UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

REGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo.

Autor: Abog. Alexandra Castro N.
Asesor: Abog. Ninoska Rodríguez

Caracas, mayo, 2003

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado **Alexandra Castro Nieto**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: ***Régimen de Responsabilidades del funcionario de la Administración Central en la Selección del Contratista;*** Considero que una vez evaluado el referido Trabajo cumple con los requisitos y méritos suficientes para ser presentado en el área de Post-Grado de Derecho Administrativo de esta Casa de Estudios.

En la Ciudad de Caracas, a los 16 días del mes de octubre de 2003.

Abog. Ninoska Rodríguez.
C.I. N° V- 8.368.971

A todos aquellos que me enseñaron a creer que la verdad y la justicia, son ideales que todavía piensan, respiran...existen...

A mis padres, por ser ejemplo

de buenos principios...

A todos aquellos que de alguna

u otra forma participan en este

crudo pero divertido Teatro,

LA ABOGACIA...

I N D I C E G E N E R A L

	Pág
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE GENERAL	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
I. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN VENEZUELA	
A. Antecedentes	5
Aspectos resaltantes de las últimas reformas de la Ley de Licitaciones	10
B. La Selección del Contratista en Venezuela	16
1. Fases del procedimiento de licitación pública	19
2. Forma en que se realizan generalmente las licitaciones	20
3. Principios que informan al procedimiento de licitación	22
C. Modalidades de selección del contratista	28
Supuestos de procedencia de los procedimientos	30
D. Licitaciones Electrónicas	34

E. Servicio Nacional de Contrataciones (SERVINAC) 37
1. Naturaleza jurídica 38
2. Forma de Creación 39
3. Atribuciones 40
4. Potestad sancionatoria 43
5. Organización y funcionamiento 44
6. Ingresos 44
7. Control 45
8. Proyectos de Servinac 47

II. RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

A. Referencias históricas de las responsabilidades de los funcionarios públicos 52

B. Responsabilidades de los funcionarios públicos
1. Responsabilidades Penal 57
2. Responsabilidad Civil 58
3. Responsabilidad Disciplinaria 60
4. Responsabilidad Administrativa 61

III. RESPONSABILIDADES CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

A. Responsabilidad Civil Extracontractual 63
1. Responsabilidad de la Administración 65
Recursos o acciones jurisdiccionales para reclamar la Responsabilidad Administrativa del Estado 71
2. Responsabilidad del funcionario público 73
Responsabilidad Civil del funcionario en sede Administrativa 73

B. Responsabilidad Administrativa 74

Anotaciones sobre el nuevo Procedimiento de Determinación de Responsabilidades (Averiguaciones Administrativas) 78

C. Resumen comparativo 82

IV. PROBLEMÁTICA INTERPRETATIVA DEL REGIMEN SANCIONATORIO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

A. Factibilidad de la Responsabilidad Civil de los funcionarios por actuaciones ilegales en materia de decisiones en la selección del contratista 84

1. Responsabilidad Civil de los funcionarios por daños causados a particulares, por Actos Administrativos Ilegales 84

Legislación Comparada 87

2. Responsabilidad Civil por actuaciones ilegales en materia de decisiones de selección del contratista 95

B. Interpretación analítica de las sanciones a aplicar en caso de transgresión del nuevo ilícito de Contraloría relacionado con las selecciones de contratistas

1. Consecuencias jurídicas de la transgresión de los procedimientos de selección del contratista 102

Sanciones establecidas en la Ley de Licitaciones 103

Sanciones derivadas del nuevo ilícito de Contraloría 109

2. Interpretación analítica de las sanciones a aplicar en caso de transgresión del nuevo ilícito de Contraloría relacionado con la selección del contratista 114

CONCLUSIONES 120

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 129

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

REGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Autor: Abog. Alexandra Castro Nieto
Asesor: Abog. Ninoska Rodríguez
Fecha: Mayo de 2003

R E S U M E N

Por cuanto en la Administración Pública Nacional, se ha acrecentado la evasión de procedimientos licitatorios, así como las irregularidades detectadas en los mismos, con lo cual se ha afectado de alguna manera los intereses públicos, surgió la necesidad de realizar un trabajo que pretende generar doctrina entre sus diferentes Órganos, especialmente los Contralores, así como a todos los operadores jurídicos, y cuyo objeto fundamental es analizar el ***REGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA,*** a los fines de precisar su verdadero alcance y aplicabilidad. El carácter de la investigación es monográfico, fue desarrollado bajo el método inductivo, es de carácter descriptivo y de naturaleza documental, debido a que se apoyó de la revisión y registro de diferentes fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, a las cuales se les aplicó la técnica de análisis de contenido. Del mismo se logró concluir, que en la Ley de Licitaciones y en su Reglamento se establece todo el sistema de selección del contratista en Venezuela, al cual deben sujetarse las actuaciones, principalmente, de aquellos funcionarios de la Administración Central encargados de llevarlos a feliz término, so pena de incurrir en cuatro (4) tipos independientes de responsabilidades (Penal, Disciplinaria, Administrativa y Civil), generadoras de distintas sanciones, entre las cuales por su especial importancia destacan las originadas de la Responsabilidad Civil por actuaciones ilegales en materia de decisiones en la selección del contratista, que comúnmente no llegan a establecerse, por lo difícil de comprobarse la extrema negligencia en la falta de ilegalidad o intensiones personales maliciosas, siendo en la mayoría de los casos la Administración quien responde; y las de la Responsabilidad Administrativa por la transgresión del nuevo Ilícito de Contraloría, el cual actualmente tiene un ámbito sino idéntico, parecido, a la norma contenida en el numeral 1 del artículo 114 de la Ley de Licitaciones, y por tanto lo ajustado a derecho será determinar la prevalencia de la actuación de la autoridad que primero haya adelantado los trámites administrativos tendentes a la aplicación de cualquiera de las respectivas sanciones ya que de conformidad con el principio constitucional non bis in idem es imposible su aplicación simultánea, y por ello debe evaluarse y analizarse pormenorizadamente cada situación fáctica, pues la incorrecta aplicación de las mismas podrían favorecer al responsable, lo que va en desmedro de una efectiva gestión pública y en contra de la moral republicana.

INTRODUCCIÓN

Venezuela está configurada como un Estado de Derecho y de Justicia, de conformidad con el artículo 2 del texto constitucional (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nº 36.860 del 30 de diciembre de 1.999, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000), en consecuencia está sometida, entre otros, a los principios de legalidad (artículos 7 y 137 de la Constitución Bolivariana), de *responsabilidad* (artículos 139, 140 y 25 Constitucional), y de tutela judicial efectiva (artículos 26 y 206 Constitucional).

En virtud de esos principios, en el sistema administrativo venezolano es factible además de la responsabilidad del Estado, la de sus autoridades legítimas (funcionarios), cuando éstas en el ejercicio de sus funciones públicas, causen algún tipo de daño, por el cual puedan ser responsabilizados en lo penal, civil, disciplinario y/o administrativo.

Igualmente, es una realidad incontrovertible que la organización, métodos,

sistemas y demás aspectos técnicos y morales de toda Administración pública inciden de manera determinante en el desarrollo económico, político y social de cualquier país.

Debido a ello y con la finalidad de tener una Administración pública sana, surgió en Venezuela, la necesidad de crear mecanismos de control y de dictar normas precisas que le pongan freno a los hechos irregulares que, intencionalmente o no, suelen cometer los que, de alguna u otra forma, participan en la dirección de las colectividades o en la administración de los bienes o recursos de las mismas.

Lo que sucede en muchas oportunidades es que esos controles no son eficazmente ejercidos, o bien por desconocimiento de la norma, o por la aplicación incorrecta de las sanciones a los responsables, facilitando la proliferación de conductas antijurídicas en desmedro de una sana administración o del patrimonio público.

Esas situaciones antijurídicas se ven con frecuencia en la selección del contratista, en donde los entes u órganos públicos obligados a cumplir con lo dispuesto en el Decreto-Ley N° 1.555 de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001), en lo sucesivo Ley de

Licitaciones, en muchas oportunidades evaden sus procedimientos o incurren en ciertas irregularidades, sin ser los responsables correctamente sancionados.

Lo anterior se encuentra fundamentado en el desconocimiento, por parte de los entes u órganos respectivos, especialmente los contralores, del verdadero alcance y aplicabilidad del ***Régimen de Responsabilidades de los Funcionarios de la Administración Central en la Selección del Contratista.***

Tema éste escasamente tratado, por todo lo cual adquiere importancia este Trabajo, que pretende generar doctrina en la materia, con el objeto que sea divulgado entre las personas que se desempeñan en labores administrativas dentro de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, y de esta manera servir de parámetro ético-legal en el desempeño de sus funciones, así como a cualquier otro operador jurídico que en determinado momento se encuentre relacionado con alguno de estos procedimientos licitatorios.

El trabajo se encuentra divido en cuatro Capítulos, en el Primero, se exponen ciertas Consideraciones Sobre el Sistema de Selección del Contratista en Venezuela; en el segundo, se determinan las diversas

Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración Central; en el tercero, se ahonda en las Responsabilidades civil y administrativa de la Administración y de los funcionarios públicos; en el cuarto, se precisa la Problemática Interpretativa del Régimen Sancionatorio de los Funcionarios de la Administración Central en la Selección del Contratista, para finalmente expresar las conclusiones de la investigación.

El presente Trabajo Especial de Grado, es de carácter descriptivo y de naturaleza documental, debido a que se apoyó básicamente en fuentes bibliográficas y documentales de primero, segundo y tercer grado, para lo cual se utilizó la técnica de investigación documental, obteniéndose de esta manera las referencias que caracterizan el objeto del estudio, es decir, de la interpretación, análisis y alcance de las responsabilidades de los funcionarios de la Administración Central en la Selección del Contratista.

A tal efecto, se recolectaron los datos bibliográficos y documentales tratados por diferentes autores en diversa literatura jurídica (nacional y comparada), en la jurisprudencia patria como extranjera y en las decisiones emanadas de la Contraloría General de la República, luego se analizaron los mismos, mediante una lectura evaluativa y un resumen lógico, para todo lo cual se empleo como instrumento la Matriz de Análisis de Contenido.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN VENEZUELA

A. ANTECEDENTES

Bien es conocido que el arraigo histórico y social de las manifestaciones contractuales, tanto en el ámbito público como privado, debido al incremento demográfico y el consecuente y paralelo crecimiento de las necesidades colectivas de la sociedad, han exigido y reclamado día a día nuevos servicios.

Entonces, con el firme propósito de proteger los intereses de la colectividad, al evitar que sean lesionados los intereses de la hacienda pública, se han creado en casi todos los sistemas de derecho de los distintos países, especiales normas de control sobre la celebración y ejecución de los *contratos públicos*, cuyo control de precio depende de diferentes factores y circunstancias, entre los cuales debe señalarse, por su especial importancia,

la forma de ***selección del contratista***, en virtud que de ella se determina en gran parte el alcance e intensidad de la fiscalización.

Entre esas formas de selección del contratista, encontramos la licitación pública la cual crea una vinculación jurídica especial, que origina deberes y derechos anteriores al contrato, instrumento técnico utilizado para la prestación de contenido patrimonial o económico en las relaciones de alteridad que provoca la naturaleza sociable del hombre.

Desde las primeras épocas del Derecho Romano el botín obtenido en la guerra, era subastado públicamente a los mejores oferentes y en el lugar donde iba a verificarse la venta se plantaba una arma de guerrera y a la vez insignia real. Ya con el código Justiniano, aporte de la civilización Grecorromana, se utilizaba el sistema a Mata Candela, que consistía en hacer arder una vela mientras se escuchaban ofertas, principalmente en lo referente a las construcciones de importancia.

En el primer tercio del siglo XV se mantuvo el sistema medieval, de conceder en señorío de las tierras conquistadas a quienes las obtengan, con tal que el conquistador reconozca la autoridad suprema del monarca. Después el procedimiento se hizo también aplicable a los contratos de obras públicas, el Censor, que era el encargado de dirigir la contratación de las

obras, era quien preparaba las formas del contrato, las institutas o sea el equivalente de nuestros pliegos de licitación, y finalmente, realizaba discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a personas que juzgaba no idóneas.

Posteriormente, a fines del siglo XV, es cuando se trata de terminar, con la conquista de Las Canarias, los Reyes Católicos, ya no concedían el señorío de las tierras que conquistaban, sino que otorgaban ventajas puramente económicas, hasta que el 3 de octubre de 1870, se sancionó la Ley 428 española, primera ley de Contabilidad Nacional; la cual marcó un significativo aporte en materia de contrataciones estatales en ese país y el resto del mundo.

En Venezuela la regulación en esta materia en el pasado se reducía al contenido del artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Gaceta Oficial de la República Nº 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974), que constituía una mera exhortación no vinculante del legislador, dirigida a la Administración, y por distintas normativas sublegales, las cuales resultaban deficientes, pues dejaban de reglamentar diferentes situaciones.

En virtud de lo anterior, surgió la necesidad de aprobar en el año 1990 la Ley de Licitaciones, y en 1991 su correspondiente Reglamento (Gaceta Oficial Nº 34.838 del 30 de diciembre de 1991).

La mencionada Ley fue reformada mediante Decreto-Ley Nº 296 del 05 de septiembre de 1999, y posteriormente, ha sido reformada parcialmente en dos oportunidades mediante los Decretos-Leyes Nos. 1.121 y 1.555 de fechas 06 de diciembre de 2000 y 13 de noviembre de 2001, publicados en las Gacetas Oficiales de la República Bolivariana de Venezuela Nos. 37.097 y 5.556 del 12 de diciembre de 2000 y 13 de noviembre de 2001, respectivamente.

Vale señalar que el 13 de mayo de 2003, fue publicado el Decreto N° 2.371 del 24 de abril del mismo año, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.688, relativo al *"Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, para la adjudicación Directa en caso de Contratación de Obras, Servicios, o Adquisición de Bienes que conforme al Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social que se establezca para Fomentar la Pequeña y Mediana Industria y demás Empresas Alternativas como las Asociativas, Cooperativas y Microempresas Autogestionables, deban ser ejecutados en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días hábiles".*

Las anteriores reformas han tenido como fundamento la modernización y agilización de los procedimientos de selección de contratistas aplicando los principios de la economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y publicidad, así como lograr mejorar las condiciones y adoptar políticas de compras que hagan frente al impacto negativo que actualmente padece la industria en Venezuela.

El objeto de la Ley de Licitaciones es regular los procedimientos de selección de contratistas, para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios diferentes a los profesionales y laborales (artículo 1); por parte de los entes y órganos enumerados en su artículo 2.

Ello es confirmado por el artículo 2 del vigente Reglamento de esa Ley de Licitaciones (1991), en virtud que el Sistema jurídico venezolano solo admite la derogatoria expresa de normas generales por otras de igual o mayor jerarquía en la pirámide kelseniana (artículo 7 del Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial Nº 2.990 Extraordinario del 25 de julio de 1982), por lo que el referido Reglamento se encuentra vigente en todo lo que no contraríe al texto de la Ley de Licitaciones, y el cual establece que en cuanto a los contratos de servicios, éstos son exclusivamente de índole comercial.

Aspectos resaltantes de las últimas reformas de la Ley de Licitaciones

En el nuevo régimen jurídico de las Licitaciones Públicas en Venezuela encontramos que:

- Se excluye de su ámbito de aplicación, en virtud de ser la Ley de Licitaciones una excepción del **principio de libre contratación** que rige la actividad contractual de la Administración, la cual debe ser interpretada de manera restrictiva; los contratos que tengan por objeto el arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero y la adquisición de bienes inmuebles, los contratos de seguros y los servicios financieros prestados por entidades regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones financieras (artículo 3).

- Se excluyen, aquellos contratos para la construcción de obras, adquisición de bienes o contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y Otros Estados (artículo 4).

- Se amplia y desarrolla el conjunto de medidas para promover el desarrollo económico de las empresas nacionales, o de categorías especiales de empresas. Entre estos mecanismos se incluyen: el

establecimiento de márgenes de preferencia; la incorporación de productos, licencias, tecnología o recursos humanos de carácter nacional; entre otros (artículos 6 al 10).

- Se crea el **Servicio Nacional de Contrataciones** como órgano desconcentrado encargado de ejercer la autoridad técnica en los procedimientos licitatorios antes señalados, y en el cual funcionará, en lo adelante, el conocido Registro Nacional de Contratistas (artículos 18 y 28), estableciendo que el mismo estará a cargo de un Director General a diferencia de la Ley reformada (2000), la cual disponía la configuración de un Directorio (artículo 20).

- Se elimina la competencia que le había sido atribuida en las anteriores reformas (1999 y 2000), al Servicio Nacional de Contrataciones, de aplicar las sanciones previstas en ese Decreto Ley, y la traslada nuevamente como en la Ley de 1991, a la Contraloría General de la República (artículo 19, numeral 14).

- Se conserva la faculta del Registro Nacional de Contratistas, de requerir toda la documentación exigida conforme a la Ley en comento y su Reglamento, a las personas inscritas, quienes estarán en la obligación de suministrarla, estando facultado inclusive para verificar por distintos medios dicha información (artículo 31).

- Se conserva la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas como condición indispensable para participar en todo procedimiento de licitación cuyo monto sea superior a: (1) 500 Unidades Tributarias (U.T.) en el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios y; (2) 1.500 U.T. en el caso de construcción de obras. Excepcionalmente, se contempla la inexigibilidad de este requisito cuando se trate de licitaciones anunciadas internacionalmente o para la adquisición de obras científicas o artísticas y servicios altamente especializados de uso esporádico. Cabe señalar que ésta última reforma elimina de tales excepciones las situaciones de emergencia (artículo 36).

- Se continúa prohibiendo que los entes contratantes le soliciten a los oferentes que acrediten estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas, la presentación de documentación o información requerida por éste para efectuar la calificación legal o financiera (artículo 40). Debe destacarse, que la anterior disposición es concordante con la normativa programática contemplada en la Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999).

