, podemos identificar que la finalidad de la actividad estatal para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que el Decreto regula, es «... 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». Y para lograrlo, indica que deben fortalecerse los procesos de adquisición transparentes, que aseguren precios justos y la calidad requerida, apostando por el empleo de los medios electrónicos en la contratación pública³, para asegurar «... una sustancial transformación en la gestión de compras y contrataciones del Estado» y, en fin, cumplir con una buena administración. Este fortalecimiento institucional se acompaña de un sistema integral de control, en el cual se adopten acciones correctivas tendentes a lograr la eficiencia en la gestión pública dentro de los procedimientos de contratación pública, tanto en la fase de preparación y selección del contratista, como en la fase de ejecución del contrato, donde se garantice que esas prestaciones se funden en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, y competencia. Por último, ese sistema de control integral debe contribuir, a su vez, en la lucha contra la corrupción, perfilando mecanismos sancionatorios en contra de los infractores de los principios y las normas de la contratación pública, sin afectar la eficiencia procedimental.

³ El texto de la Exposición de Motivos del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas que se comenta menciona erróneamente: «... se ha previsto la modalidad de las contrataciones electrónicas...». Pensamos que representa un error tal afirmación debido a que la contratación electrónica no representa una modalidad más de contratación, sino que se constituye en un medio para cumplir con la normativa de manera más eficiente, esto es, se deben utilizar los medios electrónicos dentro de las modalidades de contratación pública, para garantizar precisamente los principios tantas veces comentados de publicidad, transparencia, simplificación, eficiencia, entre otros.

Cada día son mayores los mecanismos de control que se diseñan para supervisar y fiscalizar la actividad de los agentes del Estado, incorporando a la participación ciudadana por mandato constitucional y por diseño gubernamental; por lo que los operadores públicos deberán cumplir a cabalidad con los principios y las normas que integran el ordenamiento jurídico. Teniendo muy claro que estas actividades no tienen como fin primordial castigar ni sancionar a los funcionarios o a las personas infractores, sino principalmente lograr la eficiencia y eficacia en la gestión pública, en beneficio de la colectividad y con ello disuadir a los infractores para que no se comenten actos de corrupción.

En virtud de lo anterior, en los procedimientos de contratación pública nos vamos a encontrar con diferentes manifestaciones o formas de control. Los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, como la Contraloría General de la República, las contralorías estatales y municipales y las unidades de auditoría interna de los respectivos órganos, ejercen control fiscal sobre las contrataciones públicas. Por otra parte, el Sistema Nacional de Contrataciones, con los órganos que la integran, desarrollan funciones de control administrativo sobre la actividad de los contratantes, y sobre las actuaciones de los contratistas; igualmente los propios contratantes o poderes adjudicadores, a su vez, ejercen la potestad de control, dirección y supervisión sobre todas las fases de la contratación pública. Adicionalmente, la Asamblea Nacional, en su carácter de órgano legislativo nacional, ejerce un control político sobre determinada categoría de contratos⁴; y por último, los ciudadanos y la sociedad civil organizada tienen asignada la misión de ejercer control social sobre el ciclo contractual. En resumen, el control no jurisdiccional sobre la contratación pública se puede circunscribir en: i. El control fiscal ejercido por los órganos públicos titulares de ese control, ii. el control *ad intra* ejercido por el Sistema Nacional de Contrataciones, iii. el control directo ejercido por el contratante o poder adjudicador; y iv. el control social ejercido por los ciudadanos, individual o de manera organizada.

⁴ Vid. artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2. El control fiscal en la contratación pública

Una de las manifestaciones del control público es precisamente el «control fiscal», que supone un sistema estructurado para supervisar la legalidad, la regularidad, la eficiencia y eficacia, la economía y la sinceridad de los ingresos, gastos, bienes y gestión de los órganos y funcionarios de la Administración Pública. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Título V, Capítulo IV, Sección Cuarta, establece que las referidas actividades deben ser ejercidas por la Contraloría General de la República⁵, a quien le corresponde ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal. Constituyendo el objetivo de este sistema fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades. Se encuentra integrado por los siguientes órganos: i. La Contraloría General de la República, ii. la contraloría de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios, iii. la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, y iv. las unidades de auditoría interna de los órganos y entes públicos⁶.

⁵ En la penta división del Poder Público federal venezolano, y específicamente dentro de la rama Ciudadana del Poder Público, se encuentra inscrita la Contraloría General de la República, como un órgano de creación constitucional, con autonomía funcional, administrativa, organizativa, y con capacidad para la formulación y ejecución de su presupuesto, y que tiene como principal función el control, la vigilancia y fiscalización sobre la operación de los ingresos, gastos y bienes públicos, y por ser el máximo órgano de control fiscal del país ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal. El Contralor General de la República será el funcionario encargado de dirigir y administrar el máximo órgano de control fiscal y deberá ser designado por la Asamblea Nacional, cumpliendo con el procedimiento previsto en el artículo 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se garantizan los principios de transparencia, idoneidad y participación ciudadana. Así mismo, los demás titulares de los órganos de control fiscal, serán designados mediante concurso público, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, para garantizar su independencia en el cargo que desempeñaran.

⁶ *Vid.* artículos 23 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

El artículo 287 de la Constitución define a la Contraloría General de la República como el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos. Le atribuye autonomía funcional, administrativa y organizativa, orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control, y su organización y funcionamiento estará determinado por Ley. Sus atribuciones⁷ se pudieran resumir en lo siguiente: Inspecciona y fiscaliza los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público; practica fiscalizaciones, dispone el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dicta las medidas, impone los reparos y aplica las sanciones administrativas a que haya lugar, y también ejercer el control de gestión y evalúa el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

Por otra parte, el artículo 291 constitucional considera a la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional como parte integrante del Sistema Nacional de Control Fiscal. En el artículo 163, se prevé el funcionamiento de una contraloría estatal en cada estado integrante de la federación; y el artículo 176, se refiere a las contralorías municipales. Todos estos órganos con sus respectivas funciones contraloras sobre los ingresos, gastos, bienes públicos y las operaciones con los mismos, en sus respectivas áreas de influencia, sin menoscabo de las competencias de la Contraloría General de la República.

Por disposición constitucional le corresponderá a la Ley determinar lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y de todo el Sistema Nacional de Control Fiscal. Sin embargo resulta importante aclarar que, para la fecha de vigencia de la Constitución, ya existía una Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁸, y con base en esa Ley –pero posterior al texto constitucional– se dictó el Reglamento de la misma⁹.

⁷ Vid. artículo 289 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.017 extraordinario, de 13-12-95.

⁹ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.169, de 29-03-01.

