



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

**EL CONTROL FISCAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN
VENEZUELA**

Presentado a la UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
Por: **ALBERTO EDUARDO RENGIFO**
Como requisito para optar al Grado de:
**ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Realizado bajo la tutoría de la Profesora:
Dra. COSIMINA PELLEGRINO

CARACAS, FEBRERO DE 2009

EL CONTROL FISCAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN VENEZUELA

Por medio de la presente declaración, certifico que el Trabajo Especial de Grado, **“El Control Fiscal en los Contratos de Obra Pública en Venezuela”**, reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado Calificador designado, ante la Universidad Católica Andrés Bello.

APROBADO

Tutor Académico
Profesora Cosimina Pellegrino

DEDICATORIA

A mis tres Esmeraldas, por ser las razones más importantes de mi existencia.

AGRADECIMIENTOS

En esta oportunidad quiero agradecer a todas aquellas personas que, de una u otra forma, me ayudaron e hicieron posible la realización de este Trabajo Especial de Grado:

- A mi tutora, Dra. Cosimina Pellegrino, gracias por su orientación y dedicación.
- A mi familia, que me permitió disponer de parte del tiempo que le dedicaba ellos, para estudiar y desarrollar mis trabajos académicos.
- A Marines, por haberme motivado a emprender esta especialización.
- A mis compañeros de clase y a todos mis profesores por lo que aprendí de ellos.
- A quienes se ofrecieron a transcribir y corregir cada tema desarrollado.

.....a todos, muchas gracias

Alberto Eduardo Rengifo

**EL CONTROL FISCAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN
VENEZUELA**

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

I. ANTECEDENTES DEL CONTROL FISCAL EN VENEZUELA

- A. Aspectos Legales del Control Fiscal antes de la Promulgación de la LOCGR y SNCF**
- B. Características resaltantes del Control Fiscal antes del año 2001**

II. FUNDAMENTOS LEGALES DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL, DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

- A. Fundamentos Legales del Control Fiscal**
- B. Fundamentos Legales del Contrato Administrativo**
- C. Fundamentos Legales del Contrato de Obra Pública**

III. LA ACTIVIDAD DE CONTROL FISCAL, EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. La Actividad de Control Fiscal

- 1. Objetivos de la Actividad de Control Fiscal
- 2. Principios que rigen la Actividad de Control Fiscal
- 3. Ámbitos del Control Fiscal
- 4. Modalidades del Control Fiscal

B. El Contrato Administrativo

- 1. La potestad del *Ius Variandi*
- 2. La potestad de control, inspección y fiscalización

3. La potestad de Rescisión Unilateral del Contrato

C. El Contrato de Obra Pública

1. Contenido del Contrato de Obra Pública
2. De las Variaciones del Presupuesto del Contrato de Obra Pública
3. De la Resolución del Contrato de Obra Pública
 - a. Por causas no imputables al contratista
 - b. Por faltas del contratista
 - c. Otras causas de resolución del contrato de obras públicas no previstas en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras

IV. EL CONTROL FISCAL EN LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

- A. Control Previo**
- B. Control Concomitante**
- C. Control Posterior**

V. EL CONTROL DEL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. LIMITES DEL *IUS VARIANDI*

1. Criterio del Interés Público
2. Criterio de Obras Nuevas

VI. EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA Y SU CONTROL

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Este trabajo representa una investigación monográfica, analítica y de desarrollo conceptual, que se apoya en una revisión bibliográfica y tiene la oportunidad de precisar opiniones propias sobre una cuestión muy concreta, a la luz del régimen jurídico del sistema nacional de control fiscal y de la nueva regulación sobre la contratación pública: el control fiscal en los contratos de obras pública.

La contratación de obras públicas, como manifestación de la actuación administrativa se encuentra sometida al interés general, de tal forma que es un parámetro sobre el que el Poder Público debe enmarcar todas sus actuaciones. Por ello, si la Administración Pública se legitima por ese interés general es claro que dicha legitimación, sólo opera cuando existen tales intereses generales y fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima. Para la fiscalización de ese interés general en la contratación de obra pública, se comprueba de que ésta se ha realizado de forma objetiva, a la vez de que se ha respetado la neutralidad o imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración Pública como instituciones al servicio de esos intereses.

Este tipo de contratación por estar revestida de ese interés que la justifica debe asegurar esa objetividad, imparcialidad y concurrencia en la adjudicación de este tipo de contratos y posteriormente en la garantía de que los mecanismos de control aseguren una ejecución de las obras tal como fueron concebidas en proyecto, y que cualquiera de sus variaciones de obra sea justificada en aras del interés general.

En este estudio no se tomará en cuenta el control fiscal que debe ejercer la Administración Pública, sobre la contratación de obra pública bajo el régimen de concesiones públicas, por ser un tema que amerita de un enfoque mas detallado; no obstante se desarrollará de manera amplia el control fiscal del resto de los contratos de obra pública dentro del sistema nacional de control fiscal, tomando en consideración la nueva regulación sobre las contrataciones públicas, previstas en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (LCP,2008), dictada por el Ejecutivo Nacional dentro del marco de la Ley Habilitante de 2007, el 14 de marzo de 2008 en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.929, el cual fue reimpresso en la Gaceta Oficial No.38.895 de fecha 25 de marzo de 2008.

Al comienzo de esta monografía, se hace una referencia de la actividad de control fiscal en el Estado Venezolano antes del año 2001 fecha en que se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGR y SNCF), los principios que rigen su funcionamiento, los ámbitos del control fiscal, sus modalidades y la organización y funcionamiento del sistema de control interno.

Esta referencia se hace con la finalidad de enmarcar el control de los contratos de obra pública dentro de ese sistema, dándole suma importancia además, al Decreto referido, como instrumento donde se establecen de manera expresa prerrogativas y derechos de la Administración Publica como el ius variandi, y la inspección y fiscalización, la facultad del organismo encargado de la ejecución de la obra de resolver unilateralmente la relación contractual, así como el derecho del contratista de hacer que se mantenga el equilibrio financiero del contrato, a través de las diferentes modalidades de indemnizaciones contempladas en las Condiciones Generales de

Contratación para la Ejecución de Obras (CGCEO, art.113), las cuales se aplican supletoriamente a la LCP

Asimismo, se presentan todas las características y aspectos resaltantes de un contrato de obra pública, su contenido, sus inspecciones y el papel del Ingeniero inspector, sus variaciones dentro de su término; las prerrogativas de la Administración Pública de introducir modificaciones en el contrato original en aras del interés público, los límites de esa potestad, y la prerrogativa de rescindirlo en forma unilateral cuando lo considere necesario, oportuno y legal; el control que debe ejercerse a todos los elementos de esa contratación, en todos sus momentos y modalidades, y quien debe ejercerlo, para finalizar con el futuro de las contrataciones públicas en Venezuela, su adecuado control y las conclusiones del trabajo.

Este estudio va a representar un aporte significativo en la literatura jurídica de la República Bolivariana de Venezuela, ante el escaso o poco material bibliográfico sobre esta temática, y al aproximarse el término del primer año de haberse dictado una Ley de Contracciones públicas, a la que sólo se le han hecho comentarios y críticas en cursos y seminarios realizados por instituciones públicas y privadas.

I. ANTECEDENTES DEL CONTROL FISCAL EN VENEZUELA

A. Aspectos Legales del Control Fiscal Antes del Año 2001

El primero de los textos referidos al Control Fiscal en Venezuela, fue la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOHPN, 1938), que brindó fundamento legal a la Contraloría General de la República (CGR), hasta que se promulgó la Ley Orgánica que reguló su funcionamiento y estructura en el año 1975, que arrojó las bases de esa importante Institución del Estado en el ejercicio de la potestad contralora.

Esta Ley previó todos los aspectos de la Hacienda Pública Nacional (HPN) y sentó las bases de la CGR, marcando normas y procedimientos para la organización financiera y de control del Estado, a través de un sistema presupuestario y contable.

Posteriormente, se constitucionaliza la función del control fiscal, con la Asamblea Constituyente del año 1947.

Con la promulgación de la Constitución de la República de Venezuela (CRV, 1961), se ratifica el carácter constitucional del control fiscal al otorgar atribuciones a la CGR de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como sus operaciones, y le deja a la promulgación de una ley orgánica determinar la organización y funcionamiento de este órgano; además, de su ámbito de actuación y de sus competencias; lo define como órgano auxiliar del Congreso Nacional, en su

función de control sobre la Hacienda Pública Nacional, y le otorga autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones.

En el año 1975, se promulga la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR, 1975), que en materia de control fiscal llena los vacíos, que había dejado la LOHPN, tal como lo confirma Orlando (2004, p.7), al señalar *“colmó parcialmente el vacío que había creado la aplicación de la LOHPN en materia de control fiscal, al introducir modificaciones en materia de organización y competencias de la CGR”*.

Esta Ley estuvo vigente durante 21 años y fue derogada por la que entró en vigencia el 1º de febrero de 1996; que corrigió la deficiencia en lo concerniente al control interno y externo de la Administración Pública Nacional (APN) y fue derogada por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGR y SNCF, 2001), actualmente vigente, la cual establece el nuevo sistema de control fiscal en la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), que tiene su fundamento constitucional en el Artículo 287, el cual establece:

“La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control”.

B. Características resaltantes del Control Fiscal antes de la promulgación de la LOCGRySNCF

Las características del control fiscal en Venezuela antes del establecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRySNCF, 2001), pueden diferenciarse en cuatro (4) momentos claramente identificables:

1. Antes de 1947

Con la promulgación de la LOHPN en el año 1938 se crearon las bases del ejercicio del control fiscal en nuestro país, se reorganizan las salas de fiscalización, se crea el departamento jurídico y se le da autonomía funcional al Contralor.

Al establecerse los mecanismos que tipifican las funciones de la Sala de Centralización y la Sala de Exámenes, se adaptaron al régimen de funcionamiento fiscalizador del Estado Venezolano, porque la misma se facultó para adelantar las acciones correspondientes al control externo, entre ellas las del control previo sobre la ejecución presupuestaria, hasta la fecha destinadas al control interno. Además, es potestad de esta sala de control abrir averiguaciones administrativas y velar porque los suministros de toda clase de bienes sean hechos en su justo precio y debidamente justificados.

En lo referente al departamento jurídico se le da la atribución de sustanciar los expedientes emanados del órgano contralor en los juicios por soborno u otro delito denunciado por las autoridades fiscalizadoras.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1947, le dio rango constitucional a la Contraloría General de la Nación, llamada así para esa fecha; se le otorgó

además, el carácter de órgano auxiliar del Congreso Nacional para el examen de las cuentas de los entes u órganos del Estado, y se le consagró la autonomía política y administrativa.

2. 1948 a 1974

En el año 1953, la Constitución de la Republica, introduce cambios y es cuando la fiscalización de las cuentas las ejerce el Ejecutivo Nacional y la Contraloría General de la Nación pasa a ser un órgano de éste, para centralizar y controlar dichas cuentas.

Con la promulgación de la Constitución de 1961, se le restituye a la CGR, su potestad como órgano contralor, fiscalizador y centralizador de cuentas y bienes de la nación, independiente del Ejecutivo Nacional, al tiempo que se le delega en la ley la potestad de establecer su funcionamiento, ámbito y oportunidad de su intervención fiscalizadora. Se le amplía el ámbito de actuación de la CGR hasta los institutos autónomos, los estados y los municipios, al mismo tiempo que continúa con su carácter de órgano auxiliar del Congreso Nacional.

La reforma de la LOHPN fortalece las funciones contraloras, al delegar en el Contralor absoluta libertad para designar a sus funcionarios y establecer la figura del control perceptivo, ausente en anteriores leyes, además de facultar al Contralor y al Sub-contralor para revisar y ejercer directamente el Control y examen de los gastos del Ministerio de Relaciones Interiores y del Ministerio de la Defensa.

3. 1975 a 2001

En el año 1975 entró en vigencia la LOCGR, la cual mantiene íntegramente las potestades constitucionales de control fiscal, además introduce aspectos resaltantes de ese control, a saber:

- a. Se comienza a evaluar la gestión administrativa, se faculta a la CGR para que realice con vista de los resultados de su labor fiscalizadora, toda clase de estudios organizativos, estadísticos, económicos, y financieros, así como análisis e investigaciones de cualquier naturaleza, para determinar el costo de los servicios públicos, los resultados de la gestión administrativa y la eficacia con que operaron las entidades fiscalizadas.
- b. La tendencia de la nueva ley conduce a que el ejercicio pleno de la acción contralora, en el aspecto de control financiero, se realice de inmediato, que tenga característica básica de oportunidad.
- c. En el ámbito de los institutos autónomos y empresas del Estado, se establecen unidades permanentes de control con facultades bien definidas de control fiscal.
- d. Se mejora el procedimiento a que deben someterse las averiguaciones administrativas.
- e. Se establece el control de la administración funcionalmente descentralizada y territorialmente descentralizada; llevando el control externo a los institutos autónomos, empresas del Estado, los estados, los municipios y el Distrito Federal.

f. Se le asigna a la CGR la función de evaluar, orientar y coordinar la forma como los controles internos de la propia administración activa se ejercerán y de prescribirlos si es necesario.

