



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
EL CONTRALOR GENERAL

Oficio Circular N° 01-00- 000873

Caracas, 27 OCT 2009

Ciudadanos:

Máximas Autoridades de los organismos y entidades indicados en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

Sus Despachos.

Me dirijo a ustedes, en la oportunidad de hacer de su conocimiento el criterio sostenido por este Organismo Contralor, con respecto a la exigibilidad de garantías en las contrataciones celebradas entre órganos y entes del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones Públicas¹ y su Reglamento².

Al respecto conviene hacer notar, que al evaluar los distintos aspectos de obligatoria verificación por parte de los responsables del control interno, antes de adquirir bienes o servicios, o de celebrar contratos que impliquen compromisos financieros (artículo, 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), no hay lugar a duda que como principio general en toda contratación celebrada por el Estado, debe exigirse la constitución de las garantías necesarias para salvaguardar y proteger su patrimonio, frente a eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista. Sin embargo, la previsión de garantías y el grado de exigibilidad de los extremos legales a que se refiere el citado artículo, admitirá las excepciones derivadas de lo establecido en las Leyes que dispensen de la constitución de la caución en los supuestos de contrataciones reguladas por ellas; así como las que deriven del análisis

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.503 del 6 de septiembre de 2010

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.181 del 19 de mayo de 2009

de la naturaleza y de las condiciones bajo las cuales se ejecutará el contrato o compromiso a adquirir.

En ese aspecto, la Ley de Contrataciones Públicas dispone la obligación de constituir cauciones dentro de los procedimientos para la selección de contratistas allí previstos, tales como la **garantía de mantenimiento de la oferta** (artículo 65), la **fianza de fiel cumplimiento**, (artículo 100) y la **fianza de anticipo**, (artículo 99), garantías que a diferencia de lo que disponía la Ley de Licitaciones, son reguladas con más detalle y de manera más categórica toda vez que, se precisan expresamente los límites porcentuales para su otorgamiento, así como el deber de determinar de forma clara y precisa en el pliego respectivo, las condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato e igualmente, define como obligación de la Comisión de Contrataciones, al momento de examinar las ofertas, determinar si están acompañadas de la caución o garantía exigida y si cumplen los requisitos especificados en el pliego de condiciones (artículos 44.18 y 69 de la ley de Contrataciones Públicas). Por su parte, el Reglamento de la citada Ley, prevé en el artículo 102 como causal de rechazo de las ofertas, aquéllas que no estén acompañadas por las garantías exigidas.

Ahora bien, la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas directamente a los órganos o entes de la administración pública (*latu sensu*), están exceptuadas de la realización de los procedimientos previstos en Ley de Contrataciones Públicas, conforme lo dispone el numeral 7 del artículo 5 *eiusdem*, que establece lo siguiente:

“Artículo 5. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Presente Ley, los contratos que tengan por objeto:

(Omissis)

7. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras encomendadas a los órganos o entes de la administración pública. La Presidenta o el Presidente 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.” (Destacado y subrayado nuestro)

A pesar de que estas contrataciones directas entre órganos y entes del sector público están excluidas de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en la Ley, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, dicta disposiciones particulares que disciplinan esta situación; en efecto, la Disposición Transitoria Primera del Reglamento precisa que corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, dictar las medidas que regulen la modalidad de selección aplicable a estas materias, y establece expresamente que hasta tanto sean dictadas, los órganos o entes contratantes, podrán elaborar **procedimientos internos** que permitan la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras señaladas en el artículo 5 de la citada Ley, en los cuales deben observar y respetar los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad; que rigen la actividad del Estado en materia de contrataciones señalados en el Artículo 2 de la Ley en comento.

De manera, que en los contratos a celebrarse entre órganos y entes del Estado, no son de obligatoria aplicación las modalidades de selección de contratistas, previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, a saber concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios, contratación directa; como medios de los que disponen los órganos y entes públicos para efectuar dicha selección; no obstante, los organismos contratantes deben establecer idóneos y adecuados procedimientos internos que ameriten, hasta tanto el Presidente de la República, en Consejo de Ministros dicte las medidas que regulen la modalidad de selección aplicable en esas materias. Aún así, deben respetarse aquellas disposiciones de la Ley y su Reglamento que resulten aplicables tomando en cuenta que la contratación pública está presidida por ciertas premisas que deben ser consideradas y aplicadas en la totalidad de los contratos de la Administración.

Ahora bien, específicamente, con respecto a la exigibilidad o no de garantías en las contrataciones entre órganos y entes del Estado, tenemos que los artículos 102 y 127 del Reglamento de la mencionada Ley, señalan lo siguiente:

“Artículo 102. Causales de rechazo Son causales de rechazo de las ofertas, además de las establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas las siguientes:

(Omissis)

2. Ofertas que no estén acompañadas por las garantías exigidas; salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas...

Artículo 127. Consignación de garantías En la notificación de la adjudicación, se otorgará al beneficiario de ésta, un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación, **para que presente las garantías establecidas en los pliegos o en las condiciones de la contratación**, a satisfacción del órgano o ente contratante, sin lo cual no se suscribirá el contrato.