No obstante lo anterior, la Ley a la que se refiere la norma constitucional fue la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁰.

Dentro de ese esquema de control sobre la actuación de los funcionarios y órganos del Poder Público, se nos presenta también la Ley Contra la Corrupción¹¹, que aporta una serie de normas en materia de control fiscal, de responsabilidad administrativa, además de los delitos y la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que regula.

Además de los anteriores actos jurídicos, también podemos ubicar normas de control fiscal dispersas por algunas otras leyes importantes, aplicables a los órganos y entes que ejercen el Poder Público, como, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹², instrumento jurídico que en su Título VI regula el Sistema de Control Interno del Sector Público, que comprende el conjunto de normas, órganos y procedimientos de control, integrados a los procesos de la administración financiera así como la auditoría interna, y establece de manera expresa que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna es el órgano rector del Sistema.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal desarrolla todo un capítulo donde destaca la importancia y competencias de las contralorías

¹⁰ Publicada inicialmente en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347, de 17-12-01, y posteriormente reformada según la *Gaceta Oficial* N° 6.013 extraordinario, de 23-12-10, actualmente vigente. Así se debe tener en cuenta que el Reglamento de esa Ley fue publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.240, del 12-08-09. Adicionalmente, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.310, de 25-10-01, donde se le otorga otras competencias a la Contraloría General de la República, en su carácter de integrante del Consejo Moral Republicano.

¹¹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.637 extraordinario, de 07-04-03; reformada a través del el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma de la Ley Contra la Corrupción *Gaceta Oficial* N° 6.155 extraordinario, del 19-11-14.

¹² Cuya última versión fue publicada *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.210 extraordinario, de 30-12-15.

municipales dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal, y específicamente dentro del municipio, debiendo realizar el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como de las operaciones relativas a los mismos¹³.

2.1. *El sistema de control interno*

Le corresponde principalmente a las unidades de auditoría interna¹⁴ de los órganos o entes que ejercen el Poder Público, ejercer el control fiscal interno, sobre la gestión pública en general y especialmente sobre los procedimientos de contratación pública. El control interno consiste¹⁵ en un sistema que integra el plan de organización, las políticas, normas, los métodos y procedimientos adoptados dentro del ente u órgano sometido a la aplicación de las normas de control fiscal, para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, el principio de economía y la calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas. En términos sencillos, el control interno no está representado solo por el órgano o la unidad de auditoría interna, sino que este es parte de un sistema, constituido por políticas, planes, programas, métodos y procedimientos, integrados a los procesos de la administración financiera, que permiten depurar los procesos administrativos dentro del órgano o ente de la Administración, para lograr su eficiencia y el resguardo del patrimonio público. Pudiera presentarse el caso que exista control interno (sistema) sin una unidad de auditoría interna propia.

¹³ Vid. artículos 100 al 105 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuya última reforma fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.015 extraordinario, de 28-12-10.

¹⁴ Cada órgano o ente público deberá tener una unidad de auditoría interna como parte del sistema de control interno, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y constituye una obligación de las máximas autoridades jerárquicas de cada ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar su sistema de control interno, según lo establecido en los artículos 7, 9, 14, 16 y 19 del Reglamento de la referida Ley.

¹⁵ Vid. artículo 137 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Específicamente, en materia de contratación pública el control interno previo es muy importante y se encuentra precisamente regulado en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en el cual se establecen una serie de conductas que deberán adoptar los responsables en los procedimientos de contratación pública apoyados por los órganos de auditoría interna, antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, y así mismo antes de proceder al pago respectivo.

En ese sentido, los sujetos responsables antes de contratar o asumir compromisos financieros, deben asegurarse que: i. El gasto que se pretende ejecutar esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales previamente aprobados; ii. exista disponibilidad presupuestaria; iii. se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista; iv. los precios base o los que en definitiva se deban pagar sean justos y razonables; v. se hubiere cumplido con las prescripciones de la Ley. Así mismo, y antes de proceder a efectuar pagos, se debe garantizar: a. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables; b. que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados; c. que exista disponibilidad presupuestaria; d. que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, esto es, que se haya ejecutado la prestación contractual que se pretende cobrar, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las leyes; e. que correspondan a créditos efectivos de sus titulares. Esta garantía guarda estrecha relación con el contenido del artículo 141 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, que se refiere al pago por las obras ejecutadas, el suministro o los servicios prestados.

Por otra parte, y aun cuando se trata de una actividad de control posterior, los órganos de control interno o de auditoría interna, poseen competencia para determinar si fue debidamente declarada una emergencia comprobada, esto es si fue debidamente calificado un hecho como una verdadera emergencia

según los parámetros de la norma, para proceder a la contratación pública directa por medio de acto administrativo motivado, o si, por el contrario, la emergencia no existió como tal o fue causada o agravada por la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de normas por parte del sujeto contratante. Por lo tanto, se trata del control fiscal que debe ejercer la unidad de auditoría interna sobre el contratante, cuando este decide proceder a una contratación directa fundada en una emergencia presuntamente comprobada (artículos 6.20, 101.4 y 102 *eiusdem*).

Así mismo, las unidades de auditoría interna dentro de sus funciones de control fiscal asignadas por Ley poseen la competencia para determinar la responsabilidad administrativa de los sujetos involucrados en los supuestos de hecho generadores de tal responsabilidad y aplicar las sanciones que procedan por la infracción cometida (artículo 15.18 y la parte *in fine* del artículo 102, del Decreto de Ley de Contrataciones Públicas).

Por último, cabe destacar que la Ley de Contrataciones Públicas derogada, establecía expresamente en su artículo 11, que dentro de la sustanciación de los procedimientos de contratación pública, la Contraloría General de la República y la unidad de control interno del órgano o ente contratante, tenían la potestad para designar representantes a los fines de que actuaran como observadores, sin derecho a voto, sobre la actividad de las comisiones de contrataciones, como otra forma de control o monitoreo simultáneo profiláctico del procedimiento. Sin embargo, esta facultad expresa fue eliminada en el vigente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, atentando en contra del principio de transparencia que debe estar presente en las compras públicas, mucho más cuando se trataba de competencia ya ganada, prevista de manera expresa en la referida norma.

2.2. *El control fiscal externo*

El control externo comprende la vigilancia, inspección y fiscalización ejercida por los órganos competentes del control fiscal externo sobre las operaciones, ingreso, gastos y bienes de las entidades sometidas a control (artículo 42

de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal); siendo los órganos de control externo: la Contraloría General de la República, las contralorías estadales, las contralorías municipales, y las contralorías distritales. En el ejercicio de la competencia de control externo, estos órganos de control podrán realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo y de cualquier naturaleza en los entes u organismos sujetos a su control, e incluso en la sede de las personas naturales o jurídicas que contrate con la Administración, para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, así como para evaluar el cumplimiento y los resultados de las políticas y de las acciones administrativas, la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión.

