

Los contratos públicos sometidos y excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas

Carlos García Soto*

Sumario:

Introducción

1. Una nota sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas
2. Contratos públicos sometidos y excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas *2.1. Contratos sometidos a la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas 2.2. Contratos excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas 2.3. Los casos de contratos mixtos o complejos*
3. Test de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas

Introducción

La primera impresión que podría derivarse del título de la Ley de Contrataciones Públicas¹ es que esa Ley regula todos los contratos públicos, o, si se quiere, todos los contratos celebrados por las personas jurídicas estatales². Sin embargo, como dice el título de este trabajo, si bien hay contratos públicos sometidos a la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, también existen contratos públicos que no están sujetos a esa Ley.

* Universidad Monteávila, Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.503 del 06 de septiembre de 2010.

² Ha señalado Brewer-Carías, Allan R.: “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación”. En: **Ley de Contrataciones Públicas**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 11, que “Los contratos públicos, contratos del

Hay una importante discrepancia entre lo que sugiere el título de la Ley y su verdadero ámbito de aplicación. Por ello, cuando una de las personas jurídicas estatales celebra un contrato, lo primero que debe determinarse es si está sujeto o no a la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas. Lo que pudiera considerarse a primera vista como la regla, es decir, la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas a los contratos celebrados por las personas jurídicas estatales, veremos, en ocasiones consistirá más bien en una excepción.

El ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas debe ser estudiado desde dos perspectivas: desde una perspectiva subjetiva, referida a las personas jurídicas estatales a las cuales les resulta aplicable esa Ley en su actividad contractual, y desde una perspectiva objetiva o sustantiva, referida a cuáles son los contratos celebrados por esas personas jurídicas estatales a las cuales les resulta aplicable la Ley de Contrataciones Pùblicas.

Como se verá, para que la Ley de Contrataciones Pùblica rija sobre un contrato deben cumplirse dos condiciones: por un lado, que una de las partes del contrato sea alguna de las personas jurídicas estatales a las cuales hace referencia el artículo 3 de la Ley; por otro lado, que el contrato pueda ser identificado con alguno de los contratos señalados en el artículo 1, sin que se cumpla con los supuestos de exclusión de los artículos 4 y 5. Decíamos que cuando una de las personas jurídicas estatales celebra un contrato, lo primero que debe determinarse es si está sujeto o no a la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas. Por ello, al final del trabajo ofrecemos una suerte de *test* de aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas.

Estado o contratos estatales, son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos) es una persona jurídica estatal, es decir, que está integrada en la organización del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (Repùblica, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (p.ej. los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (p.ej. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales”.

1. Una nota sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas

El artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas contiene diversos numerales en los que identifica los sujetos a los cuales se aplica esa Ley. En el numeral 1 de ese artículo 3 se señala que se aplica la Ley a “Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal, Municipal, Central y Descentralizado”. Pero luego en los numerales 2 al 6 se señalan distintas personas jurídicas estatales, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado.

En realidad, la fórmula del numeral 1 del artículo 3 de la Ley comprende a todas las personas jurídicas estatales, bien sean de Derecho Público, o de Derecho Privado, como ha advertido Brewer-Carías³; por ello, la enumeración de los numerales 2 al 6 del artículo 3 es redundante, puesto que esos sujetos descritos en esos numerales ya se encuentran comprendidos en el numeral 1 del artículo 3.

La única peculiaridad que podría resaltarse en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley es que les resulta también aplicable a “Los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos”. Por ello, siempre que un Consejo Comunal o cualquier otra organización comunitaria de base “maneje fondos públicos”, le resultará aplicable la Ley de Contrataciones Públicas⁴.

En consecuencia, lo fundamental sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas es que le resulta aplicable a todas las personas jurídicas estatales, sean de Derecho Público o de Derecho Privado (artículo 3.1) y a los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos (artículo 3.7).

³ Brewer-Carías: ob. cit. (“Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas...”), pp. 43-44.

⁴ Véase: “Memorando N° 04-00-774 del 15 de diciembre de 2008”. En: *Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República*. N° XX, 2007-2008. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 2012, pp. 283 y ss.

2. Contratos públicos sometidos y excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas

Si bien conforme a la fórmula del artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, la Ley aplica a los contratos celebrados por todas las personas jurídicas estatales, su aplicación sólo se refiere a algunos de los contratos celebrados por esas personas jurídicas estatales. Por ello, la Ley de Contrataciones Públicas aplica a todas las personas jurídicas estatales, pero no a todos los contratos celebrados por esas personas jurídicas estatales.

2.1. *Contratos sometidos a la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas*

El artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas señala expresamente los tipos de contratos a los cuales se aplica:

Artículo 1.- Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a la presente Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía.