En el año 1995, se reforma la LOCGR, y se establece el control fiscal como un sistema coordinado, donde la CGR ejerce las funciones de rector del sistema en la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada. Se establece que el control interno es responsabilidad de las autoridades jerárquicas de la administración activa, y se establece la designación del titular del órgano de control interno a través de concursos; y se dispone en norma transitoria, que mediante resolución publicada en Gaceta Oficial, se determinará el momento en que las funciones de control previo dejaran de ser ejercidas por la CGR, y pasaran a ser funciones normales de la administración activa.

4. 2001, hasta el presente.

Se promulga la Ley Orgánica de Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que va a derogar a la de 1995, y enmarcar a la CGR, dentro del Poder Ciudadano, y le asigna el deber de prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público; para ello se le ratificó su autonomía funcional, administrativa y organizativa como órgano rector de todo el sistema nacional de control fiscal.

Esta Ley, incorpora como novedad y con arreglo a las disposiciones constitucionales diversas normas que fomentan la participación ciudadana, su artículo 25 establece “...7. *la participación ciudadana en la gestión contralora*”

dentro de los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, como una forma de involucrar a los ciudadanos y a las diferentes formas asociativas vinculadas con la comunidad en la construcción de su propio destino, el de su parroquia, su municipio, su estado y el de la República.

II. FUNDAMENTOS LEGALES: DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL, DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

A. Fundamentos Legales del Control Fiscal

El fundamento legal del Control Fiscal en Venezuela está formado, en primer lugar, por la CRBV, la cual consagra el principio de legalidad del gasto público, crea el Poder Ciudadano, y como órgano integrante de éste la CGR, a la cual por primera vez en su artículo 289 se le detallan atribuciones en la Constitución (CRBV,1999); además, de establecerle en el artículo 287 su autonomía funcional, administrativa y organizativa (CRBV,1999); y autonomía financiera (CRBV, art. 273,1999); en segundo lugar, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (LOPC,2001), donde se establece que la CGR forma parte de este poder, que tiene su ámbito de competencia propio y es independiente de los demás poderes públicos, por lo tanto, no continúa teniendo el carácter de órgano auxiliar del Poder Legislativo Nacional, tal como lo establecía la Constitución de 1961 en su artículo 236, ni órgano sujeto a dependencia de otro órgano del poder público.

Al respecto, la Sala Político-Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia, ha expresado (SPA-TSJ, 25/09/2001):

“De la normativa constitucional se desprende que la Contraloría General de la República fue creada y permanece siendo un órgano dotado de autonomía funcional, administrativa y organizativa, no sujeto a subordinación o dependencia de ningún órgano del poder público, sometido sólo al mandato constitucional y legal correspondiente.

En atención a ello, considera esta Sala que no puede asignársele al organismo contralor el carácter de órgano auxiliar de fiscalización de la Administración Activa, ya que al ser un ente de rango

constitucional, dotado de una autonomía orgánica, funcional y administrativa, goza de independencia frente a la Administración Pública Nacional...”

En tercer lugar, la LOCGR y SNCF, que establece un sistema de control fiscal coordinado integralmente, en el que la CGR, cumple funciones de director del sistema y de órgano de control externo, y las auditorías internas de los organismos de la Administración Central y Descentralizada, como órganos de control interno, con funciones de control posterior.

El artículo 35 (LOCGR y SNCF), contiene las bases sobre las cuales debe fundarse la organización del Control Interno. Al respecto, previó la responsabilidad de las autoridades jerárquicas en relación con ese control, sin perjuicio de las competencias de la CGR para evaluar, orientar y coordinar y, si es necesario, prescribir el sistema. En tal sentido, se puede decir, que aun cuando el control interno se encuentra bajo la responsabilidad de las máximas autoridades del ente u órgano, la ejecución del control interno corresponde a toda la Administración, donde la Administración Activa realiza sus actividades y les aplica directamente el control previo, y en las que le corresponda, el control concomitante; y al órgano de la Auditoría Interna le corresponde el control posterior, de las actividades que realiza la administración, donde se supone ya fue realizado un control previo y concomitante.

En cuarto lugar, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP, 2000), la cual contiene todo un Título referido al Sistema de Control Interno, le otorga como objeto asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público y garantizar la rendición de cuentas; se crea la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, como órgano rector del control interno,

integrado a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, con autonomía funcional y administrativa y con atribuciones de supervisión, orientación y coordinación de este tipo de control. Esta ley fue reformada a través de Gaceta Oficial extraordinaria No. 5.890 del 31 de Julio de 2008, sin introducir modificaciones en el título referido al control interno.

En quinto lugar, en el año 2001, se publica la Ley de la Administración Pública Nacional (LAPN, 2001), la cual además de plantearse como objetivo la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional, introduce los principios de rendición de cuentas; de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; de responsabilidad fiscal; de funcionamiento planificado y control de gestión y de los resultados. Esta ley es modificada en el año 2004 (LAPN, 2004), donde no aparece el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, posteriormente en el año 2008 se reforma (LAPN, 2008) y aparece nuevamente el Principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se ratifican los demás.

En sexto lugar, en el año 2003, se publica la Ley contra la Corrupción (LCC, 2003), que contiene disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, instrumenta mecanismos de control fiscal a los fines de salvaguardar el patrimonio público; en su Título III enmarca todas las atribuciones y deberes de la CGR y del Ministerio Público en materia de corrupción, para garantizar un efectivo control fiscal.

En fecha 25 de Septiembre de 2003, se promulga el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional (RSOCIAPN, 2003), el cual estableció las disposiciones relativas a la

organización del control interno en los organismos de la APN Central y Descentralizada.

Por último, en fecha 28 de marzo de 2008 se publica la Ley de Contrataciones Públicas (LCP, 2008), que regula la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, y establece (art. 95, LCP) que los órganos o entes contratantes, una vez formalizada la contratación en este caso de la(s) obra(s), deberán garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, controlando los siguientes aspectos:

1. Cumplimiento de la fecha de inicio de la obra.
2. Otorgamiento de anticipo, si es aplicable
3. Cumplimiento del compromiso de responsabilidad social.
4. Supervisiones e inspecciones a la ejecución de la obra.
5. Modificaciones en el alcance original y prorrogas durante la ejecución del contrato.
6. Cumplimiento de la fecha de terminación de la obra.
7. Finiquitos.
8. Pagos.
9. Evaluación de actuación o desempeño del contratista.

En estos momentos, se puede señalar que de acuerdo a las normas establecidas en los instrumentos jurídicos señalados supra, existe un sistema de controles en los entes u órganos que conforman el Estado. Estos comprenden varias vías para garantizar los derechos que establece la CRBV para los ciudadanos y ciudadanas, y para lograr que la Administración Pública y los órganos legislativos y judiciales ajusten sus actuaciones al derecho vigente.

De este nuevo sistema de control fiscal se espera que las actividades que realiza la Administración Pública Nacional deben garantizar imparcialidad, objetividad y están revestidas del Principio de Legalidad, además, de obedecer a los mecanismos y procedimientos técnicos necesarios para ejecutar el control fiscal; así como los elementos que van a servir al funcionario público, llevar a cabo la práctica de controles establecidos por vía normativa.

B. Fundamentos Legales del Contrato Público

La noción de contratos está sustentada en los artículos 150 y 151 de la CRBV, al identificar los contratos que celebran la República, los estados y los municipios, como de interés público. Los preceptos contenidos en los artículos precitados, también regulan, el control de la Asamblea Nacional de los Contratos de Interés Público Nacional que define la ley, y de la “Cláusula Calvo” en esos contratos.

El Código Civil vigente (C.C., 1920), contiene toda una sección sobre los contratos, que va desde los requisitos de su validez, hasta su representación, señalando en su artículo 1.133 que el contrato “es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

La categoría de los contratos públicos, es una especie dentro del género establecido en los artículos del Código Civil precitado, con el que el Estado proyecta y ejecuta sus planes de satisfacción de las necesidades públicas, para regular estos instrumentos se publica el 14 de marzo de 2008 el Decreto No. 5.929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas

(LCP, 2008), el cual fue reimpreso en Gaceta Oficial No.38.895 de fecha 25 de marzo de 2008. El presente Decreto deroga el Decreto Ley de Reforma de la Ley de Licitaciones publicado en Gaceta Oficial No. 5.556 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001, así como todas las disposiciones de rango legal y sublegal que solidan con el Decreto precitado, especialmente y en parte, deroga el Decreto 1.417, del 31 de julio de 1996, contentivo de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (CGCEO, 1996).

Este Decreto Ley, fue dictado en el marco del Plan Económico y Social de la Nación, tiene por objeto regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes prestación de servicios y ejecución de obras, para preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los organismos del Estado, sujetos al presente Decreto.

En resumen esta nueva Ley, no solo regula los procedimientos de selección de contratistas, sino también el régimen sustantivo de todos los contratos, a excepción de aquellos que tengan por objeto la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República y otros Estados; plantea las modalidades de selección de contratistas con otros nombres y se introducen cambios en los rangos cuantitativos de las unidades tributarias para aplicar las diferentes modalidades de selección; se incluyen los principios de participación popular y planificación, incluyendo aspectos para promover la participación de las pequeñas y medianas industrias y demás formas asociativas; se establece taxativamente la incorporación en los pliegos de condiciones de el compromiso de responsabilidad social; se modifican los supuestos para la

declatoria del proceso de selección como desierto, y se admite la adjudicación ante una sola oferta.

Además, de acuerdo a esta Ley, el Servicio Nacional de Contratistas pasa a ser un órgano adscrito a la Comisión Central de Planificación, y se establece la responsabilidad solidaria entre los integrantes de la Comisión de Contrataciones y la máxima autoridad, por las recomendaciones que aprueben; se le da piso jurídico a las rondas de negocio, ya que se prevé los encuentros de oferta y demanda convocados por el Registro Nacional Nacional de Contratistas (RNC); y se establece de manera taxativa posibilidad de suspensión de contratistas del RNC, en caso de no actualizar sus datos, y por ultimo se prevé las figuras de alianzas comerciales y estratégicas.

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al regular las competencias del Máximo Tribunal de Justicia (artículo 5, numeral 25), le confiere la facultad para *“conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo, de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos, en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios, si su cuantía excede de setenta mil un unidades tributarias (70.001 UT)”*.

C. Fundamentos Legales del Contrato de Obra Pública

El Código Civil en su artículo 1.630, define el Contrato de Obra, dándole sustento legal, como aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle.

Zubillaga (1991, p.48), apunta que: *“basta una simple lectura del articulado contenido en el Capítulo II del Título IX del Código Civil, para determinar que los artículos 1.638, 1.643 y 1.648, regulan situaciones típicas del contrato de la construcción. En este sentido, el legislador acudió a esta tipicidad particular, para normar situaciones de carácter general”*.

Efectivamente, el contrato de la obra pública es una especie, respecto del género que es el de obras, cuyo basamento legal está establecido en varios instrumentos legales; entre ellos: Ley de Contrataciones Públicas (LCP, 2008), que establece las formas y mecanismos de selección del contratista y el contenido del contrato; el Decreto 1.417 sobre las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (CGCEO, 1987), que rigen con carácter de supletoriedad los contratos sobre obras públicas que celebre la República a través de los Ministerios y demás órganos de la Administración Pública Nacional; la Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones (LOPIPRC, 1999) que contiene mecanismos propios de selección de los concesionarios; la Ley del Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines (LEIAPA, 1958), que rige las funciones de los profesionales de estas áreas, en la ejecución de proyectos y obras de construcción en general; la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT, 2005) *“que establece las instituciones, normas y lineamientos de las políticas, los órganos y entes; que van a garantizar a los trabajadores, condiciones de seguridad, salud, y bienestar, en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus facultades...”*; la Ley Para Personas con Discapacidad (LPPD, 2007), *“que establecen que todos los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal..., que planifiquen, diseñen, proyecten, construyan, remodelen, y adecuen edificaciones en medios urbanos y rurales, deben cumplir con las normas de la Comisión Venezolana de Normas*

Industriales (COVENIN), así como las reglamentaciones técnicas sobre la materia, provenientes de los organismos respectivos, relativas a la accesibilidad y transitabilidad de las personas con discapacidad”.