- Se establece taxativamente, al igual que las anteriores reformas, la obligatoriedad de desarrollar todos los procedimientos de selección de contratistas a que ella alude, respetando los principios de economía, publicidad, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y transparencia (artículo 42).

- Se ordena la preparación de un presupuesto base de la licitación, cuyo contenido será confidencial hasta que se produzca la notificación oficial del resultado de la misma, salvo que en los pliegos de la licitación, se hubiese definido el empleo de dicho presupuesto como criterio de rechazo de ofertas, el cual en ningún caso podrá emplearse como criterio de evaluación (artículo 43).

- Se establece, un sistema referencial de monitoreo de precios de mercado, con fines indicativos, que llevará el Ministerio de la Producción y el Comercio, a objeto de facilitar la realización de los presupuestos base para estos procedimientos (artículo 44).

- Se mantiene la inclusión de una serie de disposiciones a objeto de promover la elaboración de un pliego de condiciones en cada procedimiento de licitación, como documento normativo para instruir tanto el proceso de formación del contrato como el de su ejecución,

todo lo cual permite limitar la arbitrariedad del ente licitante (artículo 45 y ss.).

- Se amplia la regulación de las ofertas que presentan los interesados para contratar con la Administración, a fin de lograr una contratación mas sana y que ofrezca mejores condiciones, tales como los aspectos relativos al plazo, forma de elaboración y presentación (artículos 49 y 76, los cuales son contradictorios); y a su recepción en acto público (artículo 58).

- Se mantienen como procedimientos comunes de selección del contratista la Licitación –general y selectiva- y la adjudicación directa, incluyendo la Licitación Anunciada Internacionalmente dentro de las Licitaciones Generales, y estableciendo para cada uno de esos procedimientos supuestos de aplicación distintos (artículos 61, 72 y 87).

- Se conserva la obligación que toda manifestación de voluntad, ofertas y demás documentos que se hubieren recibido o considerado en los procedimientos de licitación o adjudicación directa, así como cualquier otro acto, formará parte de un expediente único, el cual deberá ser archivado, por lo menos durante tres (3) años después de terminado dicho procedimiento (artículo 107).

- Se faculta, al igual que las anteriores reformas, al oferente de un procedimiento regido por esa Ley, una vez terminado el mismo, a examinar el expediente, leer y copiar cualquier documento en él contenido, así como obtener copias certificadas, lo cual es incongruente puesto tal oferente tiene el derecho de conocer permanentemente su contenido (artículo 108).

- Se establece que cualquier participante en un procedimiento licitatorio, podrá suministrarle información a los Órganos de Control Fiscal (Órganos de Control Externo e Interno), referente al carácter discriminatorio, restrictivo de la competencia o de cualquier forma contrario a los principios o disposiciones de la presente Ley y su Reglamento, información ésta que no suspenderá el procedimiento, por interposición de un recurso o petición que cree la obligación de actuar por parte de esos órganos de control (artículo 109).

- Se elimina la facultad que ostentaban las máximas autoridades del ente contratante, sólo por causas debidamente justificadas, a fraccionar en varios contratos la contratación de una misma obra o la adquisición de bienes o la prestación de servicios (artículo 34 derogado).

- Se conserva la obligación del ente contratante de declarar la nulidad de la buena pro o cualquier otro acto dictado en ejecución de ella, que se haya producido partiendo de datos falsos o en violación de disposiciones legales (artículo 112).

- Se mantiene, igualmente, la facultad de la Administración de declarar nulos los contratos regidos por ella, en los casos que se declare la buena pro nula, así como cuando se celebren sin seguir el procedimiento adecuado, o cuando su contenido sea diferente sustancialmente de las condiciones establecidas en los pliegos de licitación y en la oferta de la buena pro (artículo 113).

- Se establece la Licitación con modalidad electrónica, proceso novedoso contenido en el Capítulo I del Título VII de la referida reforma.

B. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN VENEZUELA

En la mayoría de los contratos administrativos el legislador impone la obligación a la Administración de cumplir un procedimiento administrativo, ya sea de licitación pública, subasta, concurso, para seleccionar al contratista, pues a través de dichos procedimientos aquella prepara la manifestación de su voluntad contractual.

En este sentido, existe como anteriormente se expuso en Venezuela la Ley de Licitaciones que en el ámbito nacional, regula unos procedimientos de selección de contratistas, los cuales son diferentes y siempre anteceden a la contratación propiamente dicha por parte del ente u órgano público, a los que nos referiremos en el presente estudio investigativo.

La doctrina extranjera y nacional, han expuesto sobre el concepto de Licitación Pública, lo siguiente:

Boquera (1963,115), la considera como "un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios, y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación".

Sayagués (1978,9), define la Licitación como aquel procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliegos de condiciones, formulen las propuestas entre los cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato.

Dromi (1995, 76), la concibe como:

"el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por lo que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente".

Por su parte, Lares (1991, 162), expone que:

"En el sistema de licitación, la autoridad competente para la celebración del contrato no elige libremente al contratista, sino que previa invitación a aquellos individuos o empresas dedicados a la especie de trabajo por realizar, y posteriormente examinados cada uno de los aspirantes y sus propuestas, se elige el que ofrezca condiciones más ventajosas para el interés general, y en consecuencia se celebra con el elegido el contrato proyectado. Por el contrario, en el sistema del trato libre, la autoridad administrativa calificada para la celebración del contrato, en uso de sus amplios poderes de apreciación, escoge a quien suponga mejor para la ejecución del contrato, y contrata con él".

En fin la ***Licitación pública*** es el procedimiento administrativo por el cual la Administración, invita a los interesados a que, sujetados a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente; procedimiento éste que debe ser llevado con estricto apego a las normas contenidas en la Ley de Licitaciones, en su Reglamento y el resto de las aplicables en la materia (Castro, 2002,13).

1. Fases del procedimiento de licitación pública

Los pasos o fases integrantes de un procedimiento licitatorio, son las siguientes:

Fase preparatoria: En ella se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende, pues, los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario, a preparación del pliego de condiciones y del presupuesto base.

Una vez que se adopta la decisión de contratar, se realizan los proyectos de orden técnico en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

Fase esencial: Comprende la licitación propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a

terceros, y se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas y la adjudicación.

Fase integrativa: Esta última da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etcétera.

2. Forma en que se realizan generalmente las licitaciones

Al decidir la Administración contratar, debe preparar un presupuesto base y confeccionar un pliego de condiciones, en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los estados y su co-contratante o adjudicatario de aquella.

Cuando este aprobado el pliego de condiciones por la autoridad competente se invita a los interesados a presentar su oferta, esto es lo que tradicionalmente es denominado "llamado a licitación".

Luego las personas interesadas que estén en condiciones de efectuar el suministro o realizar la obra, consignan sus ofertas ante la autoridad

administrativa correspondiente, las cuales se formulan por escrito y en sobre cerrado, en aquellos casos de no procederse por licitación con modalidad electrónica y en el día, hora y lugar indicados, en presencia de los intervinientes y de los órganos competentes, se procede a la apertura de los sobres a través de un procedimiento formal, público y actuado. Después la actividad licitatoria pertenece casi exclusivamente al dominio de los órganos administrativos.

Concluido el anterior acto se pasan las propuestas al estudio de los organismos técnicos encargados de asesorar a la autoridad que ha de adjudicar la licitación. El procedimiento no es siempre exactamente igual ya que a veces la adjudicación tiene lugar de inmediato, al terminar la apertura de las propuestas, declarándose adjudicatario a quien cotizo el precio mas bajo o brindó las mejores condiciones.

Puede procederse de ese modo en las licitaciones en las que están predeterminadas de manera absoluta todas las condiciones del suministro, obra o servicio requerido, limitándose los proponentes a fijar el precio. Pero cuando, como es frecuente, esto no ocurre y deben establecerse en las propuestas algunas condiciones del negocio, como las características técnicas del producto a suministrar, plazas de entrega, forma de pago, etc., la adjudicación no puede hacerse de inmediato por cuanto se requiere un

minucioso estudio de todas las ofertas, lo que se traduce en una etapa preliminar de la adjudicación.

Cuando los organismos técnicos, llegan a la conclusión que tal o cual oferta es la más ventajosa, y por tanto no merece observaciones y se halla en un todo de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones es "aceptada" a través de la adjudicación, para finalmente perfeccionarse la voluntad contractual y el contrato mismo con la notificación de la adjudicación, aprobación, homologación, formalización escrita, etc. de acuerdo con las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

3. Principios que informan al procedimiento de licitación

En el nuevo instrumento normativo se reconoce expresamente los principios que informan la licitación: economía, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y transparencia (artículo 42). A continuación haremos especial referencia a algunos de los principios rectores en la materia:

Transparencia: Como principio rector de la licitación pública, la transparencia abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad,

participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

Con relación a este principio en la actual reforma de la Ley en comento, se prevé un amplio articulado que persigue garantizar el manejo íntegro y pulcro de las finanzas públicas, y la igualdad e imparcialidad de la contratación administrativa.

Así, se impone, en manos del ente contratante el deber de elaborar previamente un presupuesto base para cada licitación, y un pliego de condiciones que instruya su actuación tanto en el proceso de formación del contrato como el de su ejecución.

Se establece un llamado público a licitación que asegure la igualdad y generalidad en el establecimiento de las condiciones y objeto del procedimiento. El propio carácter público de los actos de recepción de las manifestaciones de voluntad y de las ofertas económicas; la debida motivación del informe de la Comisión; y la disposición expresa de instrumentos de publicidad (notificaciones y publicaciones) que obligan al ente contratante a informar los actos del procedimiento licitatorio, se destinan también a garantizar un trato igualitario que afiance la objetividad e

imparcialidad de la Administración Pública en la selección de sus contratistas.

Libre concurrencia: El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.

A pesar de ello, el principio no es absoluto, pues la normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes. Dichas limitaciones o restricciones son por ejemplo la exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; la exigencia de honorabilidad profesional y comercial del proponente y la exigencia de honorabilidad civil, al preverse en los pliegos de condiciones o reglamentos de contrataciones, la exclusión de oferentes condenados penalmente o de funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes.

Pero además de esta capacidad genérica, la Administración puede exigir en los pliegos de bases y condiciones, determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico financiera, que le aseguren un contratista idóneo.

Por último, cabe señalar que la Administración no puede elegir individualmente a sus proponentes; si así lo hiciera, la concurrencia no sería libre. Por tanto, la publicidad del llamado a licitación es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia.

Igualdad entre los oferentes: La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Ese trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes:

- Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes
- Respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes
- Cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de selección del contratista
- Inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones
- Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres

En consecuencia, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases del pliego de condiciones que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ella realizar alguna modificación de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación, pues de efectuarse tales cambios resultará ilegal y violará el principio de igualdad. Así mismo, también lesionará e infringirá dicho principio, toda ventaja concedida por el licitante en favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes.

En cambio, no resultaría afectado en modo alguno el principio de igualdad, si después de concluido el contrato se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos posteriores. Con ello en nada se perjudican los demás proponentes, pues si alguno de ellos hubiese ganado la licitación también habría tenido que recurrir a la teoría de la imprevisión. Sin embargo, como todo principio, el de igualdad en la licitación no posee un carácter absoluto, pudiendo admitir excepciones por motivos racionales.

Publicidad: En los procedimientos administrativos especiales de licitaciones públicas se manifiesta este principio en un doble sentido, pues desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor

número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia, y durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular.

Equidad y eficiencia: La equidad, como moderación en el precio de las cosas que se compran, o en las condiciones que se estipulan para los contratos, y la eficiencia, en tanto virtud y facultad para seleccionar el mejor contratista posible, y asegurar así el bien común, son dos nuevos principios rectores que se suman a los ya mencionados del procedimiento licitatorio.

C. MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Entre los procedimientos expresamente establecidos en la referida Ley, tenemos la Licitación General o la Licitación Anunciada Internacionalmente, la Licitación Selectiva, la Adjudicación Directa y la novedosa Licitación Electrónica, los cuales se definirán de seguidas:

La Licitación General, Abierta, o concurso ilimitado: Es el procedimiento competitivo de selección del contratista, cuyo llamado ha sido publicado en un

diario de mayor circulación en el país, en el que puede participar cualquier persona natural o jurídica, previo el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la Ley de Licitaciones, su reglamentación y las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación (artículo 5, numeral 8 de la Ley de Licitaciones).

La Licitación Selectiva o Privada: se encuentra definida en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley de Licitaciones (2001), como el procedimiento competitivo excepcional de selección del contratista en que el ente contratante invita a presentar ofertas a los participantes sobre la base de su capacidad técnica, financiera y legal.

La Licitación Anunciada Internacionalmente, en la vigente Ley de Licitaciones (2001), fue integrada a la Licitación General, como ha debido ser concebida desde un principio en el artículo 6 de la derogada Ley de 1999, el cual la definía como:

> "...el procedimiento competitivo de selección de contratista, cuyo llamado ha sido publicado en los medios previstos en esta Ley y en las publicaciones de circulación internacional, *en el que pueden participar personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras*, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley, su reglamentación y de las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación" .

La Adjudicación Directa: es la contratación por la cual el Estado escoge directamente al co-contratante, sin concurrencia u oposición de oferentes (Brewer, 1997a, 108).

La anterior figura la define la Ley en su artículo 7, como el *procedimiento excepcional* mediante el cual el ente de forma simplificada selecciona al contratista, siempre y cuando se cumpla con las condiciones y los procedimientos que establecerá el mencionado Reglamento Parcial de esa Ley (2003), en atención a las características propias de cada tipo de contratación.

Supuestos de procedencia de los procedimientos

En cuanto a las condiciones de procedencia, de cada uno de los procedimientos antes expuestos, tenemos que:

En primer lugar, se destina la Licitación General para: (1) la adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a once mil unidades tributarias (11.000 U.T.); (2) la construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a veinticinco mil unidades tributarias (25.000 U.T.) (artículo 61).

La Licitación Selectiva, por su parte, procede conforme a dos criterios distintos que establece la Ley. Según el primero, referente al carácter estrictamente cuantitativo, siendo aplicable a: (1) la adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado desde mil cien unidades tributarias (1100 U.T.) y hasta once mil unidades tributarias (11.000 U.T.); y (2) la construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a once mil quinientas unidades tributarias (11.000 U.T.) y hasta veinticinco mil unidades tributarias (25.000 U.T.) (artículo 72).

El segundo criterio, referido a la toma en consideración de circunstancias excepcionales, permite, previa autorización de la máxima autoridad del ente contratante, acudir al procedimiento de Licitación Selectiva para adjudicar: (1) la adquisición de equipos científicos altamente especializados destinados a la experimentación, investigación y educación; (2) las contrataciones calificadas por el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como de seguridad del Estado y; (3) las contrataciones que según el Registro Nacional de Contratistas, versen sobre bienes producidos o vendidos por cinco (5) o menos fabricantes o proveedores, así como si sólo cinco (5) o menos empresas están en capacidad de ejecutar las obras o prestar los servicios a contratar (artículo 73).

Por ultimo, se establece la Adjudicación Directa como mecanismo facultativo de contratación, de modo que el ente licitante pueda aplicar también para esos supuestos el procedimiento de licitación general o selectiva. Igual al caso de la licitación selectiva, los supuestos de procedencia de la adjudicación directa obedecen tanto a criterios estrictamente cuantitativos como a circunstancias especiales de contratación.

En el primer caso se procederá por adjudicación directa para: (1) la adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato es por un precio estimado de hasta mil cien unidades tributarias (1100 U.T.); (2) la construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta once mil quinientas unidades tributarias (11.500 U.T.); (3) o si la ejecución de la obra, suministro de bienes o prestación de servicio se encomienda a un organismo del sector público (artículo 87).

Los casos especiales, que al igual que en la Licitación Selectiva requieren de acto motivado de la máxima autoridad del ente contratante, son:

- El suministro para el debido desarrollo de un determinado proceso productivo y del retardo en la apertura de un procedimiento licitatorio pudiera resultar gravemente afectada la continuidad del mismo;
- La adquisición de obras artísticas o científicas;

- Las contrataciones que según el registro nacional de contratistas versan sobre bienes producidos o vendidos por un solo fabricante o proveedor o cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra excluyen toda posibilidad de competencia;
- Los contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, en los que no fuere posible aplicar los procedimientos licitatorios, dadas las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes equipos o servicios;
- Cuando se decrete estado de alarma, de conmoción interior o exterior;
- La emergencia comprobada dentro del respectivo ente contratante;
- Cuando se trate de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución;
- Las obras o bienes regulados por contratos resueltos ó rescindidos y el retardo por la apertura de un nuevo procedimiento licitatorio pueda perjudicar al ente contratante y;
- En caso de obras, servicios y adquisiciones que por razones de interés general deben ser ejecutados en un plazo perentorio (artículo 88).

Finalmente, es preciso señalar que para llevar a cabo todas las anteriores formas de selección del contratistas, deben seguirse y respetarse los actos, condiciones y plazos establecidos en los Títulos IV y VII de la Ley en comento.

D. LICITACIONES ELECTRÓNICAS

En la actualidad, la evolución tecnológica ha sido tal que nos permite comunicarnos con cualquier parte del mundo, sustituyendo en muchos casos, el uso del correo normal. Así pues, las comunicaciones y la informática hacen posible el envió de correspondencia a través de computadoras personales interconectadas con cables telefónicos, microondas o vía satélite.

Precisamente, dentro de todo este proceso, tenemos lo que se ha denominado correo electrónico, que no es mas que un proceso que permite enviar, recibir, almacenar, y redirigir mensajes (cartas. memoranda, etc.), usando como medio las microcomputadoras y las telecomunicaciones.