Como parte de esa facultad de control, los órganos de control fiscal podrán efectuar el control externo y posterior sobre los procedimientos de contratación pública, y, dentro de ello, el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal regula el control perceptivo, indicando que se podrán utilizar los métodos de control perceptivo que sean necesarios con el fin de verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de las operaciones y acciones administrativas, así como la ejecución de los contratos de los entes y organismos públicos. Y en el mismo orden de la disposición anterior, el artículo 66 *eiusdem*, de manera expresa señala que estos órganos de control fiscal externos poseen la competencia para fiscalizar a los contratistas o particulares colaboradores de la Administración, pudiendo efectuar las fiscalizaciones que consideren necesarias en los lugares, establecimientos, vehículos, libros y documentos de personas naturales o jurídicas que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con las entidades sujetas a su control, o que de alguna manera administren, manejen o custodien bienes o fondos de esas entidades o fondos públicos en general.

Por último, la facultad de control fiscal comporta simultáneamente la potestad sancionatoria de los órganos que la ejercitan, en virtud de ello los órganos contralores poseen la potestad de sancionar a los funcionarios o personas que

intervienen en los procedimientos de contratación pública por inobservancia o infracción de las reglas establecidas en la Ley. En ejercicio de esta potestad pública, el órgano de control fiscal puede declarar la responsabilidad administrativa de los sujetos involucrados, imponerle multas, exigir la reparación de daños al patrimonio público, destituciones de los funcionarios públicos y hasta inhabilitaciones para el ejercicio de funciones públicas (artículo 91 N^{os}. 1, 3, 4, 7, 8, 9, 17 y 23 del de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal). Esta facultad propia de los órganos de control fiscal se ha visto reforzada últimamente por las previsiones del vigente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, en el que se han sumado otros supuestos de responsabilidad administrativa, se le ha atribuido expresamente la competencia sancionatoria a los órganos de control fiscal (principalmente a los órganos de control interno) y donde se ha determinado categóricamente que el procedimiento a seguir para la imposición de las sanciones que procedan es el que se encuentra previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal¹⁶.

3. El control *ad intra* ejercido en el Sistema Nacional de Contrataciones

La norma de contratación pública organizó el Sistema Nacional de Contrataciones, que está integrado por el Servicio Nacional de Contrataciones, como órgano rector, y además por el Registro Nacional de Contratistas, el Registro Nacional de Contrataciones del Estado y la Dirección de Capacitación en Contrataciones Públicas, como órganos subordinados a aquel. El Servicio Nacional de Contrataciones posee naturaleza jurídica de órgano desconcentrado dependiente funcional y administrativamente de la Comisión Central de

¹⁶ Sobre el tema de las sanciones en la contratación pública se puede consultar: DANIELS PINTO, Alf: «Consideraciones sobre el régimen sancionatorio en las contrataciones públicas». En: *La contratación pública en Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2015; así mismo nuestro trabajo denominado: «Régimen sancionatorio en la contratación pública venezolana». En: *El derecho administrativo sancionatorio*. Centro de Adiestramiento Jurídico - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016 (en imprenta).

Planificación, que es el órgano superior de coordinación y control de la planificación centralizada de la Administración Pública Nacional¹⁷.

El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas avanza en el fortalecimiento de las competencias del Servicio Nacional de Contrataciones como órgano técnico, con especial énfasis en sus dos áreas medulares, el Registro Nacional de Contratistas, estableciendo la obligación de la inscripción en dicho Registro, de todos los potenciales oferentes interesados en celebrar contrataciones con el sector público, independiente del monto de la contratación; el registro está constituido por un procedimiento sencillo y electrónico sin mayores requisitos y solo requiriendo la «calificación» por parte de este Registro cuando los oferentes deseen participar en una de las modalidades que la Ley prevé; y el Registro Nacional de Contrataciones del Estado, que tiene por objeto garantizar y mantener un sistema de información de las contrataciones del Estado, así como de la demanda de bienes, servicios y obras que la Administración relaciona al solicitar su presupuesto anual. La información que allí se colecte podrá permitir realizar planificadamente la adquisición de bienes, servicios y obras o la inversión productiva según lo definan las autoridades.

En este punto, resulta interesante citar la sentencia N° 389, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁸, en el interesante caso de la acción de amparo constitucional interpuesto por la sociedad mercantil Corporación Exxa Internacional, C.A., en contra de la suspensión del Registro Nacional de Contratistas, y donde la Sala tuvo la oportunidad de hacer un recuento histórico sobre el origen del Servicio Nacional de Contrataciones y el Registro Nacional de Contratistas, de la siguiente manera:

¹⁷ La Ley Orgánica de la Administración Pública señala que la Comisión Central de Planificación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela es el órgano superior de coordinación y control de la planificación centralizada de la Administración Pública Nacional, tiene carácter permanente, y está encargado de garantizar la armonización y adecuación de las actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. Este órgano está presidido por el vicepresidente ejecutivo de la República, quien es el colaborador directo e inmediato del presidente de la República en la acción del Gobierno.

¹⁸ TSJ/SC, sent. N° 389, de 14-05-14, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/164005-389-14514-2014-14-0184.HTML>.

... El Servicio Nacional de Contrataciones tuvo su génesis en el Registro Nacional de Contratistas (RNC), creado mediante el Instructivo Presidencial N° 24, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 30.905, de fecha 27 de enero de 1976, con la finalidad de descentralizar, sistematizar, organizar y consolidar la información legal, técnica y financiera de las personas naturales y jurídicas interesadas en contratar con el Estado.

Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Licitaciones Públicas, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.528, del 10 de agosto de 1990, se crea el Sistema Nacional de Registro de Contratista (SNRC), para centralizar la información de las personas naturales y jurídicas inscritas en los registros auxiliares, siendo su órgano de adscripción la entonces Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI), hasta que a través del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.556, extraordinario, del 13 de noviembre de 2001, se crea el Sistema Nacional de Contrataciones, servicio autónomo sin personalidad jurídica adscrito al Ministerio de Industria y Comercio, hoy Ministerio del Poder Popular para el Comercio, carácter que se mantiene hasta la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.895, del 25 de marzo de 2008, cuando pasa a ser un órgano desconcentrado, funcional y administrativamente dependiente de la Comisión Central de Planificación, correspondiéndole ejercer la autoridad técnica en las materias reguladas por la referida Ley de Contrataciones Públicas en el marco de las competencias materiales atribuidas, entre ellas, las siguientes: i. Automatizar y mantener actualizada toda la información que maneja el Registro Nacional de Contratistas y demás unidades adscritas, ii. crear o eliminar registros auxiliares, iii. fijar los criterios conforme a los cuales se realizará la clasificación de la especialidad, experiencia técnica y la calificación legal y financiera de los interesados para su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, iv. estimular y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de los sistemas de control de la ejecución de contrataciones de obras, bienes y servicios en coordinación con los organismos e instituciones competentes, y v. suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores de la Ley de Contrataciones, previo cumplimiento de los

procedimientos respectivos (*Vid.* artículos 21 y 22 de la Ley de Contrataciones Públicas) (...)