Por ello, para determinar si un contrato a ser celebrado por la Administración se encuentra o no sujeto a la Ley de Contrataciones Públicas, lo primero a fijar es si el referido contrato puede ser o no calificado dentro de las tres categorías de contratos a las cuales hace referencia el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas, a saber: adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. En el caso de que no pueda ser calificado en alguna de esas tres categorías, la Ley de Contrataciones Públicas no le resultará aplicable. Tal conclusión se encuentra reafirmada por lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, el cual al definir lo que a fines de la Ley debe entenderse por “contrato”, señalará: “Es el instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, prestación de un servicio

o suministro de bienes, incluidas las órdenes de compra y órdenes de servicio que contendrán al menos las siguientes condiciones: precio, cantidades, forma de pago, tiempo y forma de entrega y especificaciones contenidas en el pliego de condiciones, si fuere necesario”.

De tal manera, la Ley de Contrataciones Pùblicas aplica, en principio, a tres contratos “nominados”: el contrato de obra, el contrato de servicios y el contrato de suministro o adquisición de bienes. Ello, como se verá, tiene algunas excepciones.

2.2. Contratos excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas

i. Todos los contratos distintos a esos nominados. La consecuencia de la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas a esos contratos nominados, es que no resulta aplicable a todos los otros contratos distintos a esos tres contratos nominados, como, por ejemplo, los contratos de concesión de servicio público o de obra pública⁵.

ii. Contratos nominados en el artículo 1 que, sin embargo, están excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas. Ahora bien, no todos los contratos nominados en el artículo 1 están sujetos a la Ley de Contrataciones Pùblicas. Señala en este sentido el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Pùblicas:

Artículo 4.- Exclusiones. Se excluyen de la aplicación de la presente Ley, los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios.

⁵ Cfr. Brewer-Carías: ob. cit. (“Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Pùblicas...”), p. 45.

Por ello, aun cuando los contratos nominados en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas están sujetos a la Ley, si se celebran en el marco de alguno de tales acuerdos internacionales de cooperación entre Venezuela y otro Estado, estarán excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas. Como ha advertido Brewer-Carías, en este supuesto nos encontramos ante una exclusión total en cuanto a la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas sobre estos contratos nominados del artículo 1⁶.

Dos ejemplos sobre contratos de prestación de servicios y de adquisición de bienes que podrían celebrarse bajo un acuerdo de ese tipo, y que por tanto estarían excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, serían los previstos en los numerales 6 y 7 del artículo 2 del Acuerdo de Cooperación Agrícola entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la Construcción y Mejoramiento de Unidades de Producción Genética en Ganadería en la República Bolivariana de Venezuela⁷:

Artículo 2.- La cooperación prevista en el presente Acuerdo, podrá desarrollarse mediante la realización de las siguientes actividades: (...)

6. Intercambio de técnicos, científicos y de expertos en materia genética y de biotecnología, quienes prestarán servicios de consultas y asesoramiento en el estudio, preparación y ejecución de programas y/o proyectos específicos, en materia relacionada con el sector agrícola.

7. Intercambio y suministro de materiales y equipos de laboratorios de biotecnología reproductiva bovina.

⁶ Brewer-Carías: ob. cit. (“Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas...”), p. 45. Véase igualmente Briceño, Germán: “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas”. En: **Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas**. Funeda. Caracas, 2008, pp. 20-21.

⁷ Cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.675 del 17 de mayo de 2011.

Como puede observarse, la Ley de Contrataciones Pùblicas (artículo 4) no resultará aplicable a los contratos de servicios profesionales en esas materias (numeral 6) o de suministro de materiales y equipos (numeral 7) que se celebren con ocasión de ese acuerdo internacional de cooperación.

Sobre este tipo de acuerdos internacionales de cooperación, señala el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Pùblicas⁸:

Artículo 5.- Normativa aplicable a los acuerdos internacionales de cooperación. En los contratos que tengan por objeto, la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas, en los cuales la República Bolivariana de Venezuela sufraga la contratación; se deberán aplicar las demás disposiciones legales que regulan la materia de contratación pública, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones relacionadas con la actividad contractual.

Cuando la norma hace referencia a que a tales contratos deben aplicarse “las demás disposiciones legales que regulan la materia de contratación pública, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones relacionadas con la actividad contractual”, no puede entenderse que se refiere a la Ley de Contrataciones Pùblicas, puesto que tal Ley no les resulta aplicable. Más bien, la norma reafirma la inaplicabilidad de esa Ley, si bien se cuida de advertir que sí les resultan aplicables otras normas sobre contratación pública, cuyo fin sea garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones relacionadas con la actividad contractual.

iii. Contratos nominados en el artículo 1, pero excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Pùblicas en cuanto a las “modalidades de selección de contratistas”. Hemos señalado que los contratos nominados en el artículo 1

⁸ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009.

están sujetos a la Ley de Contrataciones Públicas. Sin embargo, de entre esos contratos, hay algunos cuyo procedimiento de selección de contratistas no estará sujeto a la Ley de Contrataciones Públicas. Son los contratos previstos en el artículo 5 de la Ley:

Artículo 5.- Exclusión de las Modalidades de Selección. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la presente Ley, los contratos que tengan por objeto:

1. La prestación de servicios profesionales y laborales.
2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia.
3. La adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles⁹, inclusive el financiero.
4. La adquisición de obras artísticas, literarias o científicas.
5. Las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes.
6. Los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante.
7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública.