Asimismo, existen las Normas COVENIN para la construcción; para higienes, seguridad y protección en la construcción; relativas al trabajo con concreto; relativas al trabajo con madera; normas para los productos impermeabilizantes; normas referidas a las estructuras de las edificaciones; y normas referidas a electricidad y electrónica; todas éstas, producidas y suministradas por la Comisión Venezolana de Normas Industriales.

III. LA ACTIVIDAD DE CONTROL FISCAL, EL CONTRATO PÚBLICO Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. La Actividad de Control Fiscal

El control como actividad administrativa consiste en la revisión permanente de las actuaciones de la Administración Pública con miras a ejecutar bien el cumplimiento en forma eficiente y efectiva de los objetivos y metas administrativas, y determinar las acciones a seguir para corregir las deficiencias encontradas y los procesos que dificultan el logro de todos los objetivos; además, de evitar prácticas inadecuadas o ilegales que pretendan disminuir los recursos y activos de la Administración Pública.

En tal sentido, el control se convierte en una dinámica continua, en la cual cada una de las actividades que realiza la Administración se nutre de los resultados alcanzados para tomar decisiones y acciones con respecto a las actividades siguientes.

El control fiscal constituye una actividad pública, que tiende a asegurar los intereses de la Administración representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado, de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a organismos específicos del Estado como la CGR, las contralorías estatales, municipales y órganos de auditoría interna de los organismos públicos.

Ahora bien, el control fiscal, en ningún momento, está referido única y exclusivamente al control de los contratos, sino a toda actuación de la Administración Pública; no obstante, en este estudio se hará solamente énfasis en el control de los contratos públicos referidos a obras públicas

En tal sentido el control fiscal es la comprobación que se hace a este tipo de contratos para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

En lo referente al control de la Contratación Pública, Gimeno (1995, p.35) expone:

“Es público y notorio que la contratación pública y su regulación es uno de los fenómenos de mayor relevancia (incluso socio-político) en el marco de la política económica de los Estados. No debe olvidarse la cantidad de dinero que vía inversión para construcciones o vía suministro....”.

La opinión de Mertehikian (1996, pp. 96-97) sobre lo inadecuado del sistema de control fiscal en la República de Argentina es que:

“Hay en esto último que venimos descubriendo una suerte de inconsistencia con el actual sistema de control que debe corregirse de algún modo. No puede basarse el mismo en el sistema de informaciones y al mismo tiempo no contar con uno suficientemente adecuado, en uno de los aspectos de mayor trascendencia como al que se refiere a las contrataciones del sector público nacional”.

La vigilancia y control de los contratos públicos, y de toda la actuación administrativa en la República Bolivariana de Venezuela, con la promulgación de la LOCGR y SNCF, queda sistematizada y restringida a la realización del control interno a los organismos de la administración centralizada y descentralizada y como control fiscal propiamente dicho a los órganos de

Auditaría Interna con el control posterior, quedando el control previo y concomitante a la administración activa; y como conductor del sistema y con funciones de control externo queda responsable la CGR.

Precisando lo anterior, puede decirse, que el control de los contratos de esta naturaleza se ejerce en tres momentos; el primero, antes y en el momento cuando se ha perfeccionado y legalizado el contrato, en ese momento se hace el control para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 38 de la LOCGR, SNCF, a saber:

1. Que el gasto, destinado al objeto del contrato, esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.
2. Que exista disponibilidad presupuestaria.
3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.
4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en las leyes.
5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Contrataciones Públicas, en los casos que sea necesario, y las demás leyes que se apliquen.

El segundo momento, ocurre en el instante de la entrega, o durante la ejecución de la operación u obra. En este momento, se ejercen los controles preceptivos y /o inspecciones correspondientes según el cronograma de trabajo, y sucede que durante este momento, se realizan pagos, y antes de hacerlo se deben cumplir con los requisitos señalados en la parte *in fine* del artículo precitado, es decir:

1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables al contrato suscrito.
2. Que están debidamente imputados a créditos del prepuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.
3. Que exista disponibilidad presupuestaria
4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipo a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las leyes.
5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.

El último momento, es cuando se liquida o termina dicho contrato, en este instante, se aplica el control fiscal propiamente dicho de gestión y de resultado de la obra y de su proceso de ejecución, fundado en la valoración de los costos finales.

En la actualidad los dos primeros controles los realiza la administración activa, y el último, el denominado control posterior, lo realiza la Auditoría Interna, que se ejerce además, respecto a las cuentas correspondientes a los pagos originados para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales existentes para dar cumplimiento al objeto del contrato.

1. Objetivos de la actividad de control fiscal

De acuerdo con los nuevos lineamientos constitucionales, un control fiscal en la Administración Pública debe tener o contar con los siguientes objetivos:

- a. Determinar si los estados financieros reflejan razonablemente la situación financiera y los resultados de las operaciones efectuadas por la entidad, de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general u

otras a disposiciones expedidas por organismos competentes en forma consistente con el año anterior.

- b. Examinar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, que enmarcan las actuaciones administrativas del órgano o ente, lo cual incluye la realización de controles contractuales que determinan si las contrataciones se han ajustado al objeto de los contratos y a las disposiciones vigentes.

2. Principios que rigen la actividad del Control Fiscal

La actividad de Control Fiscal está sujeta a unos principios que la ley le otorga (art.25, LOCGR y SNCF), para verificar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas de los organismos del sector público, ellos son:

a. Principio de Autonomía del Control Fiscal

Este principio tiene su base Constitucional en el artículo 287 (CRBV, 1999) que consagra la autonomía funcional, administrativa y organizativa de la Contraloría General de la República; esta autonomía consiste en la separación de la función de control de los demás ramas del Poder Público.

b. Principio Técnico de la Función de Control Fiscal

La actividad de control fiscal debe responder a mecanismos y procedimientos técnicos (art.25.LOCGR y SNCF) para realizar su función. Actualmente está sujeta a normas técnicas contables, que permiten evaluar y verificar la legalidad, exactitud y sinceridad de las operaciones y acciones administrativas.

c. Principio de Imparcialidad de la Función de Control Fiscal

El control fiscal debe ser ejercido en un marco que garantice imparcialidad y objetividad, dejando de un lado las manifestaciones partidistas o ideológicas. La manifestación legal de este principio está enmarcada en el numeral 2 del artículo 25 de la LOCGR y SNCF.

d. Principio de la Oportunidad de la Función de Control Fiscal

Este principio está representado por la oportunidad en que debe ejercerse la función de control y depende por ende, de la modalidad de control que corresponda, si es control previo, control concomitante o control posterior, cuando se realiza el control interno, y control externo cuando lo realiza la Contraloría General de la República, que puede ser un control previo excepcional. Este principio está contenido en el artículo 25.4 de LOCGR Y SNCF.

e. Principio de Economía de la Función de Control Fiscal

Este principio se encuentra consagrado dentro del artículo 25.5 de la LOCGR Y SNCF, consiste en que la actividad administrativa minimice los costos de funcionamiento adquiriendo los bienes, servicios y ejecutando obras, que requieren para su normal desempeño en las condiciones más favorables posible de calidad, contabilidad, lugar, tiempo y precio, sin incurrir en sobre costos innecesarios.

Este principio debe presidir la función administrativa y consiste en minimizar el gasto y maximizar las rentas de los entes públicos.

f. Principio de Celeridad en la Función de Control Fiscal

Este principio está enmarcado dentro del artículo 25,6 de la LOCGR y SNCF y consiste en que la actividad administrativa minimice los tiempos, no entorpezca la gestión presentando obstáculos y dando respuesta oportuna a todas las tramitaciones y solicitudes de los particulares.

g. Principio de Participación Ciudadana en la Función de Control Fiscal

La participación ciudadana en el control fiscal está establecida en el artículo 62 constitucional, que favorece la intervención ciudadana en los asuntos públicos del Estado, al señalar que la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su desarrollo; este objetivo es desarrollado en el artículo 6 de la LOCGR y SNCF, al señalar que los órganos que integran el sistema nacional de control fiscal deben adoptar las medidas necesarias para fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública.

Con arreglo a la disposición constitucional aludida la LOCGR y SNCF, señala que el Contralor General de la República dictará diversas normas que procuren este principio, para involucrar a las comunidades en el desarrollo de su entorno inmediato, su municipio, el estado y por ende del país.

3. Ámbitos del control fiscal

El control fiscal abarca dos tipos de ámbitos de actuación: el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo.

a. El ámbito objetivo

El control fiscal atiende a la comprobación y verificación del uso que se le da al patrimonio público, uso que comprende el manejo de los gastos del Estado, de sus recursos, de la forma como se gasten y se liquiden y de la conservación, administración y custodia de los bienes de la Administración Pública.

La competencia de los órganos de control está determinada porque los recursos que son el objeto del control tienen su origen o provienen del Fisco Nacional, excluyendo su intervención en las actividades de los particulares, en los cuales no exista participación patrimonial del sector público.

c. El ámbito subjetivo

Los artículos 9.1 al 9.11 de la LOCGR y SNCF enumera los sujetos pasivos del control fiscal, los cuales son los mismos destinatarios enmarcados en el ámbito subjetivo contenido en la CRBV, que abarca los organismos y entes que integran al sector público que se relacionan con el patrimonio público; pero además, comprende a los particulares cuando éstos se vinculan con el patrimonio público (art. 9.2, LOCGR y SNCF).

4. Modalidades del Control Fiscal

En el Derecho venezolano y comparado, existen distintas formas para realizar el ejercicio del control fiscal, entre ellas se presenta la clasificación según Gómez (2001, p.p. 16-17), la cual responde a la naturaleza del control fiscal, catalogando el mismo como:

“Control Financiero: verifica la economicidad de la gestión...; “El control de Legalidad comprueba que el acto se acomode a la norma aplicable; el control de eficacia persigue mostrar la relación idónea entre el cumplimiento de los objetivos y su Costo...; el control de oportunidad analiza la conveniencia de la actuación en relación con unos elementos o circunstancias concretas; el control contable establece la conexión de la actualidad respecto del Sistema de Contabilidad que sea el caso ... y el control de auditoria, que proviene de la contabilidad empresarial, significa revisión o verificación de los documentos contables a fin de comprobar si sus asientos se ajustan a la realidad”.

Por otro lado, Badell & Grau (1998, pp. 15-16), plantea una clasificación de acuerdo al objeto de control, órgano activo y la oportunidad de su ejercicio, la cual coincide con la señalada por Brewer (2005, p.p. 216-221), especificando lo siguiente:

“Control Numérico-Legal: es el control matemático...; control de gestión: evalúa la calidad de la gestión administrativa y determina los resultados de la acción administrativa en términos de operación y eficacia; control Interno es el que realizan las Unidades de Auditorias Internas...; control externo es el que se ejerce entre órganos o entes de distinta naturaleza...; control previo comprende el análisis de las operaciones que se hayan previsto realizar ante su autorización o de que está surta efecto, con el propósito de determinar la legalidad, veracidad, y su conformidad con los objetivos trazados; control concomitante su finalidad es vigilar la legalidad y saneamiento de las operaciones en la medida que se van realizando; y control posterior: tiene por finalidad realizar el examen y declaratoria del fenecimiento de las cuentas presentadas por los cuentadantes de los fondos públicos, en los que aparece reflejado los resultados de su gestión”.

Ahora bien, de la LOCGR y SNCF, y coincidiendo con estos tratadistas, se desprende las siguientes modalidades de control fiscal:

a. De acuerdo al objeto del control fiscal

-Control numérico-legal

Es un control matemático, cuyo resultado se expresa en la conformidad o inconformidad de la operación controlada con la disponibilidad e imputación presupuestaria; y que se verifique que el uso dado al patrimonio público se adecue al ordenamiento jurídico (arts. 38.1, 38.2, 38.5, LOCGR y SNCF).

-Control de gestión

Este tipo de control persigue medir la eficacia y eficiencia de la gestión del patrimonio público; por lo tanto, avalúa la calidad de la gestión administrativa en términos cualitativos (arts. 61 y 62, LOCGR y SNCF).

b. De acuerdo al órgano de control

-Control Interno

Es el que realizan en forma sistémica, los organismos enmarcados dentro del ámbito subjetivo del control fiscal contenido en el artículo 9 de la LOCGR y SNCF; donde la Administración Pública activa realiza actividades de control previo y concomitante y las unidades de Auditoría Interna realizan el control posterior.

-Control Externo

Es el control fiscal que se ejerce entre los órganos o entes de distinta naturaleza. Lo ejerce la CGR, cuya actuación tiene rango constitucional (arts.