Atendiendo lo establecido por esta Sala en la sentencia parcialmente transcrita *ut supra*, es evidente que, sin menoscabo del principio de jerarquía que informa la estructura orgánica de la Comisión Central de Planificación, conforme la cual el vicepresidente ejecutivo de la República (quien la preside y coordina) tiene la facultad de delegar interorgánicamente en los demás funcionarios que la integran el ejercicio de ciertas funciones con carácter temporal, dicho órgano de planificación, organización, control y supervisión de la Administración Pública recoge la fórmula organizativa de la desconcentración como un mecanismo de funcionalidad del principio de eficiencia que gobierna la actuación del Poder Público Nacional.

3.1. El control ejercido por el Servicio Nacional de Contrataciones

El Servicio Nacional de Contrataciones está llamado a ejercer la autoridad técnica en la materia de contratación pública, y por ello, además de sus competencias técnicas y de dirección, posee la facultad de control administrativo sobre la legalidad de la actuación, tanto del contratista como del contratante, a los fines de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado; en ese sentido, tiene las siguientes atribuciones¹⁹:

- i. Suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, de acuerdo a los procedimientos previstos;
- ii. solicitar y recibir de los contratantes la programación anual de compras, así como la información de la contratación realizada (artículo 38 *eiusdem*);
- iii. solicitar, recabar, sistematizar, divulgar y suministrar a quien lo solicite, la información disponible sobre las programaciones anuales y el sumario trimestral de contrataciones;
- iv. estimular, exhortar y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de los sistemas de control de la ejecución de contrataciones de obras, bienes

¹⁹ *Vid.* artículo 37 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

y servicios por los contratantes; v. examinar los libros, documentos y practicar las auditorías y evaluaciones necesarias a las personas que soliciten inscripción o estén inscritas en el Registro Nacional de Contratistas, o bien hayan celebrado dentro de los tres años anteriores, contratos con alguno de los órganos o entes regidos por la Ley; vi. solicitar, recabar, sistematizar los informes de la actuación o desempeño de contratistas durante la ejecución de contratos que celebren con los contratantes; vii. dictar medida preventiva de suspensión de los efectos de los certificados otorgados por el Registro Nacional de Contratistas, a los presuntos infractores de la Ley de Contrataciones Públicas; viii. imponer y aplicar las sanciones a los infractores que contravengan las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas; ix. denunciar ante la Contraloría General de la República, las posibles irregularidades que se detecten y remitir el expediente administrativo respectivo a los fines de determinar y aplicar las sanciones administrativas correspondientes.

3.2. El control por parte del Registro Nacional de Contratistas

Otro componente orgánico del Sistema Nacional de Contrataciones es el Registro Nacional de Contratistas que, como se mencionara antes, es una dependencia administrativa del Servicio Nacional de Contrataciones, y que tiene como función centralizar, organizar y suministrar la información necesaria para la calificación legal, financiera, experiencia técnica y la clasificación por especialidad, para personas naturales o jurídicas, nacionales y extranjeras, que participen en los procedimientos de selección de contratista, según el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Dentro de sus atribuciones asociadas al control están: i. Emitir el certificado de inscripción en el registro, que habilita al inscrito a contratar con el Estado; ii. otorgar el certificado de calificación para participar en las modalidades de contratación, según los parámetros de la norma; iii. proponer al Servicio Nacional de Contrataciones las posibles sanciones a imponer a presuntos infractores del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; iv. velar por el cumplimiento de la obligatoriedad de inscripción en el registro a quien corresponda y la actualización de sus datos de forma permanente (artículo 50

eiusdem), así como velar por que los contratantes remitan la información sobre la actuación o desempeño del contratista (artículo 51 *eiusdem*).

4. El control ejercido por el contratante o poder adjudicador

La Administración Pública dispone de una potestad administrativa de dirección y control sobre todo el ciclo contractual, y especialmente en la etapa de ejecución de los contratos públicos, cuya facultad supone la competencia de dar órdenes e instrucciones de servicio al contratista en cuanto a la forma y modalidades de ejecución de la prestación, y la realización de inspecciones y fiscalización para verificar el cumplimiento del contrato²⁰. Estas atribuciones las ejerce el contratante con la finalidad de velar por el cumplimiento efectivo de las condiciones generales de la contratación para asegurar la materialización de las prestaciones concretas que la relación contractual establece y, en definitiva, para la satisfacción del interés general. Seguidamente, vamos a tratar de precisar las manifestaciones e instrumentos de control que posee el sujeto contratante en cada fase del referido ciclo contractual.

4.1. El control desde la preparación del contrato (actividades previas)

Se puede afirmar que el contratante determina formas o parámetros de control administrativo desde el momento de la preparación del contrato o, mejor dicho, desde las «actividades previas». El artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas determina que para todas las modalidades de selección de contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, el contratante deberá efectuar actividades previas que garanticen una adecuada selección de ese contratista, además de preparar el presupuesto base. Asimismo, se debe contar con: programación presupuestaria, especificaciones técnicas, determinación de las ventajas económicas y técnicas de la contratación, la previsión en la programación anual de compras, si es aplicable, modelo del contrato, si el procedimiento tiene

²⁰ ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General, acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 274.

carácter plurianual efectuar la notificación al órgano competente en la planificación central, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar. Siendo determinante la formulación del presupuesto base o el precio o valor general de la contratación.

En consecuencia, el contratante estaría estableciendo parámetros certeros de control cuando: i. Estima los montos de la contratación (artículo 58 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas); ii. fija el presupuesto base (artículo 59 *eiusdem*), y iii. redacta el pliego de condiciones o las condiciones generales de contratación, donde se encuentran contenidas las reglas, requisitos, condiciones y criterios aplicables a la contratación en particular (artículos 65 y 66 *lex cit.*). Con base en las anteriores premisas se podrá desarrollar toda la actividad de fiscalización, supervisión, evaluación, y verificación, propias de la noción de control, para determinar el cumplimiento efectivo del procedimiento de contratación y del propio contrato celebrado.