El uso del correo electrónico hace que nos encaminemos hacia la oficina del futuro, donde el envío de la información será posible hacerlo en segundos, a un bajo costo, y disminuirán los papeles de las oficinas de hoy.

Conocido es que el sector público es el mayor comprador de bienes, ejecutor de obras públicas y servicios, en virtud de lo cual una de sus prioridades es la búsqueda de mecanismos que aseguren la transparencia de estos procedimientos, que optimicen la capacidad de respuesta del propio Estado para cubrir sus necesidades y satisfacer el bienestar y el interés social.

Por ello, en dichos procedimientos se ha buscado aprovechar las ventajas de los avances tecnológicos, antes referidos, a los fines de agilizar las transacciones, difundiendo los procesos de compras, garantizando una mayor participación de los proveedores y contando con una herramienta efectiva de supervisión, control y rendición de cuentas de las adquisiciones.

Puesto de esta forma, los proveedores y contratistas podrán participar en las licitaciones públicas sin tener que desplazarse de sus oficinas o empresas, con lo cual se propiciará una mayor participación, concurrencia a un menor costo, lo que sin duda se traducirá en mejores condiciones de contratación.

A los fines de la implementación de un verdadero sistema de licitación electrónica debe tomarse en consideración las previsiones necesarias para cumplir con la normativa establecida en la materia, y sustentarse, según lo

expuesto por Schleske (2000,13), en lo siguiente:

> " - Incorporación de mecanismos de identificación electrónica y de todos los elementos técnicos que permitan garantizar la transparencia del proceso, seguridad, autenticidad, integridad, confidencialidad dentro de la identidad, asegurando que la información de cada procedimiento de compra sea conocida únicamente por los encargados de su evaluación.
> - Proponer la adecuación de disposiciones normativas para *poder utilizar los medios de autenticación electrónica que den* un carácter probatorio pleno a los documentos que se transmitan electrónicamente a través del sistema.
> - Garantizar en las licitaciones electrónicas que se realicen...iguales condiciones, seguridad jurídica y confianza que en las realizadas a través del método tradicional, tanto para los licitantes como para las compradoras".

En Venezuela, el Decreto-Ley de Licitaciones denomina erróneamente dichos procedimientos, pues lo correcto es llamarla Licitación con modalidad electrónica no Licitación Electrónica, no obstante, en su artículo 117 bien dispone que los mismos pueden realizarse utilizando medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicaciones que garanticen la transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, *autenticidad, seguridad y confidencialidad necesaria.*

Es de aspirarse que dichos procedimientos licitatorios se efectúen *(como se han venido efectuando en el Banco Central de Venezuela, por ejemplo)* siguiendo los mismos pasos que el procedimiento tradicional, pero incorporando los mecanismos de identificación electrónica y de seguridad, a

los fines de contar con todos los elementos normativos, administrativos y técnicos, que aseguren un proceso que cumpla con los principios de precio, oportunidad, calidad y transparencia, para que exista legalidad y certeza jurídica tanto para los proveedores y contratistas como para los organismos públicos contratantes.

E. SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIONES (SERVINAC)

En la reforma de la Ley de Licitaciones se crea el *Servicio Nacional de Contrataciones* (SERVINAC), servicio autónomo sin personalidad jurídica, el cual está adscrito al Ministerio de la Producción y el Comercio, con la finalidad de ejercer la autoridad técnica en los procedimientos licitatorios, servicio que hasta la fecha se encuentra en etapa aprobación de su Reglamento Interno.

Dicho Servicio Nacional de Contratistas, consistirá en un sistema autogestionado operativamente, que permitirá al Estado Venezolano, ejecutar sus licitaciones o compras de bienes y servicios de una manera eficiente, transparente y abierta, dentro del marco de la ley, permitiendo el acceso, en igualdad de condiciones, para todos los proveedores y contratistas potenciales (Ministerio de la Producción y el Comercio, 2001).

Su misión se basará en establecer un medio de comunicación expedito, eficaz, confiable y transparente entre los entes licitadores y las empresas con potencialidades de licitar, minimizando la discrecionalidad en la toma de decisiones y promoviendo la reactivación del aparato productivo nacional.

1. Naturaleza Jurídica

De la lectura del artículo 18 de la mencionada Ley de Licitaciones, pudiese inferirse que el espíritu, propósito y razón de dicha normativa legal es la de crear un ***órgano desconcentrado*** de la administración central, es decir un servicio autónomo sin personalidad jurídica del Ministerio de la Producción y el Comercio, con la finalidad de atender las atribuciones y responsabilidades que le asigna ese mismo texto legal, no obstante, en virtud de ciertas características propias que le fueron otorgadas a dicho sistema nacional, resulta interesante conocerlas a continuación.

Como punto previo, hay que aclarar que hasta los actuales momentos el Servicio Nacional de Contrataciones, no esta en funcionamiento en su totalidad, con esto se quiere expresar que todo lo que se exponga de ahora en adelante, son simples proposiciones que el autor se permite hacer, con relación al deber ser y al deber del funcionamiento de tan importante servicio autónomo, no obstante, el Ministerio de la Producción y el Comercio ha

estado trabajado al respecto, solo se esta a la espera de que la Asamblea Nacional apruebe el respectivo Reglamento de Licitaciones, donde se establecerán otras regulaciones referidas con la materia, tal como lo establece el Parágrafo Segundo del artículo 55 de la Ley *"La organización del Servicio Nacional de Contrataciones será establecida por el Ejecutivo Nacional al reglamentar esta Ley".* Igualmente, se encuentra para su aprobación el Proyecto de Reglamento Orgánico del referido Servicio Autónomo.

2. Forma de Creación

Entre las características que resaltan en este Servicio Nacional de Contrataciones, se observa, en primer lugar, la pauta de su creación, fijada por el legislador en la Ley de Licitaciones, donde lo dotan de autonomía presupuestaria, financiera y funcional en las materias de su competencia, y lo adscriben al Ministerio de la Producción y el Comercio, con la finalidad de ejercer la autoridad técnica en los procedimientos regulados por esa Ley, a los cuales anteriormente se hizo referencia (artículo 18).

Cabe destacar, que a pesar de establecer en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001), que dichos

servicios autónomos serán creados por el Ejecutivo Nacional mediante un Reglamento Orgánico, existe otra forma de desconcentración administrativa, más pronunciada y estable, cuando las propias leyes, directamente atribuyen competencias, no al Ministro o al Ministerio, sino específicamente a una dirección o unidad organizativa del Despacho.

3. Atribuciones

El artículo 19 de la Ley de Licitaciones, enumera las distintas atribuciones otorgadas a este Servicio Nacional:

> "1. Proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones necesarias para la aplicación de esta Ley;
>
> 2. Dictar el reglamento interno para su funcionamiento;
>
> 3. Emitir dictamen sobre los asuntos de su competencia cuando así lo requieran las autoridades judiciales o administrativas;
>
> 4. Mantener en condiciones adecuadas para su funcionamiento al Registro Nacional de Contratistas;
>
> 5. Establecer las normas de organización y funcionamiento del Registro Nacional de Contratistas, así como los criterios conforme a los cuales se realizarán la clasificación de especialidad, y la calificación legal y financiera de los interesados a los fines de su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas;
>
> 6. Suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores de esta Ley, en los términos en ella previstos;
>
> 7. Diseñar y coordinar la implementación de sistemas de información y procedimientos estándares referidos a la aplicación de esta Ley;

8. Diseñar y coordinar la ejecución de los programas de capacitación y adiestramiento en cuanto al régimen de contrataciones y, conjuntamente con la Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Ubre Competencia, los relativos a la promoción y protección de la libre competencia;

9. Solicitar, recabar, -sistematizar, divulgar y suministrar a toda persona que la solicite, la información disponible sobre las programaciones anuales y sumario trimestral de contrataciones;

10. Aprobar las tarifas que se cobrarán a los entes regidos por esta Ley, otros entes públicos o particulares, por la prestación de sus servicios, publicaciones o suministro de información disponible;

11. Estimular y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de normas técnicas para obras, bienes y servicios, en coordinación con los organismos e instituciones competentes;

12. Estimular y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de los sistemas de control de la ejecución de contrataciones de obras, bienes y servicios por los entes a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley;

13. Hacer seguimiento de la información enviada por los entes regidos por el presente Decreto- Ley;

14. Elaborar los expedientes que contengan irregularidades a efectos de ser remitidos a la Contraloría General de la República a los fines de que aplique las sanciones previstas en el presente Decreto-Ley.

15. Cualesquiera otras que le señale el presente Decreto y su reglamento".

Entre todas ellas merece especial importancia las relativas a la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Contratista, el cual hasta promulgarse esta Ley de Licitaciones se encontraba adscrito a la

Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República (OCEI) y de acuerdo al mandato de esta normativa legal, en lo adelante funcionará en la sede de dicho Servicio Nacional, el cual tendrá las atribuciones señaladas en el Reglamento de Licitaciones, al igual que las correspondientes a los Registros Auxiliares.

Hasta tanto el Ejecutivo Nacional reglamente la integración del Registro Nacional de Contratistas, se mantendrá funcionando el actual Sistema Nacional de Registro de Contratistas, además habrá que esperar que entre en funcionamiento el Servicio Nacional de Contrataciones al cual se trasladará su adscripción, mientras tanto éste continuará funcionando en la Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República (OCEI).

El objetivo de este Registro Nacional de Contratistas es centralizar, organizar y suministrar en forma suficiente, contable y oportuna, en los términos previstos en la Ley y en su reglamentación, la información básica para la calificación legal, financiera y la clasificación por especialidad (artículo 29 de la Ley de Licitaciones), el cual estará a cargo de un Registrador, quien será escogido mediante concurso público de credenciales.

Igualmente, se faculta a dicho Registro Nacional de Contratistas, para

requerir toda la documentación exigida conforme a la Ley en comento y su Reglamento, a las personas inscritas, quienes estarán en la obligación de suministrarla, pudiendo inclusive verificar por distintos medios dicha información.

4. Potestad sancionatoria

Igualmente, entre las atribuciones conferidas por ley al Servicio en comento, debe hacerse especial mención a las relativas a la potestad sancionatoria, establecidas en los numerales 6 y 14 del transcrito artículo 19 de la ley de Licitaciones, los cuales le atribuyen la facultad de suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores de esta Ley, en los términos en ella previstos; y el de elaborar los expedientes que contengan irregularidades a efectos de ser remitidos a la Contraloría General de la República a los fines de que aplique las sanciones previstas en ese Decreto-Ley.

Es importante resaltar que en la Ley vigente se elimina la competencia que le había sido atribuida en las anteriores reformas (1999 y 2000), al Servicio Nacional de Contrataciones, de aplicar las sanciones de multa previstas en ese Decreto Ley, y la traslada nuevamente como en la Ley de 1991, a la Contraloría General de la República (artículo 19, numeral 14),

tema éste que será desarrollado en el Capítulo II del presente trabajo monográfico.

5. Organización y funcionamiento

El Servicio Nacional de Contrataciones estará a cargo de un Director quien será designado por el Ministro o Ministra de la Producción y el Comercio, quien deberá ser venezolano de reconocida probidad y con demostrado conocimiento en el campo de contratación del sector público, ya sea por ser profesionales con experiencia mayor a cinco (5) años en el área de las licitaciones públicas.

Lo verdaderamente importante es que ese Servicio Nacional, cuente con un perfil profesional altamente calificado, el cual además pueda coadyuvar a la capacitación y adiestramiento del personal que se encuentra involucrado directamente con las licitaciones públicas a nivel nacional.

6. Ingresos

Los ingresos de este Servicio Autónomo, serán los provenientes de las tarifas que establezca al efecto, las cuales deberán ser canceladas por los entes sujetos a la Ley y otras personas interesadas en recibir servicios o información del Servicio Nacional de Contrataciones, ya que dichos ingresos

no irán a la masa del Tesoro, sino que serán afectados al funcionamiento del mismo servicio (excepción a los principios de la Unidad del Tesoro y a la Unidad Patrimonial de la Administración Central Ministerial).

Pero en todo caso, será el Ejecutivo Nacional quien gestionará los créditos presupuestarios que garanticen la adecuada asignación de fondos para el funcionamiento de este Servido Nacional de Contrataciones y del Registro Nacional de Contratistas (Disposiciones Transitorias).

7. Control

Igualmente, con relación a este punto se reproduce lo expuesto en el capítulo del Régimen de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, por ser perfectamente aplicable al servicio autónomo en proyecto de creación, no obstante, es preciso destacar que el control jerárquico a sus actos que debiese ejercer la máxima autoridad jerárquica del Ministerio de adscripción, es mínimo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Licitación, el cual textualmente establece:

> "Las decisiones dictadas por la máxima autoridad del ente contratante, ***así como las dictadas por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contrataciones, agotan la vía administrativa y contra ellas solo puede interponerse recursos administrativos***, de conformidad con la Ley que regula la materia de Procedimientos Administrativos".

La anterior norma transcripta, evidentemente incurre en una contradicción al establecer que las decisiones de aquellos funcionarios agotan la vía administrativa, pero que a laves pueden ser recurribles administrativamente, al señalar que contra ellos podrán *"interponerse recursos administrativos*, en vez de ***"recursos contenciosos administrativos"***, además que tampoco señala expresamente el lapso para realizar tal impugnación, como bien lo disponía el artículo 126 de la Ley de Licitaciones reformada:

> "Las decisiones dictadas por las máximas autoridades administrativas del respectivo ente contratante, ***así como las dictadas por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contrataciones, agotan la vía administrativa y contra ellas solo podrá interponerse, dentro del término de treinta (30) días continuos, recurso contencioso administrativo***, de conformidad con la Ley de la materia".

Partiendo de la hipótesis que lo anterior haya sido solamente una omisión material, y el real espíritu de la norma sea atribuirle competencias exclusivas a este Servicio Autónomo, al disponer que las decisiones de su Presidente o Presidenta no tendrán recurso alguno y más bien agotan la vía administrativa, debe destacarse que tal situación se ha presentado en varias oportunidades, donde por mandato legal se le atribuye competencias a estas direcciones o unidades organizativas, sin que pueda el Ministro, a pesar de ser el superior jerárquico, ejercerlas directamente, agotándose, además la vía administrativa, en la decisión que adopte el funcionario respectivo.

En cuanto a lo relativo al control fiscal del Servicio Nacional de Contrataciones, tal como se expuso precedentemente, el Suprema Organismo de Control en reiterados dictámenes a establecido que le compete a las Contralorías Internas (Órganos de Auditoria Interna) del respectivo Ministerio, es decir que en el presente caso será competencia del órgano contralor del Ministerio de la Producción y el Comercio el ejercicio del control en la materia hacendística de este servicios autónomo, lo cual no imposibilita que en el mismo exista una unidad de inspección o fiscalización a la cual se le encargue la simple tramitación de los casos a los fines de su remisión al órgano de control interno competente.

8. Proyectos de SERVINAC

Entre los planes y metas de este Servicio Nacional de Contrataciones, se encuentra el lograr poner en funcionamiento el *Sistema de Contrataciones del Sector Publico Venezolano*, diseñado por los encargados de ese Proyecto (SERVINAC), con el firme propósito de:

- Estandarizar los procesos de contrataciones y compras de bienes, obras y prestación de servicios, para cada uno de los Organismos e Instituciones adscritas a la Administración Central y Descentralizada, así como las Empresas del Estado las cuales conforman el sector público.

- Generar una mejor facilidad en la participación de los contratistas en cuanto al ahorro tanto financiero como de tiempo para ejecutar cada una de las fases contempladas en los procesos de licitación.

- Lograr una mayor facilidad en el proceso de seguimiento y control de las contrataciones públicas. De esta manera, se contará con la creación y actualización del Catálogo de Compras, especificando al detalle, las partidas contables y presupuestarias para año económico.

- Optimizar el gasto por parte el Estado, dado el proceso de automatización del mismo, y de los ahorros financieros que implican la implementación del Sistema de Contratación antes mencionado.

- Generar un nivel de oferta más diversificada, al brindarle mayor oportunidad tanto el Contratante como al Contratista, desde el punto de vista de la ubicación geográfica y de las ventajas comparativas de cada uno de estos actores.

- Crear un ambiente de sana competencia de mercado, en igual de condiciones, implicando una mayor interacción en la fijación de los precios de oferta, en función de la demanda del mercado de contrataciones públicas.

- Establecer el contacto directo con el ente que se encarga de monitorear y sancionar a cualquier infractor de la Ley de Licitaciones.

- Cambiar la cultura de cada uno de los actores de la economía, ya que se estaría estimulando la utilización de los medios electrónicos, los cuales se encuentran en la vanguardia de los cambios tecnológicos a nivel mundial.

- Ello permitirá crear un mecanismo de transparencia y auditable en las fases de contratación por parte el estado venezolano y permitirá crear base de datos que contemple las estadísticas e indicadores de control de gestión. De esta manera, Venezuela podrá cumplir con los acuerdos comerciales como en el G-3 y en la Comunidad Andina de Naciones, en el suministro de estadísticas y en el otorgamiento de trato nacional a las empresas locales participantes que conforman a este grupo de países en el proceso de Contrataciones Públicas Venezolanas.

- Cumplir a través de la implementación del Software de Contrataciones previsto por el Servicio Nacional de Contrataciones, con todos los requisitos y estándares de seguridad digital y confiabilidad aceptado a nivel internacional, con el apoyo de las Empresas Certificadoras de firmas electrónicas, a fin de generar un

nivel de confianza a los actores participantes en el proceso licitatorios venezolano.

Finalmente, es de esperarse que realmente cuando entre en funcionamiento dicho Servicio Nacional, cuente, como en otros países por ejemplo México, con toda la capacidad técnica y humana requerida a los fines del pronto y eficaz planteamiento de la llamada Licitación con modalidad electrónica, proceso novedoso que establece el Capítulo I del Título VII de la Ley de Licitaciones, que al efectuarse siguiendo los mismos pasos que el procedimiento tradicional y al incorporarse los mecanismos de identificación electrónica y de seguridad, cuenta con todos los elementos normativos, administrativos y técnicos, a fin de asegurara un proceso que cumple con los principios de precio, oportunidad, calidad y transparencia y que exista legalidad y certeza jurídica tanto para los proveedores y contratistas como para los organismos públicos contratantes (SCHLESKE, 2000,13).