287 al 289, CRBV) y su autonomía funcional es reconocida en el artículo 287 precitado, ratificado por el Legislador en el artículo 3 de la LOCGR y SNCF. Es de hacer notar que cuando se habla de autonomía funcional, orgánica y administrativa, se está señalando el carácter independiente que tiene en el ejercicio de sus funciones.

La Asamblea Nacional, también ejerce un control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 187.3, CRBV), que se ve expresado en un control previo que comprende la discusión y aprobación del presupuesto nacional (art. 187.6, CRBV), donde se estima los ingresos y gastos y el destino que se les va a dar a éstos; autorizan los créditos adicionales (art. 187.7, CRBV); un control perceptivo, que es el que ejerce a través de las investigaciones que pueden realizar sus Comisiones de conformidad con los artículos 193 al 196 de la CRBV, así como el procedimiento de aprobación del voto de censura para el Vicepresidente (a) y a los Ministros (as) que regula el artículo 187.10 constitucional.

Asimismo, la Asamblea Nacional ejerce un control sobre los contratos de interés público municipal, estatal y nacional que se celebren con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela (art. 150, CRBV), con la salvedad que aquellos contratos de interés público nacional requieren esa aprobación solamente en los casos que determine expresamente la ley.

c. De acuerdo al momento de su ejercicio

El control puede ser realizado antes, durante y después de la ejecución de la operación, por ello existen tres tipos de control de acuerdo a la oportunidad de su ejercicio, ellos son:

- Control Previo:

Este control debe ser realizado por la Administración activa antes de realizar la adquisición de bienes y servicios, o la contratación de obras, que signifiquen compromisos financieros para la Administración Pública. Este tipo de control está enmarcado dentro del control interno señalado supra (art. 38, LOCGR y SNCF) y abarca además, tres modalidades: *Control previo al gasto*, que es el que materializa en el examen de los documentos relacionados con la celebración del contrato, órdenes de servicio, facturas u órdenes que impliquen compromisos financieros para la República; *Control previo al pago*, el cual se concentra en el examen de las órdenes de pago que se emitan contra el presupuesto por el gasto o compromiso realizado; *control previo "excepcional"*, denominado así en la Ley de la Contraloría General de la República del año 1996, en su artículo 147, ahora en el artículo 125 de la LOCGR y SNCF, que es el control que puede ejercer la CGR, "*en todo momento, previa resolución del contralor, publicados en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela ...*", "*sobre las actuaciones de cualquiera de los órganos que conforma el poder público...*"

- Control Perceptivo

Este control lo realiza la Administración activa en el momento que recibe el bien contratado o durante la ejecución del servicio u obra contratada, con la finalidad de vigilar la legalidad, exactitud y saneamiento de las operaciones, en la entrega o en la medida que se van ejecutando.

- Control Posterior

Es el control fiscal que realiza la unidad de auditoria interna una vez entregado el bien o ejecutado el servicio u obra contratada, va destinado al examen de los resultados de los gastos y de las operaciones contratadas, y se concreta en el examen de las cuentas presentadas por los cuentadantes de los fondos públicos, en los que aparece reflejado los resultados de su gestión.

B. El Contrato Público

Es el instrumento legal con el que el Estado proyecta y ejecuta sus planes de satisfacción de las necesidades públicas. La LCP (art. 6.5, 2008), lo define:

“ Como el instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, prestación de un servicio o suministro de bienes, incluidas las órdenes de compra y ordenes de servicio, que contendrán al menos las siguientes condiciones: precio, cantidades, forma de pago, tiempo y forma de entrega y especificaciones contenidas en el pliego de condiciones, si fuere necesario”.

Varios tratadistas han indagado acerca del contrato administrativo que en el Derecho comparado es una categoría de éstos contratos, entre ellos:

El maestro Argentino Escola (1977, p.127), señala que los contratos administrativos son:

“Aquellos contratos celebrados por la Administración Pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por lo tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que

coloquen al co-contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto de ésta”.

Citando a Jèze (1949, p.5), los contratos públicos se dividen en dos categorías:

“Los que celebra para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y sometidos a reglas especiales (régimen jurídico de derecho público); ejemplo: el contrato de obra pública, etc. Son los contratos administrativos propiamente dichos; los de derecho civil, acordados por la Administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, pero regulado por el derecho privado; ejemplo: algunos contratos de suministros, venta arrendamiento, etc.”.

Para Rondon (1994, p.p. 57, 608), la noción de contratos administrativos enmarca negocios jurídicos bilaterales que poseen las siguientes características:

- “a. Que son celebrados por una Administración Pública, esto es, aquellos en los cuales por lo menos una de las partes sea una Administración Pública (lo que implica que ambas partes bien pueden tener tal carácter, creando la figura de los Contratos Interadministrativos Públicos);*
- b. El objeto es la prestación directa de un servicio público, la anterior exigencia alude a la necesidad de que el contrato esté destinado a satisfacer en forma directa una necesidad de interés colectivo, lo cual coincide con la noción amplia de servicio público en sentido sustantivo;*
- c. Los contratos administrativos, por estar vinculados a la prestación de un servicio público, incluyen cláusulas exorbitantes, esto es, cláusulas que exceden de las facultades de contratación de los particulares; pero que en la esfera del objeto al cual se destinan, son admisibles, por cuanto protegen el interés general por encima del interés particular y constituyen la materialización de los principios rectores de los servicios públicos”.*

A comienzos del Siglo XX aparece el criterio de servicio público, cuando se señalaba que todo lo que concernía a la organización y funcionamiento de los servicios públicos donde actuara la Administración, era de la jurisdicción administrativa; posteriormente surgió, el criterio de la presencia de las cláusulas exorbitantes en los llamados contratos administrativos, para afinar tal diferenciación, Brewer (1997, p.47) expresa: *“La distinción ya había adquirido sustantividad y perdido su base adjetiva, con base a la idea de las cláusulas exorbitantes, las cuales siempre estaban presentes en los contratos administrativos”*.

La característica del régimen exorbitante en los contratos administrativos no es único criterio que lo califica, la jurisprudencia emanada de los tribunales venezolanos, continúa refiriéndose a las cláusulas exorbitantes junto a otros criterios como los siguientes: que una de las partes sea un ente público; que sea una obra pública, y que se entiendan incluidos las cláusulas exorbitantes, así lo sentenció la SPA - Tribunal Supremo de Justicia en fecha 11-12-2001 (02895, p.7, 2001), en las motivaciones para decidir, al señalar:

...el contrato de obra del cual deriva el acto impugnado es un contrato administrativo, a partir de que el mismo reúne a todas luces las características que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de dichos contratos, a saber, que una de las partes contratantes es un ente público, en el presente caso, una unidad político territorial; que el objeto del contrato es la ejecución de una obra pública; y como consecuencia de lo anterior, que se entienden incluidas cláusulas exorbitantes de la administración, como es, por ejemplo, la potestad de rescisión unilateral del contrato.”

La otrora distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de la Administración regidos por el derecho privado”, desaparece con la promulgación de la LCP, ahora en adelante, todos los contratos de la

Administración Pública deberán denominarse contratos administrativos o contratos públicos; para efecto de este trabajo se llamaran contratos públicos.

La opinión de Horgue (1997, p.p. 16-25), es que:

*“Una de estas particularidades del régimen jurídico que caracteriza a la figura del Contrato Administrativo, calificada incluso como la más singular y extraordinaria, es precisamente, el poder en manos de la administración de modificar las condiciones del Contrato, conocido comúnmente como *ius Variandi*. Su propia esencia reside en la posibilidad atribuida a la administración de alterar unilateralmente los términos de las obligaciones pactadas. De esta forma, el *ius Variandi* parece implicar una quiebra en la línea de flotación de la institución contractual, al menos tal como es entendida en el derecho civil, al quedar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos”.*

De lo anterior se puede aseverar que el poder con que cuenta la Administración Pública de modificar los contratos públicos, se concibe en nuestro derecho positivo, como el *ius variandi*, que es aquella situación jurídica de poder que habilita a su titular a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, conformado así el ámbito de capacidad jurídica de la Administración Pública.

1. La potestad del *ius variandi*

En nuestro país, al menos hasta la fecha de la promulgación de la LCP, el único cuerpo normativo que se había publicado y que ahora está dirigido a regular, supletoriamente a esta Ley, aspectos del contrato público, entre el que se encuentra ese poder atribuido a la administración de alterar las condiciones del contrato, denominado *ius variandi*, son las CGCEO (art. 32, 1997) las cuales señalan:

“ El Ente Contratante podrá, antes o después de iniciada la ejecución de la obra, introducir en ella los cambios o modificaciones que estime convenientes, debiendo notificarse de ello a los garantes. El Ente Contratante podrá otorgar un anticipo especial para financiar al contratista dichos cambios o modificaciones...”

Asimismo, la LCP (art.106, 2008) establece:

“El órgano o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista...”

La LCP al igual que las CGCEO, no señala límites a esta potestad, sin embargo como toda la actuación de la Administración Pública va dirigida al interés público se entiende que cualquier variación a los términos del contrato debe hacerse en aras de ese interés.

El caso de los contratos de obras públicas, las obras nuevas que se permitan, deben estar destinadas a una actividad que complemente las actividades que justificaron la obra objeto del contrato, de lo contrario representaría un límite a la potestad del *ius variandi*.

En efecto, esta prerrogativa, implica que la Administración Pública puede legítimamente variar las condiciones del contrato, lo que supone, una actuación contraria a la obligatoriedad de las partes de mantener lo convenido, y a la vez significa que las prestaciones deberán ajustarse a las necesidades del interés público, cuya determinación corresponde a las Administraciones Públicas

El hecho mismo, de que la Administración Pública pueda modificar, por razones del interés público, las condiciones de las obligaciones pactadas, sin requerir del concurso del contratista, en los supuestos en que ni siquiera se celebra en esos términos el contrato.

Hoy en día, se conmina a la Administración Pública al mantenimiento del contrato conforme a las condiciones que rigen su preparación y adjudicación. El poder de modificación unilateral se ve embuido de nuevas proyecciones, habida cuenta que puede implicar alteraciones a las condiciones sobre las que gira todo proceso de planificación, preparación, selección y adjudicación de los contratos de obras públicas, su plazo de ejecución y su término, y donde debe garantizarse la transparencia y objetividad; no obstante, se le reconoce a favor de la Administración Pública esa potestad, que conjuntamente con la potestad de inspección y fiscalización señalada infra, y el poder de rescindir unilateralmente el contrato, le permiten incidir de manera directa y unilateral sobre el contrato pactado.

2. De la potestad de control, inspección y fiscalización de Obra Pública

En los contratos de obras públicas, el órgano o ente contratante de la Administración Pública ejerce esta prerrogativa (arts. 112-115, LCP) del control, inspección y fiscalización de los trabajos que realice el contratista para la ejecución de la obra, a través del Ingeniero Inspector que designe para ello. Cuando la naturaleza de la obra lo requiera o cuando se estime conveniente podrá designar varios ingenieros, uno de ellos deberá asumir la jefatura del grupo.

El contratista de la obra está obligado a prestar al ingeniero inspector a través del ingeniero residente, las facilidades disponibles en el sitio de los trabajos, durante el tiempo que sea necesario, y cuando así lo requieran las labores de inspección de la obra.

Las atribuciones del Ingeniero Inspector están contenidas en el artículo 115 de la LCP, y son las siguientes:

- a. Elaborar y firmar el acta de inicio de los trabajos conjuntamente con el Ingeniero Residente y el Contratista.
- b. Supervisar la calidad de los materiales, los equipos y la tecnología que el contratista utilizará en la obra.
- c. Rechazar y hacer retirar de la obra los materiales y equipos que no reúnan las condiciones o especificaciones para ser utilizados o incorporados a la obra.
- d. Fiscalizar los trabajos que ejecute el contratista y la buena calidad de las obras concluidas o en proceso de ejecución, y su adecuación a los planos, a las especificaciones particulares, al presupuesto original o a sus modificaciones, a las instrucciones del órgano o ente contratante de la Administración Pública y a todas las características exigibles para los trabajos que ejecute el contratista.
- e. Suspender la ejecución de partes de la obra cuando no se estén ejecutando de acuerdo con las especificaciones y normas técnicas.
- f. Recibir las observaciones y solicitudes que formule por escrito el contratista en relación a la ejecución de la obra, e indicarle las observaciones o

soluciones que estime convenientes dentro de los plazos previstos en el contrato o con la celeridad que demande la naturaleza de la petición.

g. Informar al menos mensualmente el avance técnico administrativo de la obra y notificar de inmediato, por escrito, al órgano o ente contratante de la Administración Pública cualquier paralización o anomalía que observe en su ejecución.

h. Coordinar con el proyectista y con el órgano o ente contratante para prever, con la debida anticipación, las modificaciones que pudieren surgir durante la ejecución.

i. Dar estricto cumplimiento al trámite, control y pago de las valuaciones de obra ejecutada

j. Conocer cabalmente el contrato que rija la obra a inspeccionar o inspeccionada.

k. Velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales de seguridad industrial y de condiciones en el medio ambiente de trabajo

l. Elaborar, firmar y tramitar conforme al procedimiento establecido en estas condiciones, las actas paralización y reinicio de los trabajos y las que deban levantarse en los supuestos de prórroga, conjuntamente con el Ingeniero residente y el contratista.

m. Cualquier otra que se derive de las obligaciones propias de la ejecución del contrato.