4.2.El control sobre los procedimientos de selección de los contratistas

En la fase de selección del contratista le corresponde al contratante y en determinados casos específicamente a la comisión de contrataciones, desarrollar conductas de control a la hora de examinar las ofertas presentadas por los participantes; debe revisar si se presentó la garantía de mantenimiento de la oferta (artículo 64 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y 102 del Reglamento); debe hacer la calificación, examen y evaluaciones respectivas, y proceder a la descalificación cuando sea procedente con base en las condiciones de contratación (artículos 89, 94 y 95 de la Ley de Contrataciones Públicas) o el rechazo de las ofertas cuando incurran en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 76 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

El contratante posee la potestad de suspender el procedimiento de contratación pública por razones de oportunidad o conveniencia, basado en el interés

público, mediante acto administrativo motivado, siempre que no haya tenido lugar el acto de apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad u ofertas (artículo 106 *eiusdem*). Igualmente tiene la facultad para dar por terminado el procedimiento, antes de la firma del contrato definitivo. Si se hubiera notificado la adjudicación, se deberá indemnizar al beneficiario de esta con una suma equivalente al monto de los gastos en que incurrió para participar en el procedimiento de selección del contratista, que no será superior al 5 % del monto de su oferta (artículo 107 *eiusdem*).

Sobre el procedimiento de contratación, el órgano o ente contratante, también, tiene la potestad de declarar desierta la contratación en los siguientes casos: i. Cuando no haya sido presentada oferta alguna; ii. todas las ofertas presentadas hayan sido rechazadas o descalificadas todos los oferentes; iii. para evitar daños justificados al contratante; iv. en caso de que los oferentes con la primera, segunda y tercera opción no mantengan sus ofertas, se nieguen a firmar el contrato, no suministren las garantías requeridas o les sea anulada la adjudicación por obtenerla con base en datos falsos o en violación del ordenamiento jurídico, o v. cualquier otro supuesto establecido en el pliego de condiciones, según los artículos 112 y 113 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

4.3. El control en la etapa de ejecución del contrato

El control de los contratantes en la fase de la ejecución o administración del contrato se manifiesta con mayor fuerza, porque es a la Administración o al contratante a quien le corresponde garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, para asegurar que se materialice definitivamente el objeto de la contratación. En ese sentido, los contratantes deberán generar controles para garantizar el cumplimiento de los siguientes aspectos de la contratación:

- i. Cumplimiento de la fecha de inicio de la obra o suministro de bienes y servicios; así como el cumplimiento de la fecha de terminación de la obra o entrega de los bienes o finalización del servicio; ii. el otorgamiento del anticipo, de ser aplicable; iii. velar por el cumplimiento del compromiso

de responsabilidad social; iv. practicar supervisiones e inspecciones a la ejecución de obras o suministro de bienes y servicios; v. autorizar o acordar modificaciones en el alcance original y prórrogas durante la ejecución del contrato; vi. celebrar y verificar los finiquitos; vii. efectuar y asegurar los pagos debidos; viii. verificar el cierre administrativo del contrato; ix. efectuar y notificar la evaluación de desempeño del contratista.

De manera detalla en el articulado del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se van determinando las formas de aplicación de los mecanismos de control. Efectivamente, en los artículos 136 y 137 se regula la potestad de control y supervisión de la Administración o de los contratantes sobre la ejecución del contrato. Este control será ejercido por el contratante, a través de dos figuras: i. Los supervisores, para los contratos de bienes y servicios, y ii. los ingenieros inspectores para el caso de los contratos de obras públicas. En consecuencia, la definición de la persona y la fórmula de control se determinarán en función de la naturaleza del contrato.

Los responsables de la supervisión en los contratos de suministros y prestación de servicios, designados por los contratantes, deberán: i. Verificar el inicio de la ejecución del contrato y suscribir los documentos necesarios; ii. verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y condiciones de la contratación de los bienes adquiridos y de los servicios contratados; iii. informar por escrito el avance de la ejecución del contrato; iv. proponer los correctivos necesarios para subsanar las desviaciones en la ejecución del contrato; v. elaborar y firmar los documentos de conformidad de la ejecución del contrato; vi. cualquiera otra que le sea atribuida por la máxima autoridad del contratante.

Mientras que a los ingenieros inspectores, para el caso de los contratos de obra pública, tendrán las siguientes facultades de control: i. Elaborar y firmar el acta de inicio de los trabajos, conjuntamente con el ingeniero residente y el contratista; ii. supervisar la calidad de los materiales, los equipos y la tecnología que el contratista utilizará en la obra; iii. rechazar y hacer retirar de la obra los materiales y equipos que no reúnan las condiciones o especificaciones para ser utilizados o incorporados a la obra; iv. fiscalizar de manera continua

los trabajos que ejecute el contratista y la buena calidad de las obras concluidas o en proceso de ejecución, y su adecuación a los planos, a las especificaciones particulares, al presupuesto original o a sus modificaciones, a las instrucciones del contratante y a todas las características exigibles para los trabajos que ejecute el contratista; v. suspender la ejecución de partes de la obra cuando estas no se estén ejecutando conforme a los documentos y normas técnicas, planos y especificaciones de la misma; vi. indicarle al contratista las instrucciones, acciones o soluciones que estime convenientes con relación a la ejecución de la obra, dentro de los plazos previstos en el contrato o con la celeridad que demande la naturaleza de la petición, previa observación o solicitud formulada por éste; vii. notificar de inmediato, por escrito, al contratante cualquier paralización o anomalía que observe durante su ejecución; viii. coordinar con el proyectista y con el contratante para proveer, con la debida anticipación, las modificaciones que pudieren surgir durante la ejecución; ix. dar estricto cumplimiento al trámite, control y pago de las valuaciones de la obra ejecutada; x. elaborar y firmar el acta de terminación y recepción provisional o definitiva de la obra conjuntamente con el ingeniero residente y el contratista; xi. velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales, de seguridad industrial y de condiciones en el medio ambiente de trabajo; xii. elaborar, firmar y tramitar, conforme al procedimiento, las actas de paralización y reinicio de los trabajos y las que deban levantarse en los supuestos de prórroga, conjuntamente con el ingeniero residente y el contratista; xiii. obligar al contratista, previa autorización del contratante, a restituir la obra a su estado original, por haberla ejecutado sin autorización por escrito. Si no lo hiciere, podrá ordenar la demolición a expensas del contratista; xiv. cualquiera otra que le sea atribuida por la máxima autoridad del contratante.