Puesto esos procedimientos electrónicos, constituyen si se quiere un mandato legal (artículo 11 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), con lo cual se pretende que los actos de licitación no se vean afectados y que sea posible conocer de manera integral, con oportunidad y precisión, cómo, en que y cuanto invierte el gobierno en bienes, servicios,

arrendamientos y obra pública; cuales son las empresas que participan en las licitaciones y cuales resultaron ganadoras, si se presentó alguna inconformidad o si algún proveedor o contratista ha sido sancionado, a los fines de llevar un verdadero y optimo control sobre estas operaciones.

CAPITULO II

RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

A. REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Históricamente, es conocido que desde los tiempos más antiguos, todas las colectividades, indiferentemente del grado de desarrollo o de su forma de organización, han tenido la necesidad de crear mecanismos que permitan poner frenos a los hechos ilegales, que intencionalmente o no, suelen llevar a cabo quienes participan en las mismas, bien sea en su dirección o administración.

La legislación extranjera ha establecido diferentes tipos de controles, y en lo que respecta a la nuestra podemos afirmar que desde la Colonia se han dictado normas para regular las responsabilidades de los funcionarios públicos.

En la Constitución Nacional derogada (Gaceta Oficial Nº 662 Extraordinaria del 23 de enero de 1961, cuya última enmienda fue publicada en la Nº 1.585 Extraordinaria del 11 de mayo de 1973), se encontraba fundamentada la responsabilidad de los funcionarios, en el artículo 121, y en nuestra Constitución vigente esta establecida en el artículo 139, el cual es del siguiente tenor: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley".

Esto quiere decir, que en este país tanto la Constitución como las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe ajustarse su ejercicio, por tanto deben estar íntimamente vinculados al anterior principio de legalidad (artículo 137 constitucional), el de responsabilidad, en virtud del cual la Administración Pública Nacional, en principio, es responsable por todos los daños y perjuicios que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones, sean ocasionados por dolo o por culpa (artículo 139, 140, 25 de la Constitución Bolivariana).

Lo expuesto no quiere significar, que la única responsable de tales hechos sea la Administración, pues como anteriormente se expresó, el sistema administrativo venezolano, establece las diferentes responsabilidades en las que pueden incurrir las autoridades legítimas

cuando en el ejercicio de sus funciones públicas causen algún tipo de daño, principio establecido en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el cual textualmente dispone que:

> " Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en *responsabilidad penal, civil y administrativa*, según los casos, sin que le sirvan de excusas órdenes superiores ".

El anterior principio constitucional es desarrollado, en diferentes normas legales, donde se establecen los distintos e independientes tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos, entre las cuales se pueden mencionar los artículos 33, 82 y 79 de la Ley contra la Corrupción (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.637 Extraordinario del 07 de abril de 2003); de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.347 del 17 de diciembre de 2001), en lo adelante Ley Orgánica de la Contraloría, y de la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Sobre el Estatuto de la Función Pública (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.402 del 12 de marzo de 2002, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.522, Septiembre 06 de 2002), respectivamente.

Es menester señalar qué se entiende por **responsabilidad,** la cual no es más que: "...el efecto negativo que tiene sobre un sujeto la imputabilidad a su persona o a su patrimonio de la conducta que asumiera. Tal imputabilidad cuando se produce un efecto dañoso sobre el destinatario del acto, acarrea el nacimiento de una carga que habrá de recaer sobre su autor, carga moral, disciplinaria, política o patrimonial pero que, cualquiera que sea su naturaleza, será eficaz en la medida en que el derecho encuentre los mecanismos para que opere su cumplimiento..." (Turuphial, 1995, 9).

Debe asentarse que el órgano constitucionalmente competente para intentar las acciones a que hubiere a lugar para hacer efectivas las anteriores responsabilidades, es el Ministerio Público, sin que ello imposibilite el ejercicio de los derechos o acciones que correspondan a los particulares o cualquier otro funcionario de acuerdo con las leyes, todo ello a tenor de lo dispuesto, entre otras, en la siguiente normativa:

> **Artículo 285 Constitucional**: "Son atribuciones del Ministerio Público:
>
> (omissis)
>
> 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la *responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios*...del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones".
>
> **Artículo 81 de la Ley Sobre el Estatuto de la Función Pública:** "Corresponderá al Ministerio Público intentar las

> acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la *responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios*...con motivo del ejercicio de sus funciones,...Sin embargo, ello no menoscaba el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios...".

En vista de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que el legislador ha insistido en precisar la independencia de las modalidades de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentran los encargados de los procedimientos licitatorios en la Administración Central (Máxima Autoridad Jerárquica del ente u órgano, integrantes de las Comisiones de Licitaciones, Administradores, entre otros), por razón de la autonomía de las acciones que pueden intentarse para hacerlas efectivas.

B. RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A continuación se explanarán las definiciones y características principales de las responsabilidades penal, civil, disciplinaria y administrativa, las cuales son sancionadas, exclusivamente, en principio, mediante sentencia judicial en el caso de las dos primeras, y con relación a las dos últimas, a través de un acto administrativo sometido a regímenes diferentes.

1. Responsabilidad Penal

Este tipo de responsabilidad surge cuando un funcionario público, subsume su conducta a aquellos presupuestos fácticos tipificados en las leyes como delitos y que acarrean la aplicación de una pena, independientemente de los demás hechos delictuosos que como cualquier otro ciudadano o persona pudiesen cometer (Castro,2001,12).

De lo cual se deduce, que en esta materia penal, los funcionarios públicos son plenamente responsables, siempre y cuando su conducta se subsuma a uno de los supuestos de hecho previamente tipificados como delito (Principio Constitucional nullum crimen nulla poena sine lege, establecido en el numeral 6 del artículo 49 Constitucional). De esta manera pueden ser condenados por los delitos contra la independencia y la seguridad de la nación, en particular los de traición a la patria y otros delitos contra ésta, y por supuesto por todos los demás delitos previstos en el Código Penal.

Pero, especialmente, pueden ser responsables en lo penal por los delitos denominados "contra la cosa pública", inicialmente previstos en ese Código Penal, posteriormente, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.007 Extraordinario del 23 de diciembre de 1982), la cual fue derogada por la Ley contra la

Corrupción, en virtud de estar más directamente relacionados los mencionados ilícitos con el ejercicio de sus funciones.

2. Responsabilidad Civil

Es aquella que tiene lugar cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, ya sea por acción u omisión, produce un daño de orden patrimonial a un tercero o a la propia Administración, el cual debe reparar.

El fundamento de este tipo de responsabilidad civil extracontractual ha sido, esencialmente, establecido en el primer aparte del artículo 1.185 del Código Civil, el cual dispone que "El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo", pues asimilando esta disposición a la materia que nos ocupa, el funcionario público o empleado público responde civilmente cuando intencionalmente, o por su negligencia, imprudencia o abuso de poder le ocasione un daño no sólo a los particulares, sino también respecto a la propia Administración.

De ahí se desprenden las dos situaciones en que pudiese verse afectada la responsabilidad civil del funcionario público, la primera, cuando su conducta le ocasione un daño a un particular, la cual esta vinculada con la Responsabilidad Administrativa del Estado, y la segunda, cuando ese perjuicio es causado al Patrimonio Público, consagrada principalmente en

los artículos 84 y 159 de las Leyes Orgánicas de la Contraloría General de la República y de Administración Financiera del Sector Público, respectivamente.

De ahí que, en ciertos casos y principalmente para funciones relacionadas con la materia hacendística, se le exige a los funcionarios públicos la prestación de caución legal, la cual responderá de los daños ocasionados al patrimonio público, por su actividad negligente, dolosa o imprudente, además de servir de seguridad frente a la posible insolvencia.

Como anteriormente se expuso, el Ministerio Público es el órgano competente para intentar ante la jurisdicción correspondiente, las acciones pertinentes para hacer efectiva esta responsabilidad civil, y por ende el respectivo resarcimiento, para lo cual es indispensable que se haya verdaderamente ocasionado un daño patrimonial, y que exista una relación de causalidad entre el hecho ilícito y aquel daño cuya indemnización se pretende.

Aquí es oportuno destacar, que una de las formas de responsabilizar en lo civil a un funcionario, en sede administrativa, por el ejercicio ilegal de sus funciones hacendísticas, es mediante la figura del Reparo, punto éste donde igualmente se relacionan tanto esta responsabilidad como la administrativa

Esta materia se encontraba regulada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 1.745 Extraordinaria del 23 de mayo de 1975), la cual fue derogada expresamente por el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública y en el Reglamento de la referida Ley de Carrera Administrativa (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.630 del 27 de enero de 1999), vigente en todo lo que no contraríe al anterior Decreto-Ley.

La referida Ley, entre otros particulares, en su Tíitulo VI denominado "Responsabilidades y Régimen Disciplinario", modifica dicho régimen, al eliminar la amonestación verbal, y la suspensión del cargo como sanciones disciplinarias, y al ampliar las causales de las sanciones de la amonestación escrita y la destitución, decisiones éstas que a los fines de hacerse efectivas debe seguirse un procedimiento administrativo previamente establecido en el referido Estatuto.

4. Responsabilidad Administrativa

Esta responsabilidad desde tiempos remotos, ha estado ligada a la existencia de hechos que de una u otra manera afectan los intereses fiscales del Estado, no de los intereses patrimoniales de los Administrados.

Con relación a esta responsabilidad, Brewer (1997, 287), afirmó que:

> " ...La responsabilidad personal del funcionario también se encuentra comprometida, no sólo respecto a los particulares, sino también respecto a la propia Administración. Estos son los casos de la responsabilidad administrativa del funcionario. En este sentido, el funcionario público responde personalmente de los daños causados por su hecho ilícito... ".

Por su parte, Mejías (1995, 32), ha expresado que: "...la responsabilidad administrativa se origina de la existencia de irregularidades administrativas, pero debe tratarse de irregularidades en una actividad hacendaría, es decir, ligada al manejo –dicho de la manera más amplia- de lo patrimonial público".

En si dicha responsabilidad es declarada por ciertos organismos de control fiscal, cuando en el procedimiento correspondiente se comprueba que una determinada persona, funcionario público o particular, a cuyo cargo está una actividad hacendaría (administración, manejo y custodia de bienes o fondos del patrimonio público), ha incurrido en acciones, hechos u omisiones ilícitas y no excusables, de las tipificadas taxativamente en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (entre ellos se encuentra el ilícito de Contraloría en la Selección del Contratista, tipo éste de especial interés en la investigación).

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

A. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Como antes se expuso, en nuestro país tanto la Constitución Bolivariana como las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe ajustarse su ejercicio, además de establecer las funciones propias de cada una de sus ramas, con la finalidad de no ser usurpadas, es decir al distribuir las funciones privativas del Estado Venezolano, entre los cinco (5) Poderes Públicos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral), se crea un equilibrio de funciones, dando lugar a un nuevo tipo de relación jurídica entre el Estado y el individuo, que conlleva una responsabilidad, que limita su alcance y protege a la colectividad frente a la acción de ese Poder Público.

Igualmente, establecen que al quebrantarse ese equilibrio por algún daño causado por sus autoridades legítimas en ejercicio de esas funciones o

atribuciones (función legislativa, jurisdiccional, administrativa o de gobierno) es responsable el Estado, así como pudiesen ser también directamente imputables aquellas autoridades, y por lo tanto, toda persona tiene el derecho a que se le haga justicia cuando pretenda que ese daño o perjuicio sea reparado o indemnizado, a través de un proceso jurisdiccional con unas garantías mínimas

Esta responsabilidad del Estado para con el individuo puede ser de dos tipos, diferenciados según la relación jurídica de éstos, bien sea por que se origine de **actos de gestión**, donde aquel (Estado) actúa como persona de derecho privado, o bien de **actos de gobierno**, en virtud del Ius imperii, casos en los cuales esa responsabilidad no se rige como en el anterior por las normas del derecho privado, sino por el contrario debe ser establecida con base a principios radicalmente diferentes.

En otras palabras, la responsabilidad del Estado puede ser **Contractual**, regida por los principios indemnizatorios establecidos en los artículos 1.167, 1.264 y 1.271 del Código Civil Venezolano y según los cuales la República responde por el incumplimiento de sus obligaciones o por el retardo de las mismas, así como por los daños y perjuicios originados directamente de ese incumplimiento, y **Extracontractual,** denominada igualmente como **Responsabilidad Civil o Patrimonial,** tema éste que será desarrollado en el

próximo Capítulo, en cuanto a la responsabilidad que puede surgirle (al Estado) por su actividad **Administrativa.**

1. Responsabilidad de la Administración

En el Estado de Derecho, la Responsabilidad Administrativa es considerada como un Principio Constitucional, consagrado en distintas normas constitucionales y legales, y en virtud del cual la Administración Pública, es responsable por todos los daños y perjuicios que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones, sean ocasionados por dolo o por culpa a los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos (art. 140 Constitucional).

Al respecto reitera Brewer (1997,286), que: "La Administración Pública Nacional, en principio, es responsable por todos los daños y perjuicios que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones administrativas, sean ocasionados por dolo o por culpa".

Esa responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el país, ha girado principalmente bajo las normas privativas del Código Civil, cuyo fundamento unitario se encuentra en la integridad patrimonial afectada por

una lesión (insoportable o antijurídica), es decir, el daño o perjuicio que no es exigible hacer que los particulares soporten sin compensación.

El referido daño debe ser cierto, real, a los fines de poderse determinar el monto a indemnizar, y ha sido definido por la doctrina nacional y extranjera, como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, crédito, honor, etc., y sin el cual no opera la responsabilidad civil o patrimonial.

Ortíz-Alvarez (1995, 13), define esa responsabilidad administrativa de la Administración, como el sistema a través del cual los particulares pueden reclamar y obtener indemnización por los daños patrimoniales que les sean ocasionados por los entes públicos, tanto por la actividad ilícita o anormal de la Administración como, en ciertas condiciones, por la actividad lícita o normal de la misma.

Del anterior concepto se deduce la existencia de dos tipos de responsabilidades, la primera denominada Responsabilidad Directa, Sin Falta o Por Sacrificio Particular, y la segunda Responsabilidad Indirecta, Por Falta o por Funcionamiento Anormal.

La **Responsabilidad por Sacrificio Particular o Sin Falta**, es aquella consistente en el resarcimiento de daños anormales y especiales producto de la actividad administrativa en la cual el carácter normal o anormal (Lícito o Ilícito) del funcionamiento de dicha actividad es irrelevante a los fines de declararla, para lo cual es suficiente probar el daño sufrido y su relación de causalidad.

Este tipo de responsabilidad encuentra su asidero en el Principio de la Igualdad de las Cargas Públicas, en virtud del cual ningún ciudadano tiene la obligación de soportar un daño proveniente de la Administración, a pesar de ser éste legítimo por derivarse de un acto lícito, como por ejemplo los ocasionados accidentalmente por trabajos realizados con cables de alta tensión o cosas peligrosas como armas de fuego.

El sacrificio particular, opera exclusivamente en la responsabilidad Sin Falta, y se tiene como un límite de la soportabilidad de los daños, en "...otras palabras, se hace necesario que el administrado sufra un daño que exceda las cargas normales que debe soportar todo ciudadano partícipe de la vida social en la cual la Administración interviene constantemente. Este sacrificio está integrado por un daño especial y anormal, que es el que debe probar el sujeto activo de la pretensión..." (Perozo, 171).

Según sea sufrido ese sacrificio por una o varias personas, es su especialidad, singular, como producto de actos administrativos de efectos particulares, abstenciones, trabajos públicos, etc., o general, como consecuencia de actos administrativos de efectos generales.

La anormalidad viene dada por su gravedad, que deberá demostrarse para obtener el resarcimiento deseado y esto tiene que ver con la intensidad proveniente del exceso del daño como trascendente a la soportabilidad de ciertas cargas y molestias que normalmente se aceptan, las cuales como ya se ha explicado deben ser justamente indemnizadas.

La mencionada indemnización ha sido definida por la jurisprudencia patria, como: "...el medio que el derecho ha creado para resolver, sin perjuicio de nadie, los conflictos entre el individuo y la sociedad, cuando se requiere que aquel ceda algún derecho en aras de un interés público o social...o sufra un daño permanente que derive de la "perdida o disminución de sus derechos"..." (Sentencia de la Sala Política Administrativa, Corte Suprema de Justicia, de fecha 10 de agosto de 1977. Caso: Ordenanza sobre Rezonificación del sector "El Paraiso". Magistrado Ponente: Martín Pérez Guevara. Citada por Ortiz-Alvarez, 1961-1997, 86).

En conclusión el régimen de responsabilidad por sacrificio particular se caracteriza por sus consecuencias prácticas, a saber: la víctima no tiene que probar un funcionamiento anormal y la Administración no puede exonerarse probando un funcionamiento normal, pues la responsabilidad es automática una vez comprobado el daño y la relación de causalidad; exigencia de daños anormales y especiales; admisión de sólo dos causas de exoneración, la falta de la víctima y la fuerza mayor; régimen de orden público; y ventajas tanto para la Administración como para los particulares y para la realización del Estado de Derecho.

La **Responsabilidad por Funcionamiento Anormal o Por Falta,** se encuentra basada en una actividad, normalmente denominada falta de servicio, en su sentido más amplio, por cuanto la función administrativa no abarca exclusivamente el servicio público, pues esa teoría ha sido superada por el Derecho Administrativo moderno, al existir otros elementos que la pudiesen integrar.