Estas atribuciones y obligaciones comprende la mayoría de las establecidas en las CGCEO, con la diferencia de que en algunas de ellas donde se establecía la palabra “Ente Contratante”, fue sustituida por “órgano o ente Contratante”, lo que se considera un acierto por cuanto también existen órganos que tienen atribuciones para contratar. Asimismo, no se tomaron en cuenta aquellas obligaciones que establecía las CGCEO, que generalmente, no cumplía el ingeniero inspector y que eran o son una obligación del contratista, como lo son las dos primeras señaladas *infra*, y la tercera señalada fue un error haberla excluido, porque era uno de los pocos autocontroles que se lleva en obra. Estas son:

- a. Rechazar cualquier integrante del personal técnico u otro obrero del contratista cuando a su juicio no sea idóneo para la ejecución de la obra o sea perjudicial a la buena marcha de los mismos.
- b. Exigir al contratista el cumplimiento de la obligación de mantener al frente de la obra a un ingeniero residente.
- o. Llevar el libro de obra, según modelo elaborado por el Colegio de Ingeniero de Venezuela firmado, sellado y foliado.

Por último, se introdujo en la nueva ley, una obligación discrecional, que se supone va a surgir en el desarrollo de la ejecución de la obra, como lo es “*cualquier otra que se derive de las obligaciones propias de la ejecución del contrato*”.

3. La potestad de rescindir el contrato unilateralmente.

Entre las prerrogativas de la Administración Pública, además de las señaladas *supra*, se encuentra la de acordar la resolución del contrato y de determinar sus efectos.

A diferencia de la recién promulgada LCP, que solo contempla las causales de rescisión unilateral de contrato por falta del contratista (art.127, 2008), las CGCEO, agrega además, las causales de resolución del contrato no imputables al contratista y sus efectos (arts. 112-114; 1997); la aplicación de algunas de estas causales en el ámbito contractual representan un privilegio general de la Administración Pública de rescindir unilateralmente el contrato, pero también prevé una norma que establece la resolución del contrato de común acuerdo, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable (art. 115, 1997), estas últimas normas son aplicables supletoriamente a la LCP.

Esta prerrogativa va mas allá de lo que expresamente recogen estos artículos, por ejemplo, esa decisión debe hacerse a través del correspondiente acto administrativo, el cual debe gozar de las mismas características que cualquier otro acto administrativo, entre ellas la presunción de legalidad.

Es sólo el órgano o ente contratante de la Administración Pública, la que puede declarar unilateralmente la resolución del contrato, ya sea como producto de su iniciativa, o se lo solicite el contratista, en ambos casos pasa por que concurran algunas de las causales previstas; en uno u otro caso, será la Administración Pública la que a través del correspondiente acto administrativo decidirá sobre la procedencia o no de la resolución del contrato.

La aplicación de esta prerrogativa, trae consigo dos consideraciones importantes, aunque no tanto porque ellas deriven necesariamente de la alteración de lo pactado en el contrato, entre ellas:

a. La circunstancia de que sea la Administración Pública la que deba acordar la resolución del contrato, no significa que se trata de una decisión arbitraria o libre, sino que será adoptada en los términos previstos en las normas precitadas, tomando lo pactado a través del correspondiente vínculo contractual.

b. La Administración Pública es la única que puede decidir sobre la resolución del contrato y sí debe hacerlo a través del correspondiente acto administrativo, revestido de ejecutividad y de legalidad.

Al ser ejecutivo y ejecutorio, el acto que se dicte, producirá efectos de manera inmediata, pudiéndose inclusive utilizarse para ello, los medios de ejecución forzosa que establece el ordenamiento jurídico. El acto que se dicte se presumirá válido lo que obligará al contratista, si no estuviera de acuerdo con su contenido, a impugnarlo asumiendo la posición procesal de actor, con la consiguiente carga de tener que probar que el acto es contrario a derecho.

Los artículos precitados, reconocen la prerrogativa de la Administración Pública para acordar la resolución del contrato, y el artículo 113 de las CGCEO, le corresponde fijar supletoriamente uno de los efectos de dicha resolución, la indemnización. De tal manera que en el contrato de obra pública, por aplicación de un privilegio de la Administración Pública, de manera ejecutiva y ejecutoria y presumiendo la validez de su postura, va a decidir resolver o no el contrato, y si decide hacerlo debe fijar los correspondientes efectos a través del acto administrativo, entre otros, la

indemnización, que en su caso, le corresponda al contratista de acuerdo al último artículo precitado, o a la Administración Pública contratante de acuerdo a lo estipulado en el artículo 118 *eiusdem*.

En el caso, de que el contratista no esté de acuerdo con el contenido del acto administrativo, deberá actuar impugnándolo y tendrá que demostrar que el acto es contrario a derecho, solicitando a su vez, si quiere evitar su ejecución inmediata, la suspensión de los efectos del acto.

C. El Contrato de Obra Pública

Antes de definir el contrato de obra pública hay que definir que es una obra pública, se ha dicho que *“es toda operación material relativa a la construcción, ampliación, arreglo, modificación, realizada con una finalidad pública por una entidad administrativa o por su cuenta”* (Lares, 1992, 389).

En el año 2000, Hernández, señaló que:

“las obras públicas se constituyen así en recursos genéricos, productivos, que al igual que el capital, el trabajo y la industria, son los elementos integrantes del proceso de producción. Para ejecutar una obra pública se requiere una declaración de utilidad pública o interés social de parte de la administración, interés que por ser superior al de los particulares, conduce a la construcción de la obra pública” (p. 100). ”

Lo expuesto induce a precisar la noción de obra pública, es importante señalar que su definición apunta hacia el resultado de la construcción, remodelación o cualquier otro tipo de modificaciones de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como edificaciones, todo tipo de vialidad, puertos, aeropuertos, presas, bases navales, defensa del litoral, señalizaciones; además de la

ejecución de trabajos que transformen la forma o sustancia de los terrenos, parcelas o subsuelo, como dragados, corrección de impactos medioambientales, movimientos de tierras, desarrollos urbanísticos, así como cualquier otra construcción o modificación análoga de ingeniería civil y/o electromecánica, ejecutada por la República, los estados y los municipios.

De acuerdo con esta definición, Hernández (ídem), expuso: *“que tradicionalmente se ha aceptado como Obra Pública el Producto de la creación, elaboración, construcción o transformación de una cosa física preexistente, que da como resultado un bien inmueble, que se promueve o financia por el Estado, con fines de uso público o para la prestación de un servicio de interés general”*.

Para Jiménez (1998, p.40), las características jurídicas de la obra pública son: *“Obras de Utilidad Común, realizadas o ejecutadas por la Administración, y su destino u objeto es la satisfacción de necesidades generales o de conveniencia pública”*.

En cuanto a las obras públicas de carácter general y de utilidad común, se costean con fondos públicos, del tesoro público, cuando son obras del Estado, ejecutándose bajo la inmediata inspección y vigilancia del gobierno.

Este mismo autor (1998, pp.75-76), define como obras públicas:

“Las que son de general uso y aprovechamiento, así como también, las construcciones destinadas a servicios que se encuentren a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos. Hay pues dos grandes bloques de obras públicas: en primer lugar, las de general uso y aprovechamiento, tales como los caminos, carreteras, ferrocarriles, puertos, faros, grandes canales de riego, canales de navegación, obras de policía, aprovechamiento y encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos, y saneamiento de

terrenos; en segundo lugar, el conjunto de edificios públicos destinados a los servicios administrativos”.

En los actuales momentos, hay una ampliación en el concepto de obra pública al incluir dentro de ésta los edificios destinados a los servicios de la República, de los estados y de los municipios, que en todo caso, no serán de general uso y aprovechamiento. Así, se ha desvirtuado notablemente el tradicional concepto de obra pública como la destinada al uso público o al aprovechamiento general por motivos tácticos, al extender dicho concepto también a los edificios construidos por la administración, siempre que se destinen a albergar la sede o las instalaciones de los servicios administrativos. En este orden de ideas, el servicio administrativo debe entenderse en el más puro sentido material, es decir, medios personales y materiales, sin que pueda equipararse con la actividad o servicio público.

Ahora bien podemos deducir que el contrato de obra pública es el que la Administración Pública celebra con una persona pública o privada (contratista) física o jurídica, para la ejecución de una obra pública, es decir, la que tiene por objeto la construcción o remodelación o cualquier otro tipo de modificaciones de un inmueble, ejecutada por la República, los estados y los municipios.

En los contratos de obra pública es donde con mayor frecuencia el órgano o ente contratante de la Administración Pública ejerce el poder o prerrogativa de modificación unilateral en aras del interés público (*ius variandi*) como señala Horgue (1997, p.89) “...en los Pliegos de Condiciones Generales para poscontratos de obras se han previstos diversos supuestos de variación de la configuración de la obra inicialmente proyectada: alteración de las unidades previstas, introducción de unidades diferentes..., entre otras”; en la RBV, esto se manifiesta en las variaciones de obras, modificación en los lapsos y/o

términos del contrato, todo de acuerdo a la LCP y a las CGCEO, sin modificar la ecuación económica del contrato.

1. Contenido del Contrato de Obra Pública

El documento principal de un contrato de obra pública debe contener la identificación de los contratantes; claramente definido el objeto del contrato; el monto en bolívares del presupuesto de la obra; la fecha de inicio del contrato y su término; el monto del anticipo si lo hubiere; el plazo de ejecución; las sanciones aplicables; las garantías sobre el anticipo y de fiel cumplimiento; el lapso de conservación o de garantía de la obra, y cualquiera otra que el órgano o ente contratante de la Administración Pública considere conveniente de acuerdo al Art. 2.1 de las CGCEO y para los efectos de la formalización del contrato como anexos la documentación contenida en el artículo 93 de la LCP.

Asimismo, contendrá el proyecto completo de la obra a ejecutar (Arquitectura, estructura, instalaciones sanitarias, eléctricas y mecánicas, memoria descriptiva y cómputos métricos); las normas técnicas de construcción; presupuesto de la obra, con la descripción de las partidas, las unidades de medida, cantidades de obra por partidas, rendimientos de obra, los precios unitarios y los totales; cronograma de trabajo, y por último debe señalarse que el contrato debe regirse por la LCP.

2. De las Variaciones del Presupuesto del Contrato de Obra Pública

De los artículos 109 y 110 de la LCP, se desprenden tres (3) tipos de variaciones en el presupuesto original que acompaña un contrato de obra pública, que son fundamentadas por los contratistas o introducidas y aprobadas por el órgano o ente contratante:

a. Las variaciones en los precios de las partidas presupuestarias, aprobadas según lo contemplado en los artículos 62 al 67 de las CGCEO, y que son todas las variaciones en los precios de las partidas que hayan afectado realmente el valor de la obra, deberán ser reconocidas y canceladas por la Administración Pública, previa ocurrencia efectiva de las variaciones en relación con el presupuesto original. Pueden existir variaciones en los precios de los materiales, equipos y mano de obra, por causa de la inflación y/o por el Hecho del Príncipe.

b. Los Aumentos o Disminuciones, según lo establecido en el artículo 109 de la LCP en concordancia con los artículos 68 al 70 de las CGCEO. Estas variaciones se presentan en las cantidades de obras de las partidas del presupuesto original, ocasionadas por errores en los cálculos métricos originales o por modificaciones de la obra en las mismas partidas autorizadas por el órgano o ente contratante.

c. El artículo 109 de la LCP, también señala en su parte final que se consideran variaciones del presupuesto las obras adicionales, y las CGCEO (art. 71,1997) las define como aquellas cuyos precios unitarios no hubieren sido previstos en el presupuesto original del contrato y se clasifican en:

Obras Extras: son las que están comprendidas en los planos y especificaciones técnicas particulares, pero omitidas en los cálculos métricos originales (art.71.a, CGCEO).

Obras Complementarias: que son las que no fueron indicadas en los planos y especificaciones técnicas originales, ni en los cálculos métricos originales,

pero cuya ejecución es necesaria para la construcción y cabal funcionamiento de la obra contratada (art. 71.b, CGCEO).