Así mismo, el contratante tendrá la facultad de acordar prórrogas en los plazos de ejecución del contrato, por causas debidamente justificadas, previa solicitud del contratista, en los siguientes supuestos: i. Cuando se presenten diferencias entre lo establecido en el contrato y la ejecución del mismo; ii. en caso de presentarse situaciones imprevistas o de fuerza mayor, debidamente comprobadas; y iii. en cualquier otro caso que justifique dicha prórroga a juicio del contratante. Adicionalmente, también tendrá el contratante la facultad para ordenar la

suspensión temporal de la ejecución del contrato, por causas no imputables al contratista, en cuyo caso, y por razones obvias la prórroga será automática.

Otra de las manifestaciones de control de los contratantes luego de formalizado el contrato, es la autorización a los contratistas para realizar cesiones totales o parciales de los contratos, ya que si el contratante no autoriza previamente las cesiones totales o parciales que se realicen no estaría obligado a reconocer tal pacto o negocio jurídico, considerándolo nulo; e incluso el contratista incurriría en un supuesto de incumplimiento del contrato por violación de las normas de la contratación pública.

Por otra parte, los contratantes tendrán la facultad y obligación para declarar la nulidad de los contratos cuando: se verifique que la adjudicación se hubiere otorgado con inobservancia de las normas del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas u otra norma aplicable a la materia, o cuando se determine que, sin motivación o autorización previa, la ejecución de los contratos se aparten o difieran de las condiciones establecidas en los respectivos pliegos o condiciones de la contratación y de las ofertas beneficiarias de la adjudicación.

Por último, el contratante estará en la obligación de realizar una evaluación de la actuación o desempeño del contratista en la ejecución de cada contrato o adenda respectivo (artículo 75 parte *in fine* del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas), ya sea que se haya terminado por causas naturales o se hubiere rescindido por incumplimiento. Los resultados de la evaluación deberán ser notificados directamente al contratista, quien tendrá la posibilidad de ejercer los recursos administrativos que correspondan cuando no comparta la apreciación del contratante; y posteriormente, los resultados de dicha evaluación deberán ser remitidos al Registro Nacional de Contratistas para su incorporación a los archivos respectivos (artículo 51 *eiusdem*).

4.4. *Algunas referencias especiales al control sobre la modificación de los contratos*

Dentro de las potestades que ostenta la Administración contratante en la ejecución de los contratos públicos, se observa la facultad para modificar unilateralmente las condiciones del contrato, para alterar o variar los contratos, aumentando o disminuyendo el objeto de la ejecución de forma parcial, cambiando las reglas iniciales de la contratación, las características de los bienes a adquirir, o las condiciones de los servicios a prestar, siempre en función del interés general y en resguardo de los derechos de los contratistas²¹. También posee la potestad de autorizar las modificaciones o cambios en el suministro de bienes y servicios, o en la ejecución de la obra contratada, previa solicitud del contratista, que deberá ir acompañada de un informe técnico-económico y del respectivo presupuesto, para la consideración del contratante (artículo 130 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas).

Esas modificaciones de las condiciones originales del contrato se pueden verificar en los siguientes supuestos: i. Por el incremento o reducción en la cantidad de obra, bienes o servicios originalmente contratados; ii. por surgir nuevas partidas o renglones a los contemplados en el contrato; iii. porque se modifique la fecha de entrega del bien, obra o servicio; iv. por la variación de los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato, y v. por otras causas establecidas en el Reglamento del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (*vid.* artículos 131 de la Ley y 140 del Reglamento).

A los fines de tener certeza para poder verificar las modificaciones que se pudieran presentar en la contratación, se debe especificar en los contratos públicos, lo siguiente: i. La estructura de costos por renglón o por partida; ii. los mecanismos de ajustes que serán aplicados; iii. la periodicidad de los

²¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: «La evolución de la contratación pública y las potestades de la administración». En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 3ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 224.

ajustes; iii. los precios referenciales o índices seleccionados para los efectos de cálculos; iv. la inmutabilidad de los precios durante el primer año de vigencia del contrato, esto quiere decir que solo se reconocerán ajustes a los precios, después del primer año, en aquellos renglones o partidas que tengan continuidad, no pudiendo aplicarse de forma retroactiva (artículos 134 de la Ley de Contrataciones Públicas y 142 del Reglamento).

4.5. La rescisión unilateral del contrato como consecuencia del ejercicio del control

Una de las consecuencias de la realización de las actividades de control de la Administración contratante es la potestad de rescisión unilateral de los contratos públicos celebrados, que puede ser ejercida con base en un incumplimiento del contrato por el contratista o en función de las exigencias cambiantes del interés público. En ese sentido, el contratante deberá velar permanentemente por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, a los fines de tomar las medidas correctivas inmediatas que garanticen la ejecución de las prestaciones convenidas entre los sujetos contratantes o adoptar otras medidas definitivas más gravosas, como poner fin al contrato si se verifica un incumplimiento.

En virtud de ello, el contratante podrá rescindir unilateralmente el contrato y aplicar las sanciones a que hubiere lugar, cuando se verifique que el contratista ha incumplido con las obligaciones asumidas, tanto en el texto del propio contrato como en las condiciones de la contratación, específicamente cuando se demuestre que el contratista, incurra en los siguientes supuestos (artículo 155 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas):

- i. Ejecute los trabajos en desacuerdo con el contrato, o los efectúe en tal forma que no le sea posible cumplir con su ejecución en el término señalado;
- ii. acuerde la disolución o liquidación de su empresa, solicite se le declare judicialmente en estado de atraso o de quiebra, o cuando alguna de esas circunstancias haya sido declarada judicialmente;
- iii. ceda o traspase el contrato, sin la previa autorización del contratante, dada por escrito;
- iv. incumpla con el inicio de la ejecución de la obra de acuerdo con el plazo establecido en el

contrato o en su prórroga, si la hubiere; v. cometa errores u omisiones sustanciales durante la ejecución del contrato; vi. cuando el contratista incumpla con sus obligaciones laborales durante la ejecución del contrato; vii. haya obtenido el contrato mediante tráfico de influencias, sobornos, suministro de información o documentos falsos, concusión, comisiones o regalos, o haber empleado tales medios para obtener beneficios con ocasión del contrato, siempre que esto se compruebe mediante la averiguación administrativa o judicial que al efecto se practique; viii. incurra en cualquier otra falta o incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, a juicio del contratante; ix. no mantenga al frente de la obra a un ingeniero residente, específicamente en caso de contratos de obras.