Realmente consiste en toda violación de las obligaciones administrativas en cualquiera de sus manifestaciones, formal o no formal; positiva o negativa, actos, hechos e inactividad en general, la cual debe ser probada para así determinar el compromiso de la Administración y su consecuente responsabilidad.

La regla en ésta responsabilidad es igualmente la carga de la afirmación, es decir, que quien alega prueba, y por tanto si el administrado es quien alega la falta de servicio es éste quien deberá probarla. Se diferencia de la anterior responsabilidad por sacrificio particular en donde existe una responsabilidad objetiva no interesando la falta, en que en ésta el daño no es anormal, como si lo es el funcionamiento o la actividad que genera ese daño, y por tanto la víctima podría probar el daño sufrido y la relación de causalidad en razón de su derecho de prueba, pero eso es irrelevante.

En resumen, esta responsabilidad por funcionamiento anormal tiene una serie de consecuencias prácticas, la primera es que la víctima no tiene que probar el funcionamiento anormal pues ella esta protegida por una presunción que invierte la carga de la prueba quedando ésta como una carga de la Administración, y por cuanto es ésta quien tendrá que probar la ausencia de tal funcionamiento anormal; en segundo lugar, en esta responsabilidad la falta de la víctima, la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho del tercero son en principio circunstancias exonerativas, salvo en los casos de presunciones en los cuales solamente lo son las dos primeras mencionadas, y en tercer y último lugar, tenemos que la coexistencia de este régimen con el anterior estudiado (responsabilidad por sacrificio particular), presenta ventajas tanto para los particulares como para la Administración.

Recursos o acciones jurisdiccionales para reclamar la Responsabilidad Administrativa del Estado.

En primer lugar, es imprescindible señalar que la víctima de un perjuicio o daño patrimonial, ocasionado por la actividad administrativa, tiene en nuestro país dos grandes bloques de recursos y de acciones **jurisdiccionales** para demandar o reclamar su reparación; los Recursos Contenciosos Administrativos y las llamadas Demandas contra el Estado.

Con respecto a los Recursos Contenciosos Administrativos, deben incluirse además de los contenciosos generales de anulación y abstención, los especiales tributarios, inquilinarios, agrarios, de carrera administrativa, entre otros, casos en los cuales deben presentarse conjuntamente con la pretensión de daños y perjuicios.

Tal situación es procedente de conformidad con los artículos 259 Constitucional y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Oficial Nº 1.893 Extraordinaria del 30 de julio de 1976), las cuales se transcriben a continuación:

> **Artículo 259 Constitucional**: La jurisdicción contenciosa administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa son competentes para

> anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; **condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración;** conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".
>
> **Artículo 131 L.O.C.S.J.:** "En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, **condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración,** así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Los anteriores preceptos son claros al disponer que es la jurisdicción contenciosa administrativa la encargada de conocer las reclamaciones tendentes al resarcimiento de un daño patrimonial, aquí es importante resaltar que los mencionados recursos o acciones son interpuestos con la finalidad de impugnar un acto ilícito o una abstención del mismo tipo, pero en caso de que en una decisión se declare la legalidad de aquellos no implica que el mismo tribunal, en virtud de los principios de economía procesal y de efectividad de la protección judicial, le este vedado pronunciarse sobre la responsabilidad ocasionada por esos actos o abstenciones lícitas.

2. Responsabilidad del funcionario público

En cuanto a la responsabilidad civil del funcionario público, como anteriormente se asentó la misma puede configurarse de dos formas, la primera, cuando su conducta le ocasione un daño a un particular, la cual esta vinculada con la responsabilidad civil o extracontractual de la Administración, y la segunda, cuando ese perjuicio es causado al Patrimonio Público del Estado venezolano.

Al respecto ha manifestado reiteradamente la Doctrina de la Procuraduría General de la República (1977, 165), que en el caso de que el daño sea causado a un particular, también se requiere, para su procedencia, tres elementos esenciales, que son, en primer término, la culpa (comisión con intención por imprudencia o negligencia de un hecho generador de daño); en segundo lugar la existencia del daño y tercero la relación de causalidad entre la culpa (conducta culposa) y el daño.

Responsabilidad Civil del funcionario en sede Administrativa

Cabe hacer una especial mención sobre la figura del **Reparo,** el cual es una decisión producida por el Máximo Organismo de Control y demás órganos de control fiscal (sede administrativa no vía jurisdiccional), que tiene

por finalidad formular una tacha u observación por motivo de ilegalidad en relación con la administración de los dineros o bienes públicos.

Entonces, el Reparo es un medio especial a través del cual únicamente el ente fiscalizador determina **la responsabilidad civil de una persona** que aparece incursa, por su acción, omisión o hecho, en un daño o perjuicio en el patrimonio del órgano o servicio sometido a su fiscalización o control.

B. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Dentro del ordenamiento jurídico venezolano, se encuentran previstos distintos sistemas de control en relación con los actos de administración y disposición de los fondos y bienes públicos.

Entre esos controles, encontramos el **Control Fiscal**, el cual coexiste en el tiempo y en el espacio, sus funciones recaen fundamentalmente sobre los actos de administración hacendística y están a cargo de la Contraloría General de la República, las Contralorías Estadales y Municipales, y de los Órganos de Auditoría Interna (órganos de control fiscal) de los entes de la Administración Pública.

Es necesario señalar, que la Contraloría General de la República, denominada en forma genérica en otros países latinoamericanos como la Entidad Fiscalizadora Superior y agrupada en la Organización Latinoamericana de esas Entidades (OLACEFS), es el Máximo Órgano de Control Externo en Venezuela.

Este Órgano del Poder Ciudadano tiene rango Constitucional, debido que su existencia y funciones estaban previstas en los artículos 234 al 239 de la derogada Constitución de la República de Venezuela, e igualmente, en la actualidad se encuentran contempladas en los artículos 287 al 291 de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Inicialmente, las funciones y competencias del Máximo Organismo de Control, se encontraban reguladas en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, hasta el año 1975 en que se dictó su primera Ley.

El anterior texto legal rigió hasta el año 1984, cuando fue reformado por una ley de avanzada que incorporó las modernas y actualizadas doctrinas de control para la época; luego en 1995 fue dictada la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual permaneció en vigencia hasta el 2001 cuando se dictó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Entre las funciones o potestades encomendadas a ese Organismo de Control, se encuentra la de abrir, sustanciar y decidir los expedientes de las averiguaciones respectivas, con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que hubieren ha lugar, es decir, para realizar los procedimientos de averiguaciones administrativas tendentes a responsabilizar a los funcionarios o particulares que transgreda los tipos establecidos en ella, pero es menester señalar, que la apertura y decisión de esos procedimientos no sólo le compete a ella (C.G.R.), por cuanto los restantes órganos de control fiscal tienen igual competencia en el ámbito de aplicación de los entes y organismos a que estén incorporados (artículos 96 y 97).

El objetivo fundamental de los referidos procedimientos lo encontramos bien establecido en la Decisión de Sobreseimiento del Expediente Nº AA-97-005 instruido por la Contraloría Interna del Ministerio de Agricultura y Cría, actualmente Ministerio de Agricultura y Tierras (Gaceta Oficial Nº 5.300 Extraordinario del 29 de enero de 1999), donde textualmente se lee:

> "..El objetivo fundamental de las averiguaciones administrativas es el de comprobar la existencia de irregularidades en la administración, manejo o custodia de fondos o bienes públicos, lo que exige dos supuestos esenciales: que se trate de funcionarios públicos o particulares vinculados directamente a la gestión de fondos o bienes de las entidades controladas y que el hecho incriminable se haya producido con ocasión de dicha gestión...".

De la anterior transcripción se evidencia que para la procedencia de esos procedimientos, y consecuencialmente la declaratoria de una responsabilidad administrativa, se requiere la integración de tres (3) elementos: a) La existencia de indicios de irregularidades administrativas; b) El carácter público de los fondos o bienes respecto de los cuales se presume el hecho irregular; y c) La participación en el hecho de funcionarios públicos o de particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, custodia o manejo de dichos fondos o bienes.

Esos ***ilícitos o irregularidades administrativas,*** a los que se hace referencia en el primer supuesto, se encuentran establecidos taxativamente, en los artículo 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y los cuales según, Badell, De Gracia, Hernández, Badell, Quiroz y De Sosa (1999, 222), pueden ser:

> "*objetivos o simples,* en el sentido que bastará con el cumplimiento del supuesto de hecho tipificado, para que opere así la aplicabilidad de la sanción- y - .....Otros ilícitos, por el contrario, serán *subjetivos o complejos*, desde que, además de configurarse los supuestos de hecho tipificados se requiere el cumplimiento de otra condición adicional....".

De la aseveración que precede se infiere, que entre esas irregularidades existen unas que se configuran tan solo por la adecuación de ciertos hechos a ellas, y otras que requieren además de alguna condición adicional, como

por ejemplo la comprobación de un perjuicio patrimonial al Estado, requisito éste, que en forma preliminar se aclara, no es imprescindible para los supuestos de hecho objeto del presente estudio (relacionados con la Selección del Contratista).

Anotaciones sobre el nuevo Procedimiento de Determinación de Responsabilidades (Averiguaciones Administrativas)

Anteriormente, el procedimiento para investigar los ilícitos administrativos tendentes a sancionar a los responsables administrativamente, era único, estrictamente confidencial y de carácter reservado, en la actualidad se inician con un procedimiento preliminar de conformidad con la Potestad Investigativa que les otorga el artículo 77 de la Ley Orgánica que rige el funcionamiento del Supremo Órgano de Control.

Posteriormente, de existir fundados indicios de la existencia de un supuesto de hecho y de sus presuntos responsables, se inicia otro Procedimiento denominado Determinación de Responsabilidades, en el cual los órganos fiscalizadores, bien pueden Declarar la Responsabilidad Administrativa, formular Reparos o imponer Multas, siguiendo lo establecido en el Capítulo IV de la referida Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (2001) y en el Reglamento publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.169 del 29 de marzo de 2001, el

cual esta caracterizado por ser netamente administrativo, no contencioso, oral y público.

Los referidos procedimientos deben ser llevados con arreglo a los derechos-garantías del debido proceso, los cuales fueron constitucionalizados en su aplicación en sede administrativa, tal como bien lo explica la sentencia de fecha 17 de febrero de 2000, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se señaló que:

> "La doctrina comparada, al estudiar el contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado que se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado....El artículo 49 del Texto Fundamental vigente consagra que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales *y administrativas*, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos...".

Igualmente, dichos procedimientos, deben regirse por los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad establecidos en los artículos 49 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 30 de la Ley Orgánica de los Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial Nº 2.818 Extraordinario del 1º de julio de 1981).

Los referidos procedimientos pueden ser iniciados por tres (3) modos de proceder (artículos 96 de la Ley de Contraloría y 43 del Reglamento): por *Oficio*, cuando mediante una actuación del mismo órgano contralor, se infiera la existencia de ilícito administrativo, por ejemplo en una Auditoría; por *Denuncia de Particulares*, o a *Solicitud organismo o empleado público*, quienes están en el deber como servidores públicos de participar cualquier irregularidad administrativa que tengan conocimiento.

Entre los cambios más radicales experimentados por este nuevo procedimiento administrativo, encontramos que:

- En el **procedimiento preliminar se realizaran todas las actuaciones que consideren los órganos de control, a los fines de determinar los hallazgos,** los cuales deberán ser plasmados en un Informe Preliminar de Resultados de la Potestad Investigativa, que será notificado a todos aquellos ciudadanos que de una u otra manera pudiesen estar involucrados en los mismos, a los fines de no cercenarle el derecho a la defensa. Posteriormente, con todos los nuevos alegatos, de existir, se procederá a emitir el Informe definitivo de Resultados, donde se recomendará o bien el archivo de las actuaciones o la apertura del correspondiente Procedimiento de Determinación de Responsabilidades (art. 82).

- **En el auto de apertura del Procedimiento de Determinación de Responsabilidades, deberá indicarse los sujetos presuntamente responsables, los correspondientes medios probatorios y los hechos que comprometen su responsabilidad, siendo obligatoria su respectiva notificación**. Situación esta totalmente novedosa en virtud que anteriormente los Procedimientos de Averiguaciones Administrativas, de conformidad con la doctrina reiterada del Supremo Órgano de Control, eran iniciados a los fines de investigar hechos irregulares, los que posteriormente permitían descubrir los presuntos responsables de los mismos, pero en ningún momento se iniciaban en contra de persona alguna, lo cual establecía una clara diferencia con la responsabilidad civil y disciplinaria.

- Cuando a juicio del órgano de control fiscal que realiza una investigación o actuación de control existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas **a funcionarios de alto nivel de los entes y organismos a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9° de esta Ley, que se encuentren en ejercicio de sus cargos, deberán remitir inmediatamente el expediente a la Contraloría General de la**

República con el fin de que ésta, ...continúe la investigación, decida el archivo de las actuaciones realizadas o inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades...".

- Para la procedencia de esos procedimientos, y consecuencialmente la declaratoria de una responsabilidad administrativa, **se requiere la integración de tres (3) elementos**: a) La existencia de indicios de irregularidades administrativas; b) El carácter público de los fondos o bienes respecto de los cuales se presume el hecho irregular; y c) La participación en el hecho de funcionarios públicos o de particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, custodia o manejo de dichos fondos o bienes.

- Los órganos de control fiscal procederán a formular reparo cuando, en el curso de las auditorias, fiscalizaciones, inspecciones, exámenes de cuentas o investigaciones que realicen en ejercicio de sus funciones de control, detecten indicios de que se ha causado daño al patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9° de esta Ley, como consecuencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos

que comprenden el control interno, así como por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos.

- **Las pruebas**, en lo adelante y en forma contraria al pasado, **serán expresadas en un acto oral y público ante los órganos de control fiscal o** su delegatario y las mismas serán apreciadas según las reglas de la sana crítica.

- **Los titulares de los órganos de control fiscal decidirán** en forma oral y pública el mismo día o más tardar al día siguiente del anterior acto público, lo cual se hará constar por escrito en el respectivo expediente, en el término de cinco (5) días hábiles, y tendrá efecto de inmediato. Aquí, igualmente, se evidencian varias modificaciones, debido a que en la vigencia de la Ley de 1995, las decisiones de estos procedimientos era competencia de la máxima autoridad del ente u órgano respectivo, la etapa de sustanciación era de seis (6) meses prorrogables, y la etapa de decisión de tres (3) meses también prorrogables.

- **Dicha decisión actualmente agota la vía administrativa**, sin perjuicio de poder interponerse recurso de Reconsideración, antes de recurrir a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo,

dejando a salvo la procedencia del recurso de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 97 al 99 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De tal forma el recurso jerárquico fue totalmente eliminado, otorgándole mayores poderes a los titulares de los órganos contralores.

- Las posibles **consecuencias administrativas** de la declaratoria de una responsabilidad administrativa, debe señalarse que las mismas fueron modificadas sustancialmente, la **Pecuniaria** (de una multa de doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbano a una de cien (100) a un mil (1000) unidades tributarias), la **Disciplinaria** (de la destitución inmediata del cargo a la suspensión o destitución del mismo) y la **Accesoria de Inhabilitación** (de por un período no mayor de tres (3) años a uno por un máximo de quince (15) años).

- El titular del órgano de control fiscal que practique la investigación **podrá solicitar la suspensión en el ejercicio del cargo** de cualquier funcionario sometido a un procedimiento de determinación de responsabilidades, facultad que anteriormente solo detentaba el Contralor General de la República.

- Estos procedimientos administrativos **no impide el ejercicio inmediato de las acciones civiles y penales** a que hubiere lugar ante los Tribunales competentes y los procesos seguirán su curso, sin que pueda alegarse excepción alguna por la falta de cumplimiento de requisitos o formalidades exigidos por esta Ley.

- **La prescripción de las acciones administrativas** sancionatorias y resarcitorias derivadas de la Ley de Contraloría, **es en el término de cinco (5) años**, salvo lo dispuesto en leyes especiales, el cual se comenzará a contar desde la fecha de la ocurrencia de los hechos o desde la fecha en la cesación del ejercicio del cargo que ejercía para ese momento el funcionario público presuntamente involucrado.

C. RESUMEN COMPARATIVO

El siguiente cuadro tiene por objetivo facilitar la determinación de las diferencias existentes entre la Responsabilidad denominada Civil o Administrativa del Estado y las Responsabilidades Civil y Administrativa de los funcionarios, en virtud de la tendencia de confundir las mismas en su denominación, conceptualización y tratamiento.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O CIVIL DEL ESTADO	RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS	RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS
Originada por los daños y perjuicios que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones (dolo o culpa) al patrimonio de un particular.	Originada por la adecuación de la conducta de un funcionario hacendístico a uno de los ilícitos administrativos (artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema nacional de Control Fiscal).	Originada por el daño de orden patrimonial causado por la acción u omisión de un funcionario público, en ejercicio de sus funciones.
Requiere del daño o perjuicio patrimonial de un particular.	No requiere necesariamente de daño patrimonial a la Adm.	Requiere de daño al patrimonio de un tercero o de la propia Adm.
Es determinada mediante un proceso contencioso, por lo tanto es regulado por las Leyes Orgánicas de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República.	Es determinada mediante un procedimiento administrativo, denominado Averiguaciones Administrativas, establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría y tramitado por los Órganos Contralores, en sede administrativa.	Una es determinada en sede jurisdiccional, y los encargados de solicitarla es el Ministerio Público o el particular afectado. La otra, el Reparo, es tramitado en sede administrativa, por los órganos de control fiscal)
Los tipos son: Sin Falta o Por Falta (funcionamiento anormal). Puede coexistir con la responsabilidad civil del funcionario público.	Puede coexistir con la responsabilidad civil, disciplinaria y penal de los funcionarios públicos.	Puede coexistir con la responsabilidad administrativa, disciplinaria y penal de los funcionarios públicos y con la responsabilidad administrativa del Estado.
Consecuencias: El resarcimiento del daño o perjuicio y repetición sobre el funcionario agente, de ser procedente.	Consecuencias: Sanción Pecuniaria (multa), Sanción Disciplinaria (destitución o suspensión) y demás sanciones accesorias.	Consecuencias: Resarcimiento del daño causado.