Obras Nuevas, comprende aquellas modificaciones de obras ordenadas por el órgano o ente contratante (art.71.c, CGCEO) diferentes a las variaciones precedentes.

Las causas que legitiman el poder que tiene la Administración Pública de introducir variaciones en el presupuesto, consiste en que aparezcan imprevisiones, necesidades de espacios que contribuyan al cabal funcionamiento de la obra contratada o de la actividad que se va desarrollar en la edificación o espacios resultantes; errores en los cálculos métricos originales y defectos técnicos en el proyecto elaborado por la propia Administración Pública.

Cuando se introducen estas variaciones, se puede producir un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, y en algunos casos alterar el proyecto original del contrato.

En el primer caso, no se produce un desequilibrio en el monto del contrato, solamente cuando existe aumentos en las cantidades de obras que van a ser canceladas con disminuciones en las cantidades de obras de otras partidas del presupuesto original, lo que comúnmente se conoce como “ aumentos contra disminuciones” ; esta situación debe ocurrir solamente cuando existen partidas en el presupuesto del contrato que no se requieren para la terminación de la obra, lo contrario a esto representaría una disminución que implicaría una reducción de las metas físicas establecidas en el contrato.

El resto de las variaciones en el presupuesto del contrato: variaciones de precio, las obras adicionales (Obras extras, complementarias y nuevas) y los mismos aumentos de las cantidades de obras, sin disminuciones, sí comprenden modificaciones en el monto del contrato que producen desequilibrio en el monto del contrato..

En el caso de las obras adicionales, los precios presupuestados deben ser justos y razonables, y en el caso de aumentos de obra, los precios de las partidas presupuestadas deben ser los mismos del presupuesto original, sujetos a reconsideración de precios establecidos en el artículo 110 de la LCP.

Estas modificaciones o variaciones en el presupuesto de la obra, como pueden ver, son de dos tipos: cuantitativas, cuando se produce variación en el presupuesto que supone una variación del precio del contrato; y cualitativas, cuando con independencia de la repercusión cuantitativa, se trata de modificaciones que representan una alteración del proyecto original.

Todas estas variaciones a excepción de la variación en los precios, representan una modificación en el proyecto original, que en el caso de obras complementarias, aumentos de obra y obra nueva, puede ser sustancial por la naturaleza de las obras no contempladas en el proyecto, pero ordenadas por el órgano o ente contratante la Administración Pública; y en relación con las obras extras, no representan variaciones en el proyecto original, por cuanto son variaciones previstas en ese proyecto, pero omitidas en los cálculos métricos.

3. De la resolución del contrato de obra pública

Entre las prerrogativas del órgano o ente contratante de la Administración está la contenida en la LCP (art. 127, 2008), que es la de acordar la resolución del contrato. Esta prerrogativa de resolución es diferente a la prerrogativa de modificación (*ius variandi*), ya que al acordarse la extinción del contrato, no podrá hablarse con rigor de su modificación, en ésta última todavía subsiste el contrato.

La decisión unilateral de dar por terminado un contrato contenido en el artículo precitado, constituye un privilegio del órgano o ente contratante de la Administración Pública, es ella la que puede declarar unilateralmente la resolución del contrato a través de la oportuna actuación administrativa.

La circunstancia de que sea el órgano o ente contratante de la Administración Pública la que deba acordar la resolución del contrato, lo hará adoptando los términos previstos en el vínculo contractual y en la legislación aplicable, es decir, cuando haga uso de esta prerrogativa, deberá tomarse como referencia ineludible el contenido del contrato y la legislación vigente.

Asimismo, las CGCEO aplicables supletoriamente a esta ley no sólo reconocen la prerrogativa del órgano o ente contratante de la Administración para acordar la resolución del contrato, sino que también fija los efectos de tal resolución. De tal forma, que por aplicación de este privilegio, de manera ejecutiva y ejecutoria y presumiendo la validez de su postura, decide resolver el contrato, y fijará a través del oportuno acto administrativo, la indemnización, que se le corresponde al contratista de acuerdo a los supuestos contenidos en el literal C del Artículo 113 de las CGCEO y lo previsto en el resto de los literales de este artículo que no puede considerarse indemnizaciones.

En un contrato de obra pública pueden concurrir diversas causas que posteriormente pueden dar lugar a la resolución del contrato, la LCP, señala que estas existen por causas imputables al contratista.

El órgano o ente contratante podrá rescindir unilateralmente el contrato de obra pública en cualquier momento, cuando el contratista enmarque su actuación en los supuestos establecidos en el artículo 127 de la LCP. Analicemos uno por uno cada supuesto, a saber:

a. Ejecute los trabajos en desacuerdo con el contrato, o los ejecute de tal forma que no le sea posible concluir la obra en el término señalado.

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse a tenor de lo dispuesto en el proyecto de la obra, en su presupuesto, en el cronograma de ejecución, y en las demás cláusulas del contrato.

Este supuesto, además comprende, la importancia del plazo en el contrato; el contratista debe ejecutar la obra en el plazo pactado, en el caso de incumplir el órgano o ente contratante tiene la facultad de resolverlo. El simple vencimiento de plazo sin que se haya ejecutado la obra, se califica de incumplimiento por culpa del contratista, y el órgano o ente contratante que no es el causante del retardo no puede optar por mantener vivo el contrato, sin antes recibir la respectiva indemnización por daños y perjuicios por el retardo causado por contratista.

b. Acuerde la disolución o liquidación de su empresa, se solicita se declare judicialmente en estado de atraso o de quiebra o cuando alguna de esas circunstancias haya sido declarada judicialmente.

La primera parte de este supuesto se refiere específicamente a los casos de extinción de la sociedad contratista con disolución, es decir, la sociedad que contrató con el órgano o ente contratante se disuelve, sin que otra entidad se subrogue en los derechos y obligaciones del contratista, se produce la extinción del vínculo contractual.

Este supuesto, también abarca, entre las causas que dan lugar la resolución del vínculo contractual, la solicitud de que se declare judicialmente en estado de atraso o de quiebra del contratista, o cuando alguna de estas circunstancias haya sido declarada judicialmente.

Con la solicitud de la declaración judicial de estado de atraso o de quiebra, es la que la determina como causa resolución del contrato. Con dicha solicitud se deja constancia formal de la situación de hecho de atraso en los pagos o de quiebra, siendo así que la sentencia del juez por el que se declare finalmente al contratista en dicha situación legal lo que hace es confirmarlo, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto.

La resolución del contrato por causa de la quiebra del contratista no conlleva en todos los casos a la ejecución de las fianzas de anticipo y de fiel cumplimiento, y a la indemnización de daños y perjuicios a el órgano o ente contratante, por cuanto hay que distinguir el tipo de quiebra de que se trate, si es fortuita, culpable o fraudulenta. En el caso de resolución del contrato por causa de quiebra fortuita no provoca la ejecución de las fianzas, ni el pago de daño y perjuicios. En definitiva la ejecución de las fianzas, o cualquier otra

consecuencia de la resolución del contrato, solo procede cuando se resuelva el contrato por culpa del contratista, en los demás casos se le deberá liberar las fianzas al contratista.

c. Ceda o traspase el contrato, sin la previa autorización del órgano o ente contratante, dada por escrito.

Cuando exista cesión o traspaso de contrato de un contratista a otro, se debe esperar la autorización por escrito del órgano o ente contratante, de lo contrario es causa de resolución del contrato de manera unilateral por parte de ese organismo contratante.

El órgano o ente contratante de la Administración Pública no reconocerá ningún pacto o convenio que celebre el contratista para la cesión total o parcial del contrato, sin que esté autorizado previamente por él, y lo considerará nulo, sin perjuicio del derecho que lo asiste de rescindir unilateralmente el contrato. No tendrán el carácter de cesión o traspaso de contrato y por lo tanto no requerirá de autorización previa del órgano o ente contratante de la Administración Pública los subcontratos que celebre el contratista con terceras personas para ejecutar alguna o varias partidas previstas en el presupuesto de la obra contratada. En este caso no habrá relación alguna entre el órgano o ente contratante y esas terceras personas (art.7, CGCEO), no está autorizada la subcontratación total del presupuesto de la obra, salvo que se le dé el mismo tratamiento de traspaso del contrato.

d. Incumpla con el inicio de la ejecución de la obra de acuerdo con el plazo establecido en el contrato o en su prórroga si la hubiere.

La ejecución del contrato de obras comienza con la firma de el acta de inicio, y como señala el artículo 103 de la LCP el plazo está estipulado en el el contrato, cual se contará a partir de la fecha de su firma por el órgano o ente contratante de la Administración Pública.

El órgano o ente contratante debe acordar una prórroga de ese plazo cuando existan circunstancias que lo justifiquen plenamente y el contratista lo hubiere solicitado por escrito antes de su vencimiento. Se dejará constancia de la fecha en que se inicien efectivamente los trabajos mediante esa acta de inicio, que será firmada por el Ingeniero Residente, que es el profesional responsable de la obra por parte de la empresa; el contratista, y el Ingeniero Inspector, que es el profesional responsable de que los trabajos se lleven a cabo tal como están pactados en el contrato, por parte del órgano o ente contratante.

En el caso, que el contratista incumpla con el plazo, no comenzando los trabajos dentro del plazo estipulado en el documento principal o durante la prórroga, si la hubiere, pagará al órgano o ente contratante, por concepto de cláusula penal `por cada día de retraso en el inicio, la cantidad que señale el contrato (art.18,CGCEO), sin perjuicio de que se declare la rescisión del contrato, si así lo estimare procedente el ente contratante, conforme a lo previsto en este supuesto.

e. Cometa errores u omisiones de carácter grave durante la ejecución de los trabajos.

Previamente podemos decir, que este supuesto de rescisión está incluido en la primera causal señalada, en lo referente a ejecutar los trabajos en desacuerdo con el contrato, y se entiende que cometer errores u omisiones de carácter

grave en la ejecución de la obra, es actuar en contra de lo pactado en el contrato.

Los errores u omisiones que puedan suceder en la ejecución de una obra pública, es causa de resolución del contrato. Estas equivocaciones materiales, pueden corregirse en cualquier momento durante la ejecución de la obra; sin embargo se tiene en cuenta, que podrían repetirse, y entonces el órgano o ente contratante opta por la resolución del contrato.

f. Cuando el contratista incumpla con sus obligaciones laborales durante la ejecución de los trabajos.

El contratista es el único patrono del personal que labore en la ejecución de la obra objeto del contrato y debe dar cumplimiento a todas las disposiciones de ley, asimismo responderá del pago de las obligaciones que derivan de su relación laboral de conformidad con la ley del trabajo; el Contrato colectivo que se suscriba con la Cámara de la Construcción, la normativa que rige los Institutos de Cooperación Educativa, y de los Seguros Sociales y la LOCYMAT.

g. Haya obtenido el contrato mediante tráfico de influencias, soborno, suministro de datos falsos, concusión, comisiones o regalos o haber empleado tales medios para obtener beneficios con ocasión del contrato, siempre que esto se compruebe mediante averiguación administrativa o judicial que al efecto se practique.

Este supuesto regula la rescisión del contrato obtenido por los medios allí señalados, siempre y cuando se le haya demostrado esa responsabilidad mediante resultado de averiguación administrativa o sentencia judicial. Los

medios idóneos para ser adjudicatario de un contrato de obra pública están establecidos en la LCP, y cualquier contravención será causal de rescisión unilateral del contrato..

h. Incurra en cualquier otra falta o incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, a juicio del órgano o ente contratante.

Esta causal discrecional para el órgano o ente contratante, lo obliga mas aún a actual en el marco de la normativa que regula la contratación pública.

i. No mantenga al frente de la obra a un Ingeniero Residente.

El contratista deberá mantener al frente de la obra un Ingeniero en legal y libre ejercicio de la profesión, quien ejercerá las funciones de Ingeniero Residente, con la experiencia y especialidad en el área de la obra objeto del contrato, certificado como tal por el CIV y participará por escrito al órgano o ente contratante la designación de éste, acompañada de la constancia de su aceptación, de copia de la solvencia y la certificación emitida por el CIV. El Ingeniero Residente tendrá poder suficiente para actuar por el contratista durante la ejecución de la obra; en caso contrario a la no presencia de este ingeniero en la obra, será causal de resolución del contrato.

Además de estas causales las CGCEO establecía otras no imputables al contratista. Estas causas dentro de esta norma, sólo se remite a la decisión del órgano o ente contratante de desistir en cualquier momento de la construcción de la obra contratada, aun cuando se hubiese iniciado, y aun no haya mediado falta alguna por el contratista, sólo se le debe notificar a este tal decisión; en este caso el órgano o ente contratante cancelará al contratista de acuerdo a lo

que le corresponda de lo establecido en los literales a), b) y c) del artículo 113 ejusdem.