⁹ Como puede observarse de la enumeración de contratos que se realiza en estos numerales 1 al 7 del artículo 5, se trata de contratos que se identifican con los tres tipos de contratos sujetos a la Ley según el artículo 1: adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. Sin embargo, en el numeral 3 del artículo 5 se hace referencia a los contratos de “arrendamiento de bienes inmuebles”. Por argumentación a contrario, ello podría llevar a concluir que si se les excluye de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas sólo en cuanto a la “aplicación de las modalidades de selección de contratistas”, es porque se encuentran sujetos a la Ley de Contrataciones Públicas para el resto de los aspectos regulados por esa Ley. En nuestra opinión, tal conclusión resultaría contraria al sentido del artículo 1 de la Ley, que expresamente somete a la Ley de Contrataciones Públicas a sólo tres tipos de contratos: la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá dictar medidas que regulen la modalidad de selección para estas materias, en el marco de los principios establecidos en la presente Ley.

Pues bien, una vez otorgado el contrato, para el cual no resultan aplicables las “modalidades de selección de contratistas” de la Ley de Contrataciones Públicas, esta Ley sí le resultará aplicable en los otros aspectos regulados por la Ley a tal contrato.

2.3. Los casos de contratos mixtos o complejos

Sin embargo, la aplicación del criterio se hace particularmente complicada en los supuestos de contratos mixtos o complejos, entendidos como aquellos contratos en los cuales se ejecutan dos o más prestaciones distintas.

En efecto, puede ocurrir que un determinado contrato implique que el contratista ejecute a favor de la Administración dos o más prestaciones. Esas dos o más prestaciones, a su vez, pueden o no coincidir con las prestaciones a las cuales hace referencia el artículo 1 de la Ley, a saber: adquisición de bienes, prestación de servicios y/o ejecución de obras.

De entre esos contratos mixtos o complejos podemos identificar dos supuestos básicos:

i. Contratos en los cuales se ejecutan prestaciones que se identifican con dos o tres de las prestaciones típicas de esos contratos nominados en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas. Es decir, es el supuesto del contrato en el que, por ejemplo, se realiza adquisición de bienes, pero también prestación de servicios. En algunos casos, puede incluir igualmente la ejecución de obras. Se trata, por ejemplo, de los denominados “contratos de ingeniería, procura y construcción”. En este tipo de contratos resultaría aplicable la Ley de Contrataciones Públicas, porque las prestaciones se identifican con las propias de los contratos señalados en el artículo 1 de la Ley.

ii. Contratos en los que si bien se realizan una o más prestaciones de las identificadas con las nominadas en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas, también se ejecutan una o más prestaciones que no se identifican con las prestaciones típicas de esos contratos nominados. Sería el caso, por ejemplo, de un contrato en el cual se realiza adquisición de bienes, junto con prestación de servicios, y en el que además se realiza una prestación distinta a las enumeradas en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Que una de las prestaciones a ser ejecutadas por el contratista no se corresponda con alguna de las tres prestaciones expresamente señaladas en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas, plantea el problema de si ese contrato debe estar sujeto a esa Ley. En nuestra opinión, la solución pareciera ser ponderar la importancia que la(s) prestación(es) identificables(s) con alguna de las tres previstas en el artículo 1 tiene con respecto a la(s) prestación(es) que no se identifica(n) con esas tres previstas en el artículo 1. De esa manera, si en la estructura del contrato la importancia de las prestaciones que pueden identificarse con las previstas en el artículo 1 es mayor que la de las prestaciones que se ejecutan pero que no están previstas en ese artículo 1, deberá aplicarse al contrato la Ley de Contrataciones Públicas.

3. *Test de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas*

Conforme a lo expuesto, puede ensayarse este *test* de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas:

- i. El contrato debe haber sido suscrito por alguna de las personas jurídicas estatales, bien sea de Derecho Público o de Derecho Privado, o por un Consejo Comunal o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.
- ii. Debe tratarse de un contrato de los nominados en el artículo 1 de la Ley.
- iii. Si se trata de un contrato mixto o complejo, las prestaciones a ejecutar por el contratista deben identificarse con las nominadas en el artículo 1 de la Ley.

- iv. Si se trata de un contrato mixto o complejo, con una o varias prestaciones que se pueden identificar con las señaladas en el artículo 3, junto con una o varias prestaciones no identificables con las del artículo 1, la importancia de aquellas prestaciones debe ser mayor a la de estas prestaciones.
- v. No puede tratarse de un contrato que se encuentre en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados.
- vi. Para que apliquen las normas sobre modalidades de selección de contratistas debe tratarse de un contrato distinto a los señalados en el artículo 5 de la Ley.