CAPITULO IV

PROBLEMÁTICA INTERPRETATIVA DEL REGIMEN SANCIONATORIO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

A. FACTIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS POR ACTUACIONES ILEGALES EN MATERIA DE DECISIONES EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

1. Responsabilidad Civil de los funcionarios por daños causados a particulares, por Actos Administrativos llegales

"...A consecuencia de la múltiple actividad que realizan los entes estatales, suelen originarse daños que deben ser indemnizados. Esto lleva a examinar las normas que regulan la responsabilidad por actos o hechos administrativos..." (Sayagues. 1974, 38).

Esa responsabilidad del Estado por los daños o perjuicios ocasionados a los particulares por funcionamiento anormal de la Administración Pública,

actualmente, esta configurado como un régimen resarcitorio que ocupa un lugar relevante en todos los sistemas mundiales, y ha sido estudiada y analizada permanentemente, por cuanto la doctrina comparada y las distintas legislaciones no son uniformes. Varían desde la irresponsabilidad absoluta del Estado, en razón de su condición de persona moral, por lo que la responsabilidad recae directamente sobre los funcionarios que realizan los actos, hasta el extremo opuesto, que responsabiliza únicamente al Estado frente a las víctimas

Los órganos públicos en el desenvolvimiento o ejercicio de sus funciones administrativas, ya sea por actos jurídicos o por hechos, se le suscitan más problemas e inconvenientes con los intereses de los particulares, originando perjuicios que motivan reclamaciones de aquellos afectados, por tanto

> "...La falta que afecta a un acto administrativo es susceptible de constituir una falta que implique la responsabilidad administrativa...En efecto en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia francesa han demostrado que todos -esos- actos administrativos (sean de efectos generales como de efectos particulares/ sean dictados en cualquier materia) que estén viciados de nulidad son constitutivos de falta o funcionamiento anormal, y esto es independiente del tipo de vicio (nulidad absoluta o relativa/ ilegalidad interna o externa/ vicios en los elementos subjetivo, causal, teleológico, formal...) que afecta al acto, pues tal como afirma el profesos francés M. Paillet, "actualmente todos los vicios de ilegalidad de los actos administrativos son susceptibles de ser constitutivos de una falta de servicio" (Ortiz –Alvarez, 1995, 314 y 315).

Esta responsabilidad por acto o hecho administrativo es la primera que aparece en derecho público con caracteres definidos y propios, y usualmente debido a la estrecha vinculación se estudia conjuntamente con la responsabilidad personal de los funcionarios públicos de los cuales emanan aquellos.

El viejo dogma de la irresponsabilidad estatal, predominante desde tiempos remoto, ha ido cediendo poco a poco para darle paso a la perfeccionalización de los principios de responsabilidad civil aplicados en la actividad administrativa.

Es importante destacar que la doctrina de este tipo de responsabilidad, guarda alguna semejanza con la teoría de las irregularidades de los actos administrativos, aunque no total, por cuanto no siempre que medie ilegalidad surge obligación de reparar y a veces existe obligación de indemnizar sin que pueda imputarse a la administración ilegalidad alguna, en virtud de ello es propicio asentar la disconformidad con el criterio, el cual actualmente ha variado, adoptado el 25 de enero de 1996 por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el *caso Figueroa López*, donde textualmente se decide que:

> "...Por tanto, ni siquiera en este caso puede ser dable que prospere una demanda autónoma de indemnización por daños

> y perjuicios causados por un acto administrativo ilícito sin que previamente haya sido o bien revocado por la Administración por considerarlo ilícito o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa...".

Expuesto lo anterior, ahora nos surge la primera interrogante relacionada con a quien recaerá la responsabilidad civil derivada de la acción administrativa, si debe responder la administración directamente, el funcionario con su patrimonio o coexistir ambas responsabilidades, pero la respuesta aún no es uniforme en todos los sistemas del derecho moderno.

Legislación comparada

Luego de la lectura de diferentes textos relacionados con la materia, donde se plasman las distintas tendencias mundiales en cuanto a quien debe responderle a la víctima por los daños ocasionados, se realizó una breve síntesis de las principales orientaciones, las cuales conoceremos a continuación:

En España y Perú, por ejemplo, predomina la responsabilidad proyectada directamente sobre el funcionario, el cual responde directamente con sus bienes frente al particular lesionado.

Otros países (Brasil) contemplan en primer lugar la responsabilidad directa de la administración, quien debe reparar los perjuicios ocasionado por su actividad, no la de los funcionarios.

Algunos regímenes prescriben la responsabilidad solidaria de la administración y sus funcionarios, como es el caso del italiano.

Ciertas legislaciones (como la Francesa y la Uruguaya) establecen la responsabilidad directa de la administración en algunos casos y la personal de los funcionarios en otras, sin perjuicio de la coexistencia de ambas responsabilidades en determinadas situaciones.

Vale comentar la posición que desde algún tiempo sostiene el Derecho Mexicano, con respecto a este particular, para lo cual se transcribe lo expuesto por el autor Serra (1977, 594):

> "...Hoy la doctrina y la legislación van abandonando la idea de una responsabilidad indirecta. No es una relación jurídica de representación la que liga a la administración pública con sus funcionarios. No son éstos unos extraños a la administración, sino que forman parte de la misma como órganos. La doctrina orgánica ha prestado una ayuda inapreciable en ese aspecto. La Corporación es una persona colectiva real, capaz no sólo de derechos, sino también de voluntad y de acción. El querer y el obrar de una corporación aparecen como una actividad vital de una persona inmanente a la comunidad, que sólo se manifiesta efectivamente en el campo del derecho mediante la actuación del órgano externo llamado a ello por el derecho. En caso de que esto ocurra, es la persona colectiva misma la que quiere y obra mediante órganos...".

En nuestro ordenamiento desde la antigüedad, ha prevalecido el criterio de la responsabilidad directa del Estado, desarrollado por vía jurisprudencial, hasta la derogada Constitución de 1961, la cual adoptó el sistema de distribución de estas responsabilidades, criterio éste que no fue variado en nuestra actual Constitución Bolivariana y ha sido desarrollado por la jurisprudencia venezolana.

En cuanto a esa distribución de responsabilidad debemos analizar cuando puede separarse la Falta Personal de la Falta de Servicio, para lo cual debemos, primeramente acudir a la célebre fórmula del jurista Laferriére, citado por Ortiz-Alvarez (1995,344): "hay falta de servicio sí el acto dañoso es impersonal, si tal acto muestra a un administrador más o menos sujeto a error", en cambio la falta personal muestra "al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias".

Entonces, según la anterior fórmula de la separabilidad de la falta del funcionario con su función, si la falta es separable o es extra-funcional, es una falta personal, por tanto es responsable el funcionario, y si por el contrario no puede separarse de la función pues será una falta de servicio pura, siendo totalmente irresponsable aquel, pero en la realidad además de existir las Faltas Puramente Funcionales y las Faltas Puramente Personales, también coexisten las Faltas Personales Impuras.

Aquí entran en juego tres elementos principales, ya que de su combinación conoceremos la densidad o lazo funcional, identificaremos ante que tipo de esas faltas estamos en presencia y además resolveremos el conflicto de la distribución de las cargas indemnizatorias, a saber:

Elemento o Lazo Circunstancial: El cual nos permite conocer si el funcionario estaba o no en servicio, es decir si la falta se produjo durante el ejercicio de sus funciones.

Elemento o Lazo Instrumental: Este determina si los medios empleados por el funcionario fueron del servicio o personales (materiales o no).

Elemento o Lazo Teleológico: Por medio del cual sabremos si el funcionario actuó para las necesidades del servicio o para fines personales.

Determinados los anteriores elementos pasaremos a definir los mencionados tipos de Faltas:

Las **Faltas Puramente Funcionales o Faltas de Servicio Puras,** se configuran cuando estamos en presencia de los tres (3) elementos señalados, o sea, cuando dichos errores sean cometidos por los funcionarios no separadamente de su función, y por lo tanto es el servicio el responsable únicamente.

Las **Faltas Puramente Personales**, son posibles cuando existe solo uno (1) de esos elementos o ninguno, caso en los cuales esas faltas cometidas por los funcionarios son extra-funcionales o separables y además están totalmente desconectadas de su función pública, y por eso sólo responden ellos (agentes), no la administración. Un ejemplo de estas faltas la encontramos cuando un funcionario en su vida privada causa un daño patrimonial a otro, por lo tanto la jurisdicción competente en este caso no sería la contenciosa sino la civil.

En las **Faltas Personales Impuras,** hay ausencia de uno de aquellos elementos, pero existen dos (2), por lo que esas faltas si bien pueden separarse del servicio no pueden desconectarse totalmente de éste, sea porque, esas ocurren conjuntamente con una falta de servicio pura, o por configurar al mismo tiempo una falta de servicio al ser cometidas durante el servicio, o bien porque si ocurren fuera del servicio las mismas no están desprovistas de nexos con aquel.

En todos estos casos la Administración es responsable directamente frente a la víctima, pero ella también puede accionar contra el funcionario si así lo decide. Como ejemplo claro de este tipo de falta tenemos, las violencias y torturas cometidas por los funcionarios policiales en ejercicio de sus funciones, las cuales siempre implican un exceso en el servicio, pues

están prohibidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dilucidado si quien debe responder es directamente la administración o personalmente el funcionario, deben establecerse en que caso es que surge esta responsabilidad, por cuanto tampoco la doctrina, el derecho positivo comparado ni la jurisprudencia son uniformes al respecto.

Por lo tanto debe acudirse a fundamentos muy variados para determinar cuando se debe reparar, el principio de la igualdad de los ciudadanos antes las cargas públicas, del cual se deduce el derecho a reparación del particular que se encuentre excepcional e injustamente afectado por la actividad administrativa; el concepto de falta de servicio, que permite justificar la indemnización cuando el servicio administrativo ha funcionado irregularmente; el enriquecimiento sin causa, como principio general del derecho, pero con caracteres propios en el derecho público; el criterio objetivo del riesgo, ajeno a toda idea de culpa o ilegalidad, etc.

Pero en todo caso para surgir la obligación de indemnizar es indispensable que el reclamante haya sido afectado patrimonialmente, y al menos que la administración reconozca su responsabilidad y lo indemnice, es la vía contenciosa la encargada de dilucidar la obligación de reparar y el

monto de la indemnización. Es decir que son los tribunales en materia de lo contencioso administrativo, como se explicó anteriormente, los facultados para conocer de las referidas **Faltas de Servicio Puras y Faltas Personales Impuras**.

En cuanto a las **Faltas Personales Puras**, como se asentó anteriormente, serán conocidas y decididas por los Tribunales Civiles Ordinarios ante quienes deberán intentarse las demandas directamente en contra de los funcionarios, como bien lo expone la parte accionante en la Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. CASO: Carmen Hernández v/s Dalila Martínez (20 de febrero de 1997):

> "Es a la ciudadana Dalila ... a quien le estamos estableciendo una responsabilidad civil por el daño causado...en el ejercicio ilegal de su cargo, por el abuso cometido...Por tanto...no podemos confundir la naturaleza de las personas y con ello pretender excepcionarse de su responsabilidad...dado que por tratarse de una materia civil: daños y perjuicios, causados por una persona natural, es a este tribunal a quien le compete conocer de la causa...puesto la doctrina y la jurisprudencia han sido constante en diferenciar la responsabilidad de la Administración Pública de la correspondiente a los funcionarios en el ejercicio de sus cargos...".

Para concluir este capítulo, es imprescindible señalar que cuando solidariamente es responsable tanto el Estado o la Administración y el

funcionario personalmente, el particular lesionado puede dirigirse contra cualquiera de ellos.

Sin embargo, el cúmulo de responsabilidades no debe establecerse en forma absoluta y, por tanto, aunque la Administración responda pecuniariamente por los daños causados por dolo del funcionario, éste tendrá también una responsabilidad y, como consecuencia, aquella (la Administración) podrá repetir de él lo pagado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.195 del Código Civil, el cual dispone:

> "Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado.
> Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por parte iguales".

Del texto del anterior artículo, se desprende que al existir solidaridad de responsabilidades, el que ha pagado totalmente el daño, tiene acción contra el coobligado por una parte que fijará el juez, según la gravedad de la falta, por tanto si ésta es completamente atribuible al funcionario por su dolo, la Administración tendrá acción por la totalidad de lo pagado.

En caso contrario, si ha sido el funcionario público el que ha indemnizado totalmente, no tendrá acción contra su coobligado que es la Administración, por ser de él la totalidad de la falta, esto opera a nuestro criterio solamente en los casos de dolo del funcionario en el ejercicio de sus funciones, no en los demás casos, en donde ciertamente pudiesen repartirse el monto pagado.

Finalmente, con relación a este punto, Brewer (1997, 288), tiene un criterio particular, el cual es el siguiente:

> "...en el sistema venezolano, creemos que no puede darse el supuesto de la acumulación de culpas, entre la culpa del funcionario imputada a la Administración y la culpa del funcionario imputada a él mismo, y ello, porque la segunda, hemos dicho para que entre en juego tiene que haber sido realizada con independencia total del Servicio Público o del ejercicio de sus funciones públicas. Este supuesto, en cambio, sí puede darse en sistemas como el francés, que distinguen netamente entre la "culpa del Servicio" y la "culpa del funcionario"...".

2. Responsabilidad civil por actuaciones ilegales en materia de decisiones de selección del contratista

A continuación, luego de definidos y diferenciados los tres tipos de responsabilidades: la administrativa del Estado, la administrativa de los funcionarios públicos y la civil de esos mismos funcionarios, entramos al

punto álgido del presente estudio, relacionado con el hecho de si un funcionario encargado de decidir un procedimiento de selección del contratista, como sería el caso del encargado de adjudicar la buena pro, no lo hiciera conforme a la ley y sus actos hayan causado un perjuicio patrimonial a un tercero, quien respondería, la Administración directamente o él personalmente, además en que momento se pudiese decir que un acto administrativo acarrea un perjuicio patrimonial, cual sería el procedimiento a seguir, y las posibles consecuencias jurídicas.

Como punto previo, debemos destacar que los procedimientos de averiguaciones administrativas, son netamente administrativos, por lo cual son regidos, como lo vimos anteriormente, por todos los principios administrativos, y por el hecho de ser llevados por la Administración, se encuentran sometidos a todas las prerrogativas y capacidades de ésta, es decir, por las potestades que le otorga la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Entre esas Potestades encontramos la de autotutela, la cual se refiere a la capacidad de la Administración Pública de revisar y corregir sus propios actos administrativos, sin que exista la necesidad de acudir a la vía judicial.

En virtud de esa prerrogativa es fácil entender, que todos los actos administrativos pueden ser revisados y corregidos por la Administración, sin necesidad de ser impugnados directamente en la vía contenciosa administrativa.

Por otra parte es importante señalar, que para causar un daño patrimonial un funcionario público con ocasión a estos procedimientos, debe ser mediante un acto administrativo definitivo que lesione a la víctima patrimonialmente, y que ese daño sea materializado para poder optar a la indemnización correspondiente, todo esto para establecer, que un simple vicio de forma no esencial puede ser simple y válidamente convalidado, por lo cual no producirá daño, y por tanto, únicamente un Acto Decisorio Ilegal No Procedimental, puede llegar a ocasionar Responsabilidad Civil tanto para la Administración como para el funcionario del cual emane el mismo.

A los fines de establecer alguna situación que pudiese configurar una falta acarreadora de este tipo de responsabilidad, en los procedimientos de selección del contratista, a continuación se ejemplifica:

Anteriormente conocimos que los referidos procedimientos son llevados a cabo por las Comisiones de Licitación y decididos por las máximas autoridades jerárquicas de cada organismo u entes, también sabemos que el

otorgamiento de la Buena Pro a uno de los oferentes le crea tanto derechos como responsabilidades, y por lo tanto cualquier otro de los ofertantes pudiese considerar que fueron de algún modo lesionados sus derechos al no ser él el ganador del procedimiento en cuestión o al verse infringido el procedimiento correspondiente, con lo cual además se le ha causado un perjuicio patrimonial, entonces interpone en contra de ese Acto Administrativo los recursos jurisdiccionales en el contencioso administrativo, y al quedar firme el error o la violación, por lo cual se declara nulo por ilegalidad, se ordena abrir otro donde el mencionado supuesto agraviado puede volver a participar.

Dadas estas situaciones, el lesionado reclama los daños y perjuicios ocasionados en la Jurisdicción Contenciosa, en contra de quien se debe ejercer tal reclamación o mejor dicho quien es el encargado de resarcir el daño ocasionado aquel, el funcionario que instruyó el procedimiento licitatorio, el cual en la praxis es la Comisión de Licitación o la Máxima Autoridad Jerárquica quien otorgó la Buena Pro, o el Organismo u ente directamente (Administración).

Bien es conocido que la Administración no es más que un ente abstracto, organizado jurídicamente en personas jurídicas o morales, la cual funciona

realmente por medio de personas naturales, es decir, a través de sus agentes o funcionarios.

También se explicó anteriormente, que cuando los funcionarios cometen alguna falta no separable de su función estamos en presencia de una falta o funcionamiento anormal del servicio o Administración, y por tanto aquellos no son responsables de los daños sufridos. En caso contrario cuando dichos errores o faltas sean cometidos fuera o dentro del servicio pero puedan separarse del ejercicio de su función, si serán responsables patrimonialmente por esos daños ocasionados.