La rescisión unilateral del contrato se convierte, en estos casos, en una sanción para el contratista por el incumplimiento del contrato, y en consecuencia la Administración no estaría obligada a indemnizarlo por dicha acción²². Pero sí estaría obligado a sustanciar un procedimiento administrativo previo donde compruebe el incumplimiento y le garantice al contratista plenamente el derecho al debido proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.6.El control contractual a través de las medidas preventivas administrativas

Dentro de los poderes de instrucción del órgano o ente público contratante en la fase de ejecución del contrato de obras, y dentro de la sustanciación de un procedimiento administrativo para la rescisión unilateral del contrato, o bien para la determinación de cualquier incumplimiento por parte del contratista, se encuentran las medidas preventivas administrativas²³ que puede adoptar la Administración

²² RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando: «Ejecución de los contratos administrativos». En: *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI, Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Universidad Monteávila - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 134.

²³ La jurisprudencia reiterada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en favor de la potestad de la Administración en decretar

contratante, para preservar la materialización de los resultados del procedimiento administrativo o para asegurar la ejecución del contrato en cuestión.

Las medidas preventivas administrativas solo se aplicarán en la sustanciación de los procedimientos para determinar el posible incumplimiento en la ejecución de contratos de obras, esto quiere decir que no está previsto para aplicarse en los casos de contratos de servicios y adquisición de bienes²⁴. Somos del criterio que el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas pudo haber ampliado la posibilidad de aplicar medidas preventivas administrativas en la sustanciación de procedimientos de determinación de incumplimientos derivados de contratos de prestación de servicios, principalmente en aquellos servicios indispensables para el funcionamiento del órgano o servicios prestados a los usuarios, de los cuales no se puede prescindir, ni detener por riesgos a causar daños mayores. Sin embargo, la norma volvió a cerrar tal posibilidad al presentar un articulado enfocado a los casos de los contratos de obras.

Por otra parte, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas aclara que la sustanciación de los procedimientos administrativos para determinar incumplimientos y para rescindir unilateralmente los contratos, y por ende para la tramitación y aplicación de las medidas preventivas administrativas, será potestad exclusiva de los órganos o entes públicos. La potestad pública de instrucción de procedimientos administrativos no podrá ser ejercida por el contratante que no ostente la condición de órgano o ente público; en consecuencia, en estos casos, el contratante deberá solicitar al órgano o ente otorgante de los recursos públicos financieros, la apertura del procedimiento administrativo para rescindir el contrato o determinar cualquier incumplimiento, debiendo suministrarle todos los elementos probatorios que considere pertinentes, sin perjuicio de la actividad propia que deba desarrollar el órgano o ente público que corresponda en la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo.

medidas preventivas administrativas, con lo cual no se vulnera en forma general el derecho al debido proceso. *Vid.* TSJ/SPA, sentencias N^{os} 1502, 1566 y 201, de 16-11-11, 23-11-11 y 13-02-14, respectivamente, entre otras.

²⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: «La evolución de la contratación pública y las potestades de la Administración». En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 205-232.

Las medidas preventivas consistirán en la inmovilización de los bienes, equipos, instalaciones, maquinarias y materiales afectos a la obra contratada, y la orden para que dichos bienes sean resguardados y custodiados a cargo del contratista, con la finalidad de que no los desplace fuera del lugar de la obra, o de su sede, si allí se encontraren, ni les otorgue un uso o destino distinto al contratado²⁵.

Estas medidas se sustanciarán en cuaderno separado, el cual deberá incorporarse al expediente principal luego de decretada, modificada o revocada la medida. La ejecución de la medida consistirá en el levantamiento de un acta que se suscribirá entre el funcionario actuante, el ingeniero inspector y el contratista o su representante, en la que se dejará constancia de los bienes, equipos, instalaciones y materiales que se encuentren en el lugar de su suscripción, así como del estado de ejecución de las obras y cualquier otra circunstancia que permita determinar con certeza el grado de avance de los trabajos. Si hubiere equipos, maquinarias o materiales destinados a la ejecución de la obra, pero que se encontraren ubicados o depositados en lugares distintos al de la obra, deberán ser inventariados en la misma acta o deberán constar en otra acta levantada en otra oportunidad, a los fines de dejar constancia de la existencia y ubicación de todos los bienes afectos a la ejecución de la obra, para que se encuentren amparados e incluidos en la medida preventiva. La negativa a suscribir el acta o actas no paralizará la ejecución de la medida, pero tal circunstancia deberá determinarse en las actas.

Los bienes objeto de la medida preventiva quedarán a disposición del contratante mediante la ocupación temporal y posesión inmediata de los mismos. La porción de obra ejecutada por el contratante con ocasión de la ocupación a propósito de la medida preventiva aplicada, no podrá ser imputada a favor del contratista. Sin embargo, cuando la resolución del procedimiento administrativo

²⁵ Dentro de los tipos de medidas preventivas que regulaba la derogada Ley de Contrataciones Públicas del año 2010 se encontraba «la requisición o comiso»; sin embargo, el contenido de las mismas no se correspondía con la concepción tradicional de dichas figuras jurídicas; no obstante, en el vigente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas la tipificación fue eliminada, pero se mantiene una figura similar sin asignarle una denominación específica.

le fuera favorable, el contratista podrá exigir al contratante el reconocimiento de las inversiones que hubiere efectuado en la obra con relación a los materiales, las maquinarias, y equipos sujetos a la medida preventiva.

Cuando existan bienes, materiales, equipos o maquinarias propiedad de terceros distintos al contratista, que hayan sido objeto de la medida preventiva, estos podrán exigir al contratante, el pago de los contratos que hubieren suscrito con el contratista, solo respecto de lo efectivamente ejecutado por el contratante y previa demostración fehaciente de la existencia y vigencia de dichos contratos.

Dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que haya sido notificada la medida preventiva, esto es, a partir de la oportunidad del levantamiento del acta donde quedó constancia de la medida, cualquier persona interesada podrá hacer oposición a la medida, por medio de un escrito razonado donde solicite su revocatoria, suspensión o modificación por ante el funcionario que la dictó, quien decidirá dentro de los cinco días hábiles siguientes a la solicitud. Cuando la medida preventiva no haya podido ser notificada al afectado, porque no haya suscrito el acta respectiva o porque no haya podido ser ubicado, este podrá oponerse a la medida dentro de los dos días hábiles siguientes a su conocimiento, el problema será determinar cuándo se enteró el interesado de la medida preventiva.