Cuando el beneficiario de la adjudicación fuere uno de los sujetos señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, no será necesario el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

(Negrillas y subrayado nuestro)

En esa misma perspectiva el artículo 135 *ejusdem*, expresa:

“Artículo 135. Vigencia y cuantía de las garantías de mantenimiento de las ofertas

La garantía de mantenimiento de las ofertas en las diversas modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato, con el fin de garantizar el sostenimiento de las ofertas beneficiarias de la adjudicación hasta su formalización, **salvo aquellas ofertas presentadas por los órganos o entes contratante a que se hace referencia en los numerales 1 al 6 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas que no requieren garantía de mantenimiento de la oferta.** (Negrillas y subrayado nuestro)

Dentro del contexto de la normativa antes citada, queda claro que la contratación directa entre órganos y entes de la Administración Pública, además de estar excluida de la aplicación de los procedimientos para la selección de contratistas señalados en la Ley de Contrataciones Públicas, también lo está de suministrar las garantías allí previstas.

No obstante, esta prerrogativa no es absoluta, toda vez que en tales casos resulta de obligada consideración lo previsto en el aparte único del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, que aún cuando se refiere expresamente a la exoneración de los órganos y entes del sector público a cumplir con el compromiso de responsabilidad social, dicha norma los obliga, expresamente, entre otras cosas, al establecimiento de **controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista.**

Al respecto, dicha disposición, prevé textualmente lo siguiente:

“Artículo 3. El Compromiso de Responsabilidad Social no se exigirá para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras **contratados directamente entre los órganos y entes señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas** o cuando la selección de contratista es **encomendada a éstos órganos o entes.** No obstante, se debe garantizar que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales, que exista disponibilidad presupuestaria, que los precios sean justos y razonables, **que se establezcan los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente contratista.**”(Destacado y subrayado nuestro)

Obsérvese que la norma, si bien no alude expresamente al establecimiento de garantías, exige de parte del contratante que se implanten **controles y mecanismos** para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente público contratista (también del Estado), por lo tanto, **corresponde a la máxima autoridad jerárquica de cada organismo o entidad al momento de establecer el sistema de control interno, asegurarse de incorporar los controles y mecanismos necesarios, en cumplimiento de la función inherente a la gestión y a la dirección de las organizaciones,** cuyo respeto verificarán los responsables en ejercicio del control previo propio de la administración activa, salvaguardando el patrimonio público contra eventuales daños. En ese sentido, cabe recordar que **la Ley de Contrataciones Públicas al precisar su objeto, además de establecer que uno de sus propósitos es el de regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, añade además la finalidad de preservar el patrimonio público.**

En otro orden de ideas, es importante precisar que en el supuesto que el **órgano o ente público indirectamente encargue o encomiende a otro órgano o ente público**, para que actúe como su intermediario, en lograr para él la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras, dicho intermediario si se encuentra obligado a emplear la modalidad de selección que corresponda y en consecuencia, está sujeto a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas respecto a la constitución de garantías.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 88 ejusdem, que señala:


“Artículo 88. Cuando un órgano o ente del Estado proceda a adquirir bienes, servicios u obras para otro órgano o ente del Estado, señalado en el Artículo 3, numerales 1 al 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, deberá emplear la modalidad de selección de contratista que corresponda de acuerdo a los supuestos cuantitativos y cualitativos que señala Ley, para cada una de las modalidades.” (Negrillas y subrayado nuestro)

Como se observa, en este supuesto el órgano o ente público, no actúa en nombre propio en la ejecución de las prestaciones de dar o hacer, sino que realiza todas las acciones correspondientes para que un tercero se obligue a suministrar bienes, prestar servicios o ejecutar una obra para otro ente del Estado.

Ciertamente, en estos casos la situación es distinta, pues el órgano o ente del Estado, no es el obligado directo a cumplir la obligación objeto del contrato, es decir, no es en estricto sentido, beneficiario de la adjudicación del contrato, pues esta cualidad la ostenta aquel oferente (persona natural o jurídica del sector privado), que resulte ganador en el concurso que dichos órganos o entes del sector público efectúen para lograr el objeto de la encomienda. De manera que, el órgano o ente (intermediario), está obligado a cumplir con las modalidades de selección que correspondan y en consecuencia, el contratista estará obligado en los términos de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas a constituir las garantías allí previstas.

Sobre la base de lo expuesto concluimos que sólo en las contrataciones celebradas entre órganos o entes del Estado donde uno de ellos sea el obligado directo a suministrar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra, están exceptuadas de la realización de los procedimientos de selección previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, así como de suministrar las garantías previstas en dicha Ley; no obstante, en estos casos deben establecerse los controles y mecanismos necesarios para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista. Por su parte, cuando el órgano o ente público, indirectamente, encargue o encomiende a otro órgano o ente público, para que actúe como su intermediario en la adquisición de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras, este intermediario está obligado a cumplir con las modalidades de selección que correspondan y exigir al contratista la constitución de las garantías previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.

Atentamente,



Clodosbaldo Russián Uzcátegui
CLDOSBALDO RUSSIÁN UZCÁTEGUI
Contralor General de la República