Esas faltas separables de la función encomendada por el funcionario pueden ser puras o impuras, en el primer caso son aquellas completamente desconectadas del servicio, siendo él el único responsable y no la Administración, y las impuras configuradas cuando la falta personal al mismo tiempo es una falta de servicio, cuando se combinan la falta personal en la producción del daño con una diferente falta de servicio, o al no estar la falta personal totalmente desprovista de todo lazo con el servicio, casos en los cuales pudiesen ser tanto el funcionario como la Administración responsables solidariamente.

En estos casos usualmente, por esa falta de servicio impuras la Administración debe responderle a la víctima, pero debe ejercer una acción de repetición contra el funcionario igualmente responsable, pues el hecho de no hacerlo, le causa un perjuicio al patrimonio de ese ente u organismo público, y a la vez convierte a aquel funcionario encargado de esa reclamación en **responsable en lo administrativo**, sancionado por el numeral 19 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría:

> "Dejar prescribir o permitir que desmejoren acciones o derechos de los entes u organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente..."

Pero en el caso que nos ocupa, los funcionarios responsables de ilegalmente otorgar la Buena Pro en un procedimiento, primero, lo realiza inseparablemente del servicio, con los instrumentos de éste y sólo en los casos de faltas inexcusables o particularmente grave, por las llamadas *insuficiencias intelectuales*, pudiesen ser responsables civilmente por su actuación o abstención ilícitas, aún cuando la Administración continúa igualmente siéndolo.

Sobre esas insuficiencias intelectuales, expresa Ortíz-Alvarez (1995, 611 y 612):

"...cuando tales insuficiencias de los funcionarios - especialmente en lo que toca a los comportamientos materiales y a las abstenciones- son groseras, muy graves o inexcusables. las cuales ni un funcionario mediocre hubiera cometido- ellas se desdoblan también en una falta personal por la cual el funcionario será eventualmente responsable- frente a la víctima o, en regreso, frente a la Administración solidariamente responsable.- Se trata pues, de supuestos donde hay una "falta de extrema gravedad" (Laubadére, Vénézia, Gaudemet), o, si se quiere, "falta profesional caracterizada o inexcusable" (Moreau)...".

Por todo lo anteriormente expuesto, es menester concluir que, únicamente un acto decisorio ilegal no procedimental, dictado en ocasión de un procedimiento de licitaciones, puede llegar a ocasionar responsabilidad civil tanto para la Administración como para el funcionario del cual emane el mismo (máxima autoridad jerárquica del organismo).

La anterior situación comúnmente no llega a establecerse, debido a lo difícil de suscitarse o comprobarse la extrema negligencia en la falta de ilegalidad o intensiones personales maliciosas del funcionario, necesaria para poderse responsabilizar directamente a éste, por tanto en la mayoría de los casos es la Administración quien responde por sus Actuaciones Ilegales en Materia de Decisiones de dichos procedimientos.

B- INTERPRETACIÓN ANALÍTICA DE LAS SANCIONES A APLICAR EN CASO DE TRANSGRESIÓN DEL NUEVO ILÍCITO DE CONTRALORÍA RELACIONADO CON LAS SELECCIONES DE CONTRATISTAS

1. Consecuencias jurídicas de la transgresión de los procedimientos de Selección del Contratista

Antes de indicarse cuáles son las posibles consecuencias administrativas de las irregularidades o transgresiones de los procedimientos establecidos en la Ley de Licitaciones, es necesario definir el término de sanciones de acuerdo al régimen administrativo, lo cual no es otra cosa que "...un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa..." (García de Enterría y Fernández, 1995, 163).

La anterior definición explica claramente, que las sanciones administrativas se basan en la imposición por parte de la Administración Pública, de ciertas circunstancias represivas, que por lo general se traducen en la obligación del responsable de una irregularidad o de un ilícito administrativo, de cancelar una multa, sin la imposibilidad de la aplicación de

otras consecuencias accesorias, que nunca podrían llegar a ocasionar un arresto personal, como sucedía en la antigüedad.

Las referidas infracciones o transgresiones le pueden acarrear a los funcionarios o empleados encargados de llevar a cabo los procedimientos licitatorios, dos tipos de sanciones administrativas, la primera, originada por la violación o ilicitudes directas de los procedimientos licitatorios, impuesta por el titular del Supremo Órgano de Control, y la segunda, como consecuencia del establecimiento de la responsabilidad administrativa por parte de los órganos contralores del Estado.

Sanciones establecidas en la Ley de Licitaciones

La Ley de Licitaciones vigente establece de una manera más clara y precisa las diferentes irregularidades que se podrían cometer a lo largo de estos procedimientos de selección del contratista, y consecuencialmente su posible sanción.

En tal sentido, dispone la obligación del ente u órgano contratante de declarar la nulidad del acto, cuando en el otorgamiento de la buena pro o cualquier otro acto dictado en ejecución de ella, se hubiese producido con base a datos falsos, en forma irregular o viciada (artículo 112).

Igualmente, el ente u órgano deberá declarar la nulidad de los contratos regidos por la ley en comento, en los casos que se declare nula la buena pro por la que se hubiere otorgado; que en cuya celebración no se haya seguido el correspondiente procedimiento, o cuando su contenido se parte sustancialmente de las condiciones establecidas en los respectivos pliegos de licitación y en la oferta beneficiaria de la buena pro (artículo 113).

Con relación a estas nulidades, es necesario exponer sus efectos, los cuales bien explica el argentino Dromi (1995, 618);

> "...La nulidad, en tanto quita todo efecto al acto viciado, produce efectos retroactivos (ex-tunc) y vuelve las cosas al estado que se encontraban antes del acto o contrato inválido...Por lo tanto, las partes no podrían invocar sus estipulaciones y quedan liberadas de sus obligaciones contractuales....El contrato viciado de nulidad no es susceptible de ser saneado...".

De la anterior transcripción se deduce, que los actos y contratos declarados nulos por el ente u órgano contratante, surtirán efecto hacia el pasado y no podrán ser corregidos, es decir, nunca existieron, motivo por el cual se deberá realizar un nuevo procedimiento.

En virtud de ello, debe establecerse que en esta materia se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos y

habida cuenta que el contrato crea derechos subjetivos para el co-contratante, preciso es concluir que su ilegalidad sólo puede declararse, en sede administrativa, ***cuando el vicio que afecte la contratación sea de nulidad absoluta***, tal como se desprende de la interpretación concatenada de los artículos 19, numeral 2°, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y como lo establecen las causales del artículo 113 de la Ley de Licitaciones (nulidad de la buena pro -el contrato queda sin causa o mejor dicho decaimiento de la misma-, ausencia de procedimiento y alteraciones en las reglas del concurso), por lo que al dejar de existir uno de los elementos necesarios para la validez de la contratación (la voluntad de la Administración viciada), deja de existir el contrato mismo.

Otras de las sanciones previstas dirigidas a las personas jurídicas quienes violen los procedimientos y demás obligaciones que impone la Ley de Licitaciones, será la suspensión del Registro Nacional de Contratistas (115 y 116).

En cuanto a los funcionarios involucrados en dichos procedimientos, punto éste de Interés en la presente investigación, serán sancionados de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Licitaciones, con la sanción pecuniaria de cien hasta mil unidades tributarias (100 -1000 U.T.), cuando:

"...1. Procedan a contratar por adjudicación directa o licitación selectiva en violación de lo dispuesto en el presente Decreto Ley y su Reglamento.
2. Acuerden o nieguen de manera injustificada la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, o incumplan los plazos establecidos para ello.
3. Nieguen injustificadamente a los participantes, el acceso al expediente de licitación o a parte de su contenido.
4. Omitan suministrar dentro de los plazos establecidos en el presente Decreto Ley, al Servicio Nacional de Contrataciones, la información a que estén obligados de conformidad con el presente Decreto Ley y su Reglamento.
5. Cuando la máxima autoridad administrativa del ente contratante se abstenga injustificadamente de declarar la nulidad del acto o del contrato, cuando concurran las circunstancias a que se refieren los artículos 112 y 113 del presente Decreto Ley".

Finalmente, con relación a las irregularidades que pudiesen presentarse en los procedimientos en estudio, es importante observar dos situaciones:

Hasta la entrada en vigencia de la última reforma de la Ley de Licitaciones (2001), existía la posibilidad de fraccionar los contratos, de conformidad con el derogado artículo 34 de la Ley de 2000, es decir, de dividir en varios contratos una misma obra, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, siempre y cuando, para determinar el procedimiento de escogencia del contratista, se considerara el monto total de la obra suministro o servicio.

Dicho fraccionamiento solamente era permitido en casos excepcionales y por causas debidamente justificadas, por ello se exigía que la máxima autoridad administrativa del ente u órgano licitante dictara un acto motivado en el cual justificara tal actuación, cumpliendo los criterios establecidos en el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Licitaciones.

La precedente explicación se fundamenta, en que si bien es cierto que el dividir los contratos ya no es permitido, el fraccionamiento de la buena pro en los casos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, continúa siéndolo según el artículo 90 de la vigente Ley de Licitaciones, lo que se traduce a su vez en el fraccionamiento del contrato. En este supuesto, y a diferencia del anterior, no se realiza un procedimiento para una contratación fraccionada, sino que ésta – la contratación fraccionada- es la consecuencia del otorgamiento proporcional de la buena pro.

Ciertamente, en este supuesto entre varias ofertas igualmente ventajosas, tomando en cuenta la naturaleza y características de la contratación a celebrar, puede fraccionarse el contrato, siempre y cuando esta posibilidad se haya establecido en el pliego de condiciones y se cumpla con lo allí previsto a tales efectos, situación de la cual ha opinado la Contraloría General de la República no es irregular per se, pues sólo lo será en la

medida en que no se atenga a las disposiciones legales y reglamentarias señaladas.

En tal sentido, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de mayo de 1995, consideró que:

> "... constituye un caso de fraccionamiento aquel en el cual se ha dividido en varias compras la adquisición de bienes por parte de un ente público, con la finalidad de eludir las reglas aplicables a este tipo de operaciones. En ese contexto, ocurre esa violación a los principios de control que norman el régimen de adquisiciones, cuando mediante la emisión de varias órdenes de compra es fraccionado el programa de adquisiciones de una entidad pública para la compra de un determinado bien o producto suministrado por el mismo proveedor y en fechas correlativas, *sin que exista razón suficiente para que la operación se hubiese efectuado de una sola vez...*".

Podemos concluir entonces que el fraccionamiento del contrato era legal (pues actualmente es ilegal por no contemplarlo como permitido la Ley de Licitaciones vigente) y el fraccionamiento de la buena pro es legal, cuando el ente contratante se atenía o se atiene a las disposiciones legales y reglamentarias que hemos señalado. Por el contrario será ilegal cuando tenga por objeto eludir la aplicación de la Ley de Licitaciones. Por ello, para determinar si el fraccionamiento de la buena pro es contrario a la Ley debe atenderse, principalmente, a la intención dolosa de los funcionarios dirigida a evitar la aplicación de la Ley de Licitaciones, lo cual traerá como

consecuencia la nulidad de los contratos, y las diferentes sanciones aplicables a los funcionarios involucrados.

Sanciones derivadas del nuevo ilícito de Contraloría

El ilícito administrativo relacionado con la selección del contratista se encuentra establecido actualmente en el numeral 1 del artículo 91 de la citada Ley de la Contraloría General de la República, el cual evidentemente cambia el sentido e interpretación que se le venía dando al derogado numeral 1 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1995), motivo por el cual de seguida se transcriben dichas normas legales:

> **Artículo 91 numeral 1**: "La adquisición de bienes o la contratación de obras y servicios, **con inobservancia total o parcial del procedimiento de selección de contratistas que corresponda, en cada caso, según lo previsto en la Ley de Licitaciones o en la normativa aplicable".**
>
> **Artículo 113 numeral 1 (derogado)**: "La adquisición de bienes y la contratación de obras y servicios, **con prescindencia de los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones, en la normativa aplicable, o a precios significativamente superiores a los del mercado, sin la debida justificación, cuando se trate de operaciones no sujetas a licitación**".

En la anterior transcripción se observa que **la acción material** de los

tipos en análisis no varió, y se encuentra en los verbos: adquirir y contratar, acompañados de los sustantivos: bienes, contratos de obras y servicios.

En cuanto al **elemento subjetivo**, vale señalar que el sujeto activo de este ilícito puede ser además del funcionario público, cualquier particular, que tenga a su cargo o intervenga de cualquier forma en la administración, manejo o custodia de fondos o bienes públicos de las entidades sujetas al Máximo Organismo Contralor, y que en algún momento adquieran bienes y contraten obras y servicios, con prescindencia a los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones, en la normativa legal aplicable con carácter preferente de aquella, sin importar que dichas personas hayan cesado en sus funciones, en un período no mayor a cinco (5) años.

El único sujeto pasivo del ilícito en estudio es la Administración Pública, a través de sus diferentes organismos y entes expresamente establecidos en el artículo 2 de la Ley de Licitaciones.

El objeto material sobre el cual recaen estas conductas irregulares, está constituido por todos los fondos públicos relacionados con los bienes, las obras y los servicios que hayan sido adquiridos o contratados, en contravención con el ilícito analizado.

Con relación al número de **supuestos de hecho** que lo integran, se evidencia que el nuevo ilícito se encuentra dividido en dos (2) tipos, y elimina "La adquisición de bienes y la contratación de obras y servicios a precios significativamente superiores a los del mercado, sin la debida justificación, cuando se trate de operaciones no sujetas a licitación -Adjudicación Directa-" (última parte del artículo 113, numeral 1 de la Ley derogada). Los dos tipos actuales son los siguientes:

- La adquisición de bienes y la contratación de obras y servicios con **inobservancia total o parcial del procedimiento** de selección de contratistas que corresponda, en cada caso**, según lo previsto en la Ley de Licitaciones.**
- La adquisición de bienes y la contratación de obras y servicios con **inobservancia total o parcial del procedimiento** de selección de contratistas **que corresponda en la normativa aplicable.**

Es de hacer notar, que en los derogados supuestos, se señalaba una condición muy específica, *"con prescindencia"*, término éste que según el Diccionario de la Real Academia Española (1970), significa: *"Acción o efecto de prescindir", PRESCINDIR: "Hacer abstracción de una persona o cosa. Pasarla en silencio. Omitirla, abstenerse, privarse de ella, evitarla" (p. 1963).*

Al aplicarle el principio interpretativo contenido en el artículo 4 del Código Civil Venezolano, a los conceptos anteriores, entendemos que la prescindencia de los procedimientos previstos en la Ley de Licitaciones y en la normativa legal aplicable con carácter preferente (es decir, aquellos contemplados en otros instrumentos normativos que regulan la selección de contratistas y que sean de aplicación preferente a ese texto legal, claro esta, con las variaciones del caso, como lo sería una Ordenanza Municipal), quería significar en el tipo analizado, abstención de utilizarlos o falta de aplicación, es decir, ***total omisión de esos procedimientos antes señalados*** (Castro, 2000,80).

Igualmente, vale aclarar que cuando aquella norma del numeral 1 del artículo 113 de la Ley de la Contraloría General de la República, nos señalaba *la prescindencia de esos procedimientos* nos hablaba de las formas de escogencia del contratista en general, no de la omisión o infracción de alguna de sus normas reguladoras, como bien lo ha expuesto el Máximo Organismo Contralor, en la decisión de fecha 16 de julio de 1998, emanada de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de Entidades Autónomas, publicada en la Gaceta Oficial Nº 5.258 Extraordinario del 3 de septiembre de ese mismo año:

"...se aprecia que se realizó un proceso de selección de contratistas, aunque no se haya cumplido con todas las

> formalidades de Licitación Pública. Así se observa que otras empresas presentaron diferentes opciones de ofertas ... siendo analizadas las propuestas presentadas y se escogió mediante acto motivado a la oferta que se consideró más ventajosa... En virtud de ello, la selección del contratista no se realizó con ***prescindencia total del procedimiento de licitación***, y en consecuencia no se configuró el hecho irregular objeto de la presente averiguación, establecido en el numeral 1 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría...".

La anterior situación varió con la tipificación del nuevo ilícito administrativo, debido a que actualmente no se necesita la prescindencia total de un procedimiento de selección del contratista, ***sino por el contrario la inobservancia total y también la parcial son constitutivas del mismo,*** por tanto la diferenciación que hacía la doctrina es irrelevante, puesto cualquier inobservancia parcial que pudiese ser interpretada como un vicio del procedimiento, acarreará la responsabilidad administrativa del funcionario.

La **consecuencia jurídica** por excelencia de la transgresión del ilícito administrativo en estudio, es la *Declaratoria de Responsabilidad Administrativa,* la cual, acarrea consecuencialmente, la imposición de diferentes sanciones de esa misma índole, contempladas en los artículos 105 de la Ley de la Contraloría y 62 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, a las cuales anteriormente se hizo referencia al tratar el punto de las Averiguaciones Administrativas.

2. Interpretación analítica de las sanciones a aplicar en caso de transgresión del nuevo ilícito de Contraloría relacionado con la selección del contratista

Aún estando reconocida expresamente en el Texto Fundamental y por vía normativa, según hemos visto, la posibilidad de responsabilizar independientemente en lo penal, civil, disciplinario y administrativo a los funcionarios públicos, y consecuencialmente imponerle cuatro tipos de sanciones diferentes, debido a la comisión de un hecho ilícito, vale destacar la posición que maneja una parte de la doctrina y la jurisprudencia española sobre este particular, plasmada en la Sentencia de fecha 3 de octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, de donde se afirma que:

> "...La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: *a)* el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; *b)* la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; *c)* la necesidad de respetar la cosa juzgada... Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia, es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a *posteriori,* el planteamiento fáctico que

aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto".