Las medidas preventivas permanecerán vigentes hasta la recepción definitiva de la obra o hasta su revocatoria o suspensión por parte del contratante o cualquier otra autoridad competente. No obstante, en cualquier grado y estado del procedimiento, el funcionario que conoce del respectivo asunto, de oficio, podrá decretar la revocatoria, suspensión o modificación, total o parcial, de las medidas preventivas que hubieren sido dictadas cuando, a su juicio, hayan desaparecido las condiciones que justifican su procedencia.

5. El control ciudadano en la contratación pública

La arquitectura estructural diseñada por el constituyente venezolano en 1999, colocó a la participación ciudadana como uno de los pilares teóricos fundamentales para la construcción y desarrollo de la vida pública, lo que a su juicio

contribuiría con el desarrollo y bienestar de la población. En ese sentido, se comienza definiendo al gobierno de la República como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (artículo 6 de la Constitución). Destacándose el elemento participativo, a los fines de este estudio, para concebir un cambio de paradigma institucional, al pasar de una democracia representativa de partidos a una democracia participativa, en donde se le debe otorgar una connotación relevante a la participación directa del pueblo en la gestión de los asuntos públicos y dentro de ello, en el control social sobre la actividad que desarrollan los órganos y entes que ejercen el Poder Público.

Consagrando un derecho, y al mismo tiempo un deber, sobre los ciudadanos para participar libremente en los asuntos públicos, directamente, a través de formas de organización o por medio de sus representantes elegidos en comicios públicos. Afirmándose que la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública es un medio para garantizar su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Y por lo tanto se constituye en una obligación para el Estado generar las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho (artículos 62 y 132 constitucionales).

Posteriormente, se dicta la Ley Orgánica de Contraloría Social²⁶, donde se desarrolla la noción de contraloría social como medio de participación y corresponsabilidad de los ciudadanos y sus organizaciones sociales, en la función de la prevención, vigilancia, supervisión y control de la gestión pública, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente, en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales.

A partir de esta afirmación, debe entenderse que la función de control es una actividad compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, individualmente concebidos o de manera organizada a través de las estructuras creadas por las leyes del denominado «Poder Popular», cuyo propósito

²⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.011 extraordinario, de 21-12-10.

fundamental es la prevención y corrección de comportamientos, actitudes y acciones que sean contrarios a los intereses sociales y a la ética en el desempeño de las funciones públicas, así como en las actividades de producción, distribución, intercambio, comercialización y suministro de bienes y servicios necesarios para la población, realizadas por el sector público o el sector privado.

Y uno de los medios a través del cual la ciudadanía puede ejercer la contraloría social es por medio de la denuncia individual formulada por cualquier persona, cuando tenga conocimiento de hechos que conlleven a una posible infracción, irregularidad o inacción que afecte los intereses individuales o colectivos de los ciudadanos. Así como por cualquier otro medio que le permita poner en conocimiento a las autoridades competentes de tal circunstancia, e incluso empleando los medios electrónicos.

Lo anterior guarda estrecha relación con la disposición contenida en el artículo 21 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, que le reconoce a los ciudadanos el derecho para denunciar ante el órgano de control fiscal respectivo, bien sea la Contraloría General de la República o los órganos de control interno del contratante, la ocurrencia de cualquier hecho irregular observado y que sea contrario a los principios o disposiciones previstas en la referida Ley u otras normas que rigen las contrataciones públicas, o en las condiciones de contratación contenidas en el pliego de condiciones o en la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, pudiendo incluso extenderse a hechos advertidos en la fase de ejecución del contrato.

Lo que viene reforzado por la disposición contenida en el artículo 27 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, que le atribuye de manera expresa facultades de control social a las comunas, los consejos comunales y cualquier otra organización del poder popular, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en los contratos; pudiendo establecer los mecanismos que deberán utilizar estas manifestaciones de la participación ciudadana para el control, seguimiento y rendición de cuentas en la ejecución de los contratos, aplicando los elementos de contraloría social correspondiente. Cabe destacar que estas organizaciones

comunitarias también estarán obligadas a rendir cuenta a la asamblea de ciudadanos y al Servicio Nacional de Contrataciones, cuando actúen como contratantes en la ejecución de una prestación pública (artículo 28 *eiusdem*).

Antes de concluir, resulta importante señalar que la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública²⁷, en su artículo 39, le otorga a los ciudadanos y a los órganos de control de las instancias del denominado poder popular la facultad de vigilancia, control y evaluación de la ejecución del presupuesto de inversión municipal, según lo establecido en la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, con lo cual le atribuye de manera directa facultades de control en materia de contratación pública municipal, cuando la inversión de los fondos públicos se realizan por la vía contractual.

Conclusiones

La noción de control ha pasado a constituirse en la actualidad en uno de los principios fundamentales del Derecho Público moderno, que hermanado con los de legalidad, buena administración, distribución de funciones del Poder Público, constitucionalidad, convencionalidad, reconocimiento de derechos subjetivos, de derechos sociales y económicos, singularizan esencialmente lo que debe ser un Estado social y democrático de Derecho, en el cual la seguridad jurídica contribuya de forma sincera y decidida al interés general.

El control en la gestión pública, entendido y aplicado de manera adecuada, no supone el empleo de mecanismos de intervención o agresión sobre las actividades públicas, los agentes de gestión, o los particulares que colaboran con estos. Debe ser interpretado e interiorizado como una actividad profiláctica o depurativa, cuya naturaleza es buscar la mayor eficiencia en el cometido estatal, la transparencia, la certeza y el correcto uso de los recursos públicos, para, en definitiva, generar mayores y mejores beneficios a la colectividad.

²⁷ Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.184 extraordinario, de 03-06-15.

Si se garantiza la publicidad y la transparencia, se disminuye la corrupción; la gestión pública, en este caso contractual, será definitivamente más eficiente. Todo esto se puede lograr con la implementación de sistemas acordes de control y, por supuesto, con la participación de los ciudadanos para lograr estos fines, quienes necesariamente deben tomar conciencia del poder que poseen dentro de un sistema democrático, para construir y consolidar una mejor sociedad, donde la dignidad del ser humano esté garantizada, más allá de la retórica y los decretos gubernamentales.

Cuenca, enero 2016

* * *

Resumen: El autor hace un análisis sobre las normas que establecen las formas y los mecanismos de control no jurisdiccional en los procedimientos regidos por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. En tal sentido, destaca las diferentes manifestaciones o formas de control, a saber: «i. El control fiscal ejercido por los órganos públicos titulares de ese control, ii. el control *ad intra* ejercido por el Sistema Nacional de Contrataciones, iii. el control directo ejercido por el contratante o poder adjudicador, y iv. el control social ejercido por los ciudadanos». **Palabras clave:** contratación pública, control fiscal, sistema de control interno. Recibido: 28-01-16. Aprobado: 01-04-16.