Las CGCEO le reconocen al órgano o ente contratante, en el ámbito de los contratos de obras públicas, el derecho de resolver el contrato por voluntad unilateral, no como consecuencia del incumplimiento por ser partes de las cláusulas contractuales; efectivamente el artículo 112 prevé en forma taxativa, el desistimiento como causas de extinción del contrato de este tipo de obras. En este tipo de desistimiento el órgano o ente contratante dicta la correspondiente resolución administrativa, que notifica al contratante, la voluntad unilateral de extinguir el vínculo contractual, con las consecuencias económicas previstas en el artículo 113 señalado supra.

La resolución del contrato de obra pública por mutuo acuerdo, exige la concurrencia del consentimiento de las partes contratantes para dejar sin efecto el contrato suscrito, tiene un carácter bilateral, y está ubicada como una forma de resolución no imputable al contratista en el artículo 115 de las CGCEO.

El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución del contrato de obra pública, consiste en la imprescindible convergencia de la voluntad del contratista y del órgano o ente contratante.

De igual forma que se perfecciona el contrato por la declaración de voluntad de ambas partes, es necesario tal concurrencia para dar vida a un acuerdo de signo contrario, como lo es el dirigido a extinguir el contrato.

La declaración de voluntad de la Administración debe reunir dos requisitos, los cuales deben ser concurrentes:

-Inexistencia de algunas de las causas de resolución imputables al contratista, señalados en el artículo 127 (LCP, 2008). El órgano o ente contratante no puede renunciar a los efectos legalmente previstos en el artículo 118 *eiusdem*, para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista; la razón estriba en que así se estaría salvaguardando el interés público.

-Razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la existencia del contrato, como por ejemplo si con ese acuerdo, no se produjera efectos económicos perniciosos para el órgano o ente contratante, que los que derivarían del incumplimiento del contrato por parte de ella, es decir, es mejor para el órgano o ente contratante una resolución de mutuo acuerdo cuando el costo final para ésta va a ser menor al que derivaría de su incumplimiento contractual.

5. Otras causas de resolución del contrato de obras públicas no previstas en la LCP y en las CGCEO.

a. Muerte del contratista. En este supuesto, el órgano o ente contratante podrá acordar la continuación del contrato con los herederos o sucesores, o resolver el contrato.

La muerte del contratista, como causa de resolución, no opera automáticamente, por el solo hecho de producirse, sino que el vínculo contractual podrá subsistir, novado subjetivamente a través de la subrogación de los herederos o sucesores en la posición del causante, salvo que del contrato surjan obligaciones personalísimas para el contratista.

El órgano o ente contratante debe tener en cuenta, si ocurre la muerte del contratista lo siguiente:

1) Quienes son los herederos o sucesores

2) Los herederos o sucesores, tienen el deber de comunicar inmediatamente al órgano o ente contratante el fallecimiento del contratista, no obstante pueden surgir diferentes soluciones:

- El desconocimiento del contrato, por parte de los herederos o sucesores, por esta razón o por otra, no comuniquen el fallecimiento del contratista; en tal sentido, si se produjera un incumplimiento del contrato posterior a la muerte, como consecuencia del abandono de hecho de la obra, no podrán oponer ya los herederos sucesores, el fallecimiento anterior del contratista, como argumento para evitar cualquier tipo de responsabilidad.

- Es posible que el órgano o ente contratante tenga conocimiento de la muerte del contratista, aunque no se lo hayan comunicado directamente los herederos o sucesores; en tal caso, el organismo debe actuar de la misma manera que si lo hubiera conocido a través de ellos, es decir, aceptando la oferta que en efecto estos formulen o rechazándola y resolver el contrato.

- Los herederos o sucesores deben comunicar al órgano o ente contratante el fallecimiento del contratista, y podrán mostrar o no el interés por seguir con la ejecución del contrato. En este sentido, se presentan tres soluciones, la primera, cuando ellos comunican la muerte del contratista y manifiestan la falta de interés por seguir con la ejecución del contrato, en este caso se deberá acordar la resolución del contrato; la segunda, cuando comunican y solicitan expresamente colocarse en la posición de su causante, en este supuesto el

órgano o ente contratante deberá valorar objetivamente la solvencia técnica, económica y personal de los oferentes para decidir si autoriza o no la subrogación de estos en la posición del contratista fallecido; y la tercera e igual de conveniente para el órgano o ente contratante que la primera es la resolución unilateral del contrato una vez conocida la noticia del fallecimiento del contratista.

b. Desaparición o supuesta muerte del contratista

Cuando el contratista desaparece sin constancia efectiva de su muerte, causa automáticamente una paralización de la obra, que se puede resolver con mayor celeridad actuando de acuerdo al contenido del numeral 1 del artículo 127 de la LCP, si ha firmado el acta de inicio, y por el numeral 4 de ese mismo artículo, si no la ha firmado.

Cabe destacar que la situación legal de ausencia o fallecimiento del contratista, no se produce hasta que se dicte la correspondiente declaración judicial. Además en el caso de una declaración de ausencia no se produce la apertura de sucesión en los bienes de propiedad del ausente legal, de tal manera que formalmente no hay herederos o sucesores que puedan formular el correspondiente ofrecimiento para seguir con la ejecución del contrato.

IV. CONTROL FISCAL EN LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

A. Control Previo

Este control en los contratos de obra pública se ejerce antes de haberse perfeccionado y legalizado dicho instrumento, en esa oportunidad se realiza para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 38 de la LOCGR y SNCF, a saber:

1. Que el gasto, destinado al contrato esté correctamente imputado a la correspondiente partida presupuestaria o, a créditos adicionales previamente aprobados.
2. Que exista disponibilidad presupuestaria
3. Que los costos, resultados de los análisis de precios, sean justos y razonables, salvo aquellos contratos que son productos de procesos de competencia, donde los precios son el producto de la mejor oferta.
4. Que se hayan previstos las garantías de anticipo, si se decidió a otorgarlo (art.99, LCP), y de fiel cumplimiento, que es una garantía opcional para garantizar que la obra se ejecute según contrato (art. 100, LCP).
5. Que los documentos contenidos en lo artículos 2,3 y 4 de las CGCEO y 93 de la LCP, cumplan con las normas técnicas vigentes para estos propósitos.

En la revisión de los presupuestos correspondiente a aumentos de obras, disminuciones de obras u obras adicionales (Obras extras, obras complementarias y obras nuevas), para su conformación deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Si se trata de presupuestos de aumentos de obra, por tratarse de incremento de parte o de todas las cantidades de obras previstas en el presupuesto original, el precio debe ser el mismo al de las partidas contempladas en el contrato.
2. Si se trata de presupuestos correspondientes a obras adicionales, los costos que resultan de los análisis de precios, deben ser justos y razonables.
3. Si se trata de presupuesto de disminuciones, se considerará que contendrá partidas que no son necesarias para el desarrollo de la obra, por lo tanto no podrán ser consideradas en presupuestos futuros de la obra.
4. Para proceder a la conformación de cualquiera de las obras arriba señaladas, el órgano o ente contratante deberá contar con las disponibilidades presupuestarias que permitan su posterior ejecución.
5. Cuando se trate de la conformación, de cualquiera de estos presupuestos de variación de obra, debe existir un informe de justificación de esa variación, elaborado por el Ingeniero Inspector, no obstante este no está facultado en ningún caso para autorizar modificaciones o cambios en la obra contratada.
6. La existencia de alguna de estas modificaciones del presupuesto original, una vez conformada debe ser informada a la empresa garante del anticipo y del fiel cumplimiento si existiere.

En la revisión de presupuestos de variaciones de precios o de reconsideración de precios, para su conformación se debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Debe comprobarse la ocurrencia efectiva de las variaciones de precios en relación con el presupuesto original del contrato, entre las fechas de la firma del acta de inicio y la fecha de la firma del acta de terminación.
2. Las variaciones de precios alegadas deben derivar de hechos posteriores a la fecha de la firma del contrato, y ser por tanto imprevisibles para el contratista, y deben haberse causado dentro del lapso de ejecución de la obra, incluyendo las prorrogas.
3. Toda reconsideración de precios se considerará procedente, cuando fuere presentada la solicitud dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que suceda el evento que motiva la variación, tal como establece el artículo 66 de las CGCEO.
4. Debe tramitarse durante la vigencia del ejercicio fiscal del año en que se efectuó la contratación, si ocurrió el evento durante ese ejercicio fiscal.
5. Las cantidades de obras relacionadas en valuación debe corresponderse con las conformadas en valuaciones de obras ejecutadas.

Es también, parte de este control, según el artículo 28 supra señalado, la verificación previa a la realización de pagos de las valuaciones de obras

ejecutadas, según cronograma de desembolsos de la obra, y cumpliendo con los requisitos señalados *infra* incluyendo los contenidos en la parte *in fine* del artículo precitado, es decir:

- a. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
- b. Que estén debidamente imputadas a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados. La Resolución Administrativa y el contrato deben señalar la partida presupuestaria correspondiente a la obra programada, y si no a la aprobación de un crédito adicional.
- c. Que corresponda a créditos efectivos de sus titulares.
- d. Que la valuación de obra ejecutada sujeta al pago se corresponda a las partidas del presupuesto de obra, no relacionadas en valuaciones anteriores, y esté previamente avalada por el Ingeniero Inspector y por el Ingeniero Supervisor con sus respectivos informes.
- e. Que de la valuación de la obra ejecutada sea amortizado el porcentaje del anticipo entregado, si fuere el caso, y descontado los impuestos correspondientes.
- f. Si se trata de una valuación de obra adicional ejecutada, debe tener la aprobación correspondiente al órgano o ente contratante, previo informe del ingeniero inspector y de la unidad responsable de los costos y contratos.

Asimismo, la LOCGR y SNCF en su artículo 124 reconoce a la CGR la facultad de ejercer en todo momento, previa resolución del Contralor General de la Republica, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, cualquier tipo de control previo sobre las actuaciones de cualquiera de los órganos que conforman el poder público, con atribuciones en la ejecución de obras públicas, y estos deberán acatar las decisiones que la CGR adopte.

B. Control Concomitante

Este control se realiza durante todo el proceso de ejecución de las obras, a través de las inspecciones programadas, según cronograma de inspecciones, el cual está en correspondencia con el cronograma de ejecución de la obra. Este tipo de control atiende a la verificación de la exactitud, sinceridad y corrección técnica en la ejecución de la obra contratada.

En el caso específico de la ejecución de obra pública, el momento de la realización de este control coincide con el control previo desarrollado por la actividad administrativa diaria del ingeniero Inspector, como la tramitación de actas de paralización, actas de reinicio, prorrogas, tramitación de presupuestos de variación de obras, variación del cronograma de ejecución y comunicaciones diarias. Este control termina con la firma del Acta de Recepción Provisional, oportunidad en que debería comenzar el control posterior, ya que es el momento en que se debe tomar la medición final de la obra y el cuadro de cierre definitivo, los planos definitivos de la obra y constancia de los funcionarios autorizados de que en la obra no existe alguna anomalía, tal como lo establece el artículo 91 de las CGCEO.

En este momento del control concomitante, es la oportunidad para que se concrete el principio de participación ciudadana, en el ejercicio de la vigilancia y control que deben ejercer sobre las obras que se ejecutan en sus comunidades, los mecanismos de participación los establecerá la CGR, tal como lo señala el artículo 75 de la LCGR y SNCF.

C. Control Posterior

Este control es realizado una vez que se ha firmado el acta de recepción provisional de la obra, y alcanza tanto el control de ejecución de la obra como lo relativo a su legalidad; es ejercido por la unidad de Auditoria Interna del órgano o ente a quien pertenece la unidad responsable de la ejecución de las obras. En este control, el principal instrumento son las cuentas referentes a las obras ejecutadas y los resultados que deben rendir los que manejan, administran y custodian los recursos destinados a las obras. No existe impedimento alguno para que este control sea ejercido a partir de la firma del acta de terminación, siempre y cuando se tengan suficientes elementos técnicos para suponer que la obra está bien ejecutada, sin posibilidades de correcciones posteriores.