De la argumentación que se acaba de transcribir se infiere que en España, vía jurisprudencial se ha desarrollado el referido principio, en el sentido que se debe posponer la resolución del expediente administrativo sancionador a los resultados del proceso penal, única forma en que se hace efectivo el relato fáctico probado judicialmente, interpretación ésta no ajustada al contenido del artículo del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios españoles, el cual parece permitir la tramitación paralela de un proceso penal y de un expediente disciplinario cuando ambos inciden sobre un mismo sujeto e idénticos hechos (Quintana, 1986, 585), tal como sucede en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Establecido entonces, que en Venezuela a diferencia que en España, pueden suscitarse simultáneamente las cuatro responsabilidades de los funcionarios públicos a las que ya nos hemos referido, teniendo siempre presente no menoscabar lo preceptuado por el ***principio non bis in idem***, integrante del debido proceso en sede administrativa de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 49 de nuestra Carta Magna (Sentencia Nº 4 de Abril 1999 de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia,

1999, 179 –184), y una vez conocidas los dos tipos de consecuencias jurídicas administrativas, sin hacer alusión a las generadas por algún procedimiento disciplinario, que pudiesen ser aplicadas a los funcionarios involucrados en los procedimientos de selección del contratista, es conveniente analizar sus procedencias, puesto en ocasiones se ha tendido a confundir por parte de los órganos de la Administración Pública, especialmente los contralores, como debe ser sancionado un responsable en lo administrativo por el ilícito analizado, y si es posible aplicarle al mismo tiempo la multa de (100) a (1000) unidades tributarias contemplada en la Ley de Licitaciones.

A tales fines, recordemos que la responsabilidad administrativa se origina de la existencia de ilícitos relacionados *con la actividad hacendaria*, por lo que, es conveniente aclarar que la infracción o violación de normas administrativas de otra índole, por funcionarios públicos a quienes la Ley Orgánica de Contraloría General de la República se aplica, arrojaban otro tipo de consecuencias, como las multas, con la vigencia de la derogada Ley en comento (artículo 114), pero actualmente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 29 de su artículo 91, igualmente constituyen, causal de responsabilidad administrativa.

Asimismo, se nos presenta otra situación, puesto la inobservancia parcial

de los referidos procedimientos licitatorios no constituían con el analizado ilícito administrativo derogado un supuesto de hecho sancionable con el establecimiento de una responsabilidad administrativa, pues eran considerados simples vicios de formas cuya única consecuencia jurídica era una multa impuesta de conformidad con la Ley de Licitaciones, y en la actualidad si es una causal de esa índole.

Lo que quiere significar, por ejemplo, que el haberse realizado diferentes convocatorias públicas en los medios establecidos en la Ley, para una determinada escogencia de contratistas, y luego se hubiera omitido cualquier otro acto de procedimiento, nos ubicaría frente a una inobservancia parcial como lo exige el ilícito tratado, a diferencia de lo que sucedía con el ilícito derogado el cual solo admitía las inobservancias absolutas, tal como bien lo expresó la doctrina del Máximo Organismo de Control en la decisión de fecha 14 de agosto de 1998, donde se lee:

> "...se aprecia que se realizó un proceso de selección de contratistas, aunque no se haya cumplido con todas las formalidades del procedimiento de licitación aplicable... En virtud de ello, la selección del contratista no se realizó con prescindencia total del procedimiento de licitación, y en consecuencia no se configuró el hecho irregular objeto de la presente averiguación, establecido en el numeral 1 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República...".

Sobre la base de lo expuesto, se deja claro que las inobservancias parciales, es decir, las omisiones o violaciones procedimentales, no eran acarreadoras de responsabilidad administrativa a la luz del tipo derogado, pero sí lo son para el nuevo ilícito, el cual actualmente tiene un ámbito de aplicación sino idéntico, parecido, a la norma contenida en el numeral 1 del artículo 114 de la Ley de Licitaciones, y es aquí donde se nos presenta la mayor disyuntiva, para determinar cuál de las dos sanciones, la originada de la responsabilidad administrativa o la de la aplicación de la multa, deberá aplicarse, si los hechos ocurridos transgreden tanto lo tipificado en el ilícito administrativo como lo preceptuado por la causal de multa del referido artículo 114, o si por el contrario pueden ser aplicadas simultáneamente.

Evidentemente, al ya haberse interpretado el principio non bis in idem, es forzoso concluir que las dos *sanciones administrativas* (por el mismo hecho pero impuestas una por los órganos de control correspondiente y la otra por el Contralor General de la República) obviamente no pueden ser aplicadas simultáneamente, por tanto lo ajustado a derecho será la prevalencia de la actuación de la autoridad que primero haya adelantado los trámites administrativos tendentes a la aplicación de la sanción (prevención o principio cronológico), no así la que se haya realizado en segundo término, pues se debe evitar la violación del referido principio constitucional, en cuyo caso la autoridad que actúe con posterioridad sobre el mismo asunto, deberá

ordenar el archivo de sus actuaciones so pena de que, en caso de no hacerlo, sean declaradas nulas (Dictamen Nº 04-02-177 del 23 de noviembre de 2000).

En fin deberá evaluarse y analizarse pormenorizadamente cada situación fáctica, en el sentido de determinar si existió inobservancia total o parcial de los procedimientos licitatorios, para procederse a iniciar una Averiguación Administrativa por parte de los órganos de control fiscal, tendente a responsabilizar en lo administrativo a los respectivos funcionarios. Pues aunque tal inobservancia total igualmente sea la causal establecida como sanción de multa en la Ley de Licitaciones, la imposición de la misma, si bien disgusta, monetariamente, no acarrea las demás sanciones accesorias que podrían aplicársele al declarar responsable a un funcionario o empleado involucrado en el ilícito analizado, lo que va en desmedro de una efectiva gestión pública, de su adecentamiento y en contra de la moral republicana.

CONCLUSIONES

- Venezuela está configurada como un Estado de Derecho y de Justicia, y por ende, se encuentra sometida, entre otros, a los principios de legalidad, de *responsabilidad*, y de tutela judicial efectiva, en virtud de los cuales en el sistema administrativo venezolano es factible además de la responsabilidad del Estado, la de sus autoridades legítimas (funcionarios), cuando éstas en el ejercicio de sus funciones públicas causen algún tipo de daño o subsuman su conducta a un ilícito, como el relacionado con la ***selección del contratista***, en donde los entes u órganos públicos obligados a cumplir con lo dispuesto en la Ley de Licitaciones, en muchas oportunidades evaden sus procedimientos o incurren en ciertas irregularidades, sin ser los responsables correctamente sancionados.

- La Responsabilidad Administrativa del Estado, esta concebida como el sistema a través del cual los particulares pueden reclamar y obtener indemnización por los daños patrimoniales que les sean ocasionados por los entes públicos, tanto por la actividad ilícita o anormal de la

Administración como, en ciertas condiciones, por la actividad lícita o normal de la misma, y cuyo fundamento unitario es la integridad patrimonial afectada por una lesión, daño (insoportable o antijurídico), que no es exigible sin la correspondiente compensación.

- Además de la responsabilidad del Estado, es factible la de sus autoridades legítimas (funcionarios), cuando en el ejercicio de la función pública causen algún tipo de daño, por el cual puedan ser responsabilizados en lo Penal, Civil, Disciplinario y/o Administrativo.

- La Responsabilidad Administrativa del Funcionario Público, está ligada a la existencia de hechos que de una u otra manera afectan los intereses fiscales del Estado, no de los intereses patrimoniales de los Administrados, diferencia fundamental con la Responsabilidad Administrativa del Estado, y es declarada por ciertos organismos de control fiscal, mediante el novedoso procedimiento de Determinación de Responsabilidades.

- Únicamente un acto decisorio ilegal no procedimental, dictado en ocasión de un procedimiento licitatorio, puede llegar a ocasionar Responsabilidad Civil tanto para la Administración como para el Funcionario del cual emane el mismo (Máxima Autoridad Jerárquica del Organismo),

situación ésta que comúnmente no llega a establecerse, debido a lo difícil de suscitarse o comprobarse la extrema negligencia en la falta de ilegalidad o intensiones personales maliciosas del funcionario, necesaria para poderse responsabilizar directamente a éste, por tanto en la mayoría de los casos, por no decir siempre, es la Administración quien responde por sus Actuaciones Ilegales en materia de decisiones de procedimientos licitatorios.

- Las infracciones o transgresiones a la Ley de Licitaciones le pueden acarrear a los funcionarios o empleados encargados de llevar a cabo dichos procedimientos, dos tipos de sanciones administrativas, la primera, como consecuencia del establecimiento de la responsabilidad administrativa por parte de los órganos contralores del Estado (arts. 105 de la Ley de Contraloría y 62 del Reglamento), y la segunda, la originada por la violación o ilicitudes directa de los procedimientos licitatorios, impuesta por el titular del Supremo Órgano de Control (art. 114 de la Ley de Licitaciones).

- El ilícito administrativo relacionado con la selección del contratista (art. 91, numeral 1 de la Ley de la Contraloría), evidentemente cambia el sentido e interpretación que se le daba en el pasado, al no requerir la prescindencia total de un procedimiento de selección del contratista, sino por el contrario tanto la inobservancia total como la parcial.

- Ante la imposibilidad de la aplicación simultánea de dos sanciones administrativas por el mismo hecho (principio non bis in idem), lo ajustado a derecho será la prevalencia de la actuación de la autoridad que primero haya adelantado los trámites administrativos tendentes a la aplicación de la sanción (prevención o principio cronológico), no así la que se haya realizado en segundo término, pues se debe evitar la violación del referido principio constitucional, en cuyo caso la autoridad que actúe con posterioridad sobre el mismo asunto, deberá ordenar el archivo de sus actuaciones so pena de que, en caso de no hacerlo, sean declaradas nulas.

- En fin debe evaluarse y analizarse pormenorizadamente cada situación fáctica, en el sentido de determinar si existió inobservancia total o parcial de los procedimientos licitatorios, para procederse a iniciar una Averiguación Administrativa, pues aunque la inobservancia total igualmente sea la causal establecida como sanción de multa en la Ley de Licitaciones, la imposición de la misma, si bien disgusta, monetariamente, no acarrea las demás sanciones accesorias que podrían aplicársele al declarar responsable a un funcionario o empleado involucrado en el ilícito analizado, lo que va en desmedro de una efectiva gestión pública, de su adecentamiento y en contra de la moral republicana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Badell, R. (2001). ***Régimen Jurídico del Contrato Administrativo***. Caracas: S/E.

Badell, R., De Gracia, C., Hernández, J., Badell, A., Quiroz, D., y De Sosa, R. (1998). ***Régimen del Control Fiscal:*** (Cuaderno Jurídico Nº 4). Caracas: Editorial Torino.

Badell, R., De Gracia, C., Hernández, J., Badell, A., Quiroz, D., y De Sosa R. (1999). ***Contratos Administrativos***: (Cuaderno Jurídico Nº 5). Caracas: Editorial Torino.

Brewer, A. (1997). ***El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer, A. (1997 a). ***Contratos Administrativos:*** (Colección Estudios Jurídicos N° 44) **.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Boquera, J. (1963). ***La Selección de Contratistas.*** Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Castro, A. (2000). ***"El Ilícito Administrativo en la Selección del Contratista".*** (Revista de Control Fiscal Nº 144). Caracas: Contraloría General de la República.

Castro, A. (2001). ***Anotaciones y Diferencias de las Responsabilidades Civil y Administrativa del Estado y de los funcionarios públicos.*** Trabajo no publicado. Caracas.

Castro, A. (2002). ***Sistema, Sistematización y Responsabilidades de los Funcionarios en La Selección del Contratista.*** Trabajo no publicado. Caracas.

Código Civil Venezolano (1982). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 2.990 (Extraordinario), Julio 26 de 1982.

Código Orgánico Procesal Penal. (2000). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 37.022, Agosto 25 de 2000.

Constitución de la República de Venezuela (1961). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** Nº 662 (Extraordinario), Enero 23 de 1961, cuya última enmienda fue publicada en la ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** Nº 1.585 (Extraordinario), Mayo 11 de 1973.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*** Nº 36.860, Diciembre 30 de 1999, reimpresa por error material en la ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*** Nº 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Dromi, R. (1995). ***La Licitación Pública*** (2da. ed.) Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (1995). ***Curso de Derecho Administrativo II***: (4ta. ed.). Madrid: Editorial Civitas.

Lares Martínez, E. (1992). ***Manual de Derecho Administrativo***: (9na. ed.). Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Ley contra la Corrupción (2003). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 5.637 (Extraordinario), Abril 04 de 2003.

Ley de Carrera Administrativa (1975). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 1.745 (Extraordinario), Mayo 23 de 1975.

Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (1974). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 1.660 (Extraordinario), Junio 21 de 1974.

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (2000). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.029, Septiembre 05 de 2000.

Ley de Licitaciones (1996). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** N° 4.124 (Extraordinario), Diciembre 27 de 1996.

Ley de Licitaciones (1999). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** N° 5.386 (Extraordinario), Octubre 11 de 1999.

Ley de Licitaciones (2000). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*** N° 37.097, Diciembre 12 de 2000.

Ley de Licitaciones (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*** N° 5.556 (Extraordinario), Noviembre 13 de 2001.

Ley de Reforma Parcial del Decreto con rango y fuerza de Ley Sobre el Estatuto de la Función Pública (2002). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*** N° 37.402, Marzo 12 de 2002, reimpresa por error material en la ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*** Nº 37.522, Septiembre 06 de 2002.

Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos (1999). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** N° 5.393 (Extraordinario), Octubre 22 de 1999.

Ley Orgánica de la Administración Pública (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.305, Octubre 17 de 2001.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1995). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 5.017 (Extraordinario), Diciembre 13 de 1995.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.347, Diciembre 17 de 2001.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 1.893 (Extraordinario), Julio 30 de 1976.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** N° 2.818 (Extraordinario), Julio 1° de 1981.

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Publico (1982). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*** N° 3.007 (Extraordinario), Diciembre 23 de 1982.

Mejías, G. (1995). ***Particularidades acerca de la Averiguación Administrativa.*** (Revista de Control Fiscal Nº 129). Caracas: Contraloría General de la República.

Orlando, F. (1984). ***La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.*** (Revista de Control Fiscal Nº 114). Caracas: Contraloría General de la República.

Ortiz-Alvarez, L. (1995). ***La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ortiz-Alvarez, L. (1961-1997). ***"Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado"***. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNECA. Editorial Jurídica Venezolana.

Pierre Tapia, O. (1999). Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia Nº 4 de Abril 1999.

Perozo, I. ***"Aspectos Probatorios en el Derecho Administrativo"***: (Revista de Derecho Administrativo Nº 7). Caracas. Venezuela.

Quintana, T. (1986). ***"El principio «non bis in idem» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios"*** (Revista Española de Derecho Administrativo N° 052). Madrid: Ediciones Civitas.

Ramírez, J. (1965). ***Diccionario Jurídico.*** (7º de.). Argentina: Editorial Caridad.

Real Academia Española. (1970). ***Diccionario de la Lengua Española:*** (29ª ed.). Madrid: Editorial Espasa-Calpe.

Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa (1999). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 36.630, Enero 27 de 1999.

Reglamento de la Ley de la Contraloría General de la República (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.169, Marzo 29 de 2001.

Reglamento de la Ley de Licitaciones (1991). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 34.980, Octubre 30 de 1991.

Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, para la adjudicación Directa en caso de Contratación de Obras, Servicios, o Adquisición de Bienes que conforme al Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social que se establezca para Fomentar la Pequeña y Mediana Industria y demás Empresas Alternativas como las Asociativas, Cooperativas y Microempresas Autogestionables, deban ser ejecutados en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días hábiles (2003). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 37.688, Mayo 13 de 2003.

Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos (1991). Caracas: Fundación Procuraduría General de la República.

Russian, O. (1997). ***La Ley de Licitaciones como mecanismo de Control de Precios.*** (Revista de Control Fiscal Nº 135). Caracas: Contraloría General de la República.

Sabino, C. (1986). ***El Proceso de Investigación.*** Caracas: Editorial Panapo.

Sayagués, E. (1974). ***Tratado de Derecho Administrativo I.***: (4ta. Ed.). Montevideo. Uruguay.

Schleske, A. (2000). ***"El Uso de Medios Electrónicos como Herramienta de la Gestión Pública para Aumentar la Transparencia en las Contrataciones".*** (Revista de Control Fiscal Nº 144). Caracas: Contraloría General de la República.

Serra, A. (1977). ***Derecho Administrativo II. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia:*** (8va. Ed). México: Editorial Porrua, S.A.

Servicio Nacional de Contrataciones. Ministerio de la Producción y el Comercio. Disponible: **http://w.w.w.mpc.gov.ve**. (Consulta: 2001, Noviembre 13).

Turuphial, H. (1995). ***"La Responsabilidad del Estado por Actuaciones Conformes a la Ley"***: (Colección de Estudios Jurídicos Nº 63). Caracas: Editora Jurídica.

Universidad Católica Andrés Bello (1997). ***Manual para la Elaboración del Trabajo de Grado en el Área de Derecho para Optar al Titulo de Especialista.*** Caracas.

Venezuela, Contraloría General de la República (1996). ***"Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República"*** (Tomo XII Vol. I).

Venezuela, Contraloría General de la República (1996). ***"Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República"*** (Tomo XII Vol. II).

Venezuela, Contraloría General de la República (1998). ***"Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República".***

Venezuela, Contraloria General de la República (2000). ***"Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República"*** (Tomo XVI).

Venezuela, Doctrina de la Procuraduria General de la República. (1977). ***"Opinión N.P. 30-5-77. Responsabilidad Por Hecho Ilícito. Elementos".***

Venezuela, Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.258 (Extraordinario), Septiembre 03 de 1998. ***"Decisión de fecha 14 de agosto de 1998, emanada de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de Entidades Autónomos de la Contraloría General de la República***".

Venezuela, Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.300 (Extraordinaria), Enero 29 de 1999. ***"Decisión de Sobreseimiento del Expediente Nº AA-97-005, instruido por la Dirección de Investigaciones Especiales de la Contraloría Interna del extinto Ministerio de Agricultura y Cría".***