El ejercicio del control posterior debe tener pendiente y evaluar los resultados físicos de la ejecución presupuestaria, si llegasen a evidenciarse incumplimientos injustificados, lo cual debe ser informado, a la máxima autoridad del órgano o ente contratante, y la Unidad de Auditoria Interna procederá a establecer las responsabilidades administrativas a que haya lugar (art.165, LOAFSP). Asimismo se evaluará lo siguiente:

1. Con posterioridad al treinta y uno de diciembre de cada año, no podrán asumirse compromisos ni causarse gastos en obras con cargos al ejercicio que se cierra en esa fecha (art. 56, LOAFSP).
2. Los compromisos que al término del ejercicio fiscal quedaron pendientes de causación, debieron haber sido imputados a los créditos disponibles de las mismas categorías programáticas, partidas y sub.-especificas de gastos previstos en el presupuesto vigente. Con posterioridad al treinta y uno de diciembre del año evaluado, no deben asumirse compromisos, ni causarse gastos con cargo al ejercicio que se sierra (art. 135, Reglamento No. 1, LOAFSP)
3. Los compromisos validamente adquiridos deben reunir los siguientes requisitos (art. 57, Reglamento No. 1, LOAFSP):
 - Que hayan sido efectuados por un funcionario competente,
 - que mediante ellos se hayan dispuestos o formalizados obligaciones de acuerdo con los criterios que al respecto haya establecido el Ministerio que tenga competencia sobre las finanzas en ese momento,
 - que hayan sidos dictados de acuerdo a las normas y procedimientos,
 - que la naturaleza y el monto del gasto haya estado previsto en una partida presupuestaria,
 - Que se haya expresado el monto, la cantidad o el tipo de obra, según corresponda y la persona natural o jurídica a quien se haya contratado.
4. Los gastos en obras causados y no pagados al treinta y uno de diciembre de cada año se pagarán durante el año siguiente, con cargo a las disponibilidades existentes (art. 57, LOAFSP). Por lo tanto debe evaluarse la actuación del funcionario responsable, cuanto no se programen y ejecuten a

tiempo las obras, ya que este tipo de pago inoportuno influye en las disminuciones de las metas previstas en el presupuesto del próximo ejercicio fiscal, al menos que se aprueben crédito adicionales para tal fin.

V. EL CONTROL DEL IUS VARIANDI EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. Límites del *Ius Variandi*

Los límites del *ius variandi* surgen cuando la modificación del contrato genera una causa de resolución, a favor del contratista, momento en el que puede optar por solicitar la extinción del contrato con el objeto inicial o mantenerse en el mismo una vez modificado su objeto. Si se amplía el objeto, y si se cambia el objeto puede aceptar participar en un nuevo contrato.

El órgano o ente contratante tiene la potestad de alterar el objeto del contrato, y si el resultado de esa modificación no sirve al interés público, debe resolver el contrato y adjudicar por el procedimiento que le corresponda un nuevo contrato con nuevas modificaciones.

El tema de los límites a la modificación del contrato, señala Horgue Baena (1997, p.107), manifiesta la obligatoriedad del contratista a pasar por la modificación, es decir, “a mantenerse en el contrato y quedar obligado a ejecutar el objeto fijado tras la novación”, y agregaría el suscrito, o solicitar la resolución del contrato

En este sentido, los límites a la modificación del contrato de obra pública, son los que amparan al contratista al pedir la resolución del contrato.

En el caso del contrato de obra pública, la modificación de obra es obligatoria en tanto que cuando alteren el precio del contrato, el nuevo precio será reconocido, que es el caso de las variaciones de obras previstas en los artículos 68, 69 y 70 de las CGCEO, o el límite que para esas variaciones se

hubiere establecido en el contrato, donde el órgano o ente contratante dará especial importancia a la previsión de los recursos presupuestarios para pagar las variaciones del presupuesto original.

Las variaciones en el presupuesto original ocasionadas por errores en los cálculos métricos por modificaciones de la obra autorizada por el ente contratante, cuando se trate de aumentos contra disminuciones, no deben desvirtuar o desnaturalizar el objeto del contrato, por lo tanto, como la LCP y las CGCEO, no establecen límites en el porcentaje de aumentos de obras, que se ejecuten tomando en consideración el sacrificio de otras partidas (aumentos vs. disminuciones), el órgano o ente contratante debe velar para que no se produzcan modificaciones sustanciales que desnaturalicen el objeto del contrato.

En nuestro país el *ius variandi*, está fundamentado en el derecho positivo, consagrándose con carácter específico para los contratos de obras públicas, así, la LCP, lo considera en su artículo 106, en ese sentido señala:

“El órgano o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista. Así mismo, éste podrá solicitar al órgano o ente contratante cualquier modificación que considere conveniente, la cual deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico, técnico y de su presupuesto, y el órgano o ente contratante deberá dar oportuna respuesta a la misma...”

Debe entenderse que este poder de modificación reside en las exigencias que demande el interés general, que se persigue con el contrato. De esta forma, la norma prevé la adecuación del contrato a las necesidades que demande ese interés, para dar entrada a los casos en que se manifieste que su

presupuesto, tal como quedó aprobado, no sirve a las finalidades previstas, Horgue (1997, p. 75) señala, que *“entre la perfección del contrato y su entera ejecución tiene que darse un evento que haga determinante su modificación, en el sentido que de no alterarse su objeto, el contrato no cumpliría completamente el fin perseguido”*.

En el contrato de obra pública, se pone de relieve el diverso alcance que el poder de modificación reviste en función del objeto del contrato, en la LCP se prevé las obras adicionales (art.106, LCP) y las CGCEO las clasifica y las define como: obras extras que son *“las comprendidas en los planos y especificaciones particulares pero omitidas en los cómputos originales”*(artículo 71ª, CGCEO); obras complementarias, son cantidades de obras *“que no fueron señaladas en los planos y especificaciones particulares ni en los cómputos métricos originales, pero cuya ejecución sea necesaria para la construcción y cabal funcionamiento de la obra contratada”* (artículo 71.b, CGCEO) y las obras nuevas son aquellas modificaciones de la obra ordenadas por el ente contratante (artículo 71.c, CGCEO).

La LCP, no establece límites a la modificación en los contratos de obras, para que el contratista se obligue a aceptarlas. No existe precepto en el derecho positivo, que señale límites al *ius variandi*; no obstante, al aparecer necesidades y requerimientos o causas imprevistas, el órgano o ente contratante puede modificar el contrato por razones de interés público.

Existen dos criterios sobre los que descansa la opinión favorable o negativa a la modificación de un contrato de obra pública, de un lado, el interés general, el que condiciona la opinión del órgano o ente contratante de rescindir o mantener un contrato en los casos en que la modificación supera el umbral esperado; por ejemplo: obras extras (art. 71ª, CGCEO) contra disminuciones

que desnaturalizan el objeto del contrato; de otro lado, el de “obra nueva” (art. 71.c, CGCEO) delimitando la modificación de la obra de los supuestos en que deba ser considerada una obra distinta, y que por el monto del contrato requiera un proceso de adjudicación diferente.

1. Criterio del Interés Público

Cuando las partes involucradas en un contrato manifiestan su voluntad de no ejercer su derecho a la resolución del mismo, no existe impedimento legal alguno para que se apruebe el contrato reformado y despliegue su eficacia sobre la modificación que se hizo.

A veces, el interés público, con la decisión de mantener el contrato, luego de ser modificado, se hace coincidir con los motivos que hace más ventajoso, al órgano o ente contratante, acordar la modificación o hacer una nueva adjudicación, como por ejemplo, modificaciones presupuestarias, entre ellas: existencia de imputación presupuestaria y disponibilidad presupuestaria para la ejecución de la obra en ejercicio fiscal presente, y la no previsión presupuestaria para esa obra en el ejercicio fiscal siguiente; también existe como motivo el evitar retrasos en la obra, ya que la celebración de un nuevo contrato que tuviera por objeto las nuevas unidades de obra (la modificación) comprendería un retraso inconveniente para las necesidades o requerimientos del ente, órgano, comunidad o institución a la que va desatinada la obra; el precio del contrato original resulta más económico para el órgano o ente contratante que la formalización de un nuevo contrato, por lo tanto, quedaría justificado el contrato original con la modificación respectiva.

El órgano o ente contratante debe tener presente que sirve mejor al Interés público, si hacer modificaciones al contrato o resolverlo y abrir un proceso

diferente de adjudicación, para ello debe tomar en cuenta el tipo de obra pública a ejecutar, el momento y las circunstancias que estén presentes en el lapso de ejecución que se va a tomar la decisión.

2. Criterio de Obras Nuevas

Este criterio de obra nueva, entraña una modificación permitida en las CGCEO, en su artículo 71c y comprende aquellas modificaciones ordenadas por el ente contratante, para esta modificación no se establece límite; no obstante, la obra resultante de esa modificación debe aparecer como una obra vinculada a la original contenida en el objeto del contrato.

Las obras nuevas, se diferencian de las obras complementarias, en que su ejecución no es necesaria para la construcción y cabal funcionamiento de la obra contratada originalmente, pero si debe ser necesaria para la actividad que se va a desarrollar en la infraestructura a construir, debe estar vinculada a ella.

En nuestro país, puede o no representar una modificación sustancial del proyecto, no obstante, su característica, su tamaño, su peso dentro de la obra a construir, requiere de la aprobación del órgano o ente contratante y de la disponibilidad presupuestaria correspondiente, tal como lo establece el párrafo final del precitado artículo, lo único fuera de norma es la aprobación previa del órgano contralor (auditor interno), ya que ahora no ejerce funciones de control previo.

En España, esta noción de obra nueva ha sido ampliamente descrita y para el Consejo de Estado, *“de verificarse que la alteración determina una obra distinta y desvinculada de la inicial, lo procedente es la apertura de un nuevo*

proceso de selección para adjudicación, cuyo objeto será la obra nueva, porque de lo contrario se están utilizando torcidamente la figura de la novación para eludir la licitación pública” (Horgue Baena, 1997, p. 140), como se afirma en su dictamen 79, del 1º de Abril de 1993:

“el sometimiento a cauces estrictos del ius variandi de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que procede la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevar a admitir el citado ius variandi de la Administración pero con sometimiento de determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública”

En el literal c del artículo 71, señalado supra, se está en presencia de un supuesto de obra nueva, necesaria y vinculada a la obra inicialmente contratada; por lo tanto, no asiste al órgano o ente contratante ninguna opción para resolver el contrato, sino de tratar de mantenerlo, porque si se tratara de una obra nueva desvinculada de la originalmente contratada, se estaría en presencia de una modificación para eludir un proceso de adjudicación de los contenidos en la LCP.

En conclusión, no existe causa que justifique la sustitución de la obra contratada por otra totalmente diferente, porque ello va en contra de la legalidad de la contratación pública, habida cuenta de que el órgano o ente contratante sólo puede elegir al contratista por los procedimientos señalados en la ley precitada.

VI EL FUTURO DE LA CONTRATACION DE OBRA PÚBLICA Y SU ADECUADO CONTROL

Es conocido que la presencia de la Administración Pública como órgano o ente al servicio del Estado arrastra sobre el régimen jurídico contractual determinadas exigencias ordenadas al servicio de su naturaleza pública, de tal forma que es el interés general la causa y su última justificación de que la administración aparezca investida de las prerrogativas señaladas supra, además de las potestades de ejecutoria, de dirección, inspección y control, y de interpretación de los términos contractuales. Por ello, atendiendo a los intereses en juego resulta necesario que la LOCGR y SNCF, en la contratación de obra pública tenga una adecuada aplicación con la finalidad de evitar arbitrariedades, que lejos de garantizar una mayor eficacia, solo consiguen una evidente disminución de las garantías al administrado.

La contratación de obra pública, habida cuenta su importante trascendencia en el correcto funcionamiento de la economía de cualquier país, se ha convertido en unos de los objetivos básicos de Venezuela de cara al Siglo XXI.

Es notorio que la contratación de obra pública es uno de los fenómenos de relevancia administrativa en el marco de la política económica del Estado Venezolano, así es señalado en la Exposición de Motivos de la LCP. De esta manera puede y debe exigirse de una política de contratación de obra pública que permita asegurar el cumplimiento de un marco jurídico existente y sistémico en este campo.

Nos encontramos inmersos en un importante proceso de armonización de legislaciones en el que la Ley de Contratación Pública debe tener un valor especial, a través de la publicidad, transparencia y concurrencia, que contiene en sus procedimientos para evitar la aparición de prácticas corruptas que, por desgracia, han proliferado desde hace más de medio siglo de democracia en la ahora República Bolivariana de Venezuela.

El Sistema Nacional de Control Fiscal tiene por objetivo coadyugar en el proceso de creación y armonización legislativa, que garantice la apertura, transparencia y eliminación de obstáculos directos e indirectos que siguen siendo prácticas de la Administración Pública, de cara a la protección contra la corrupción.

Los nuevos procedimientos establecidos en la LCP, de planificación, de gestión, adjudicación y ejecución, deben pretender, principalmente, dotar de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad, a la contratación de obras públicas, por tratarse de un campo excepcionalmente protegido por la Administración Pública, por lo tanto la finalidad de los nuevos procedimientos es la eliminación de las restricciones a este tipo de contratación para que los futuros contratistas concurren con confianza a la obtención y ejecución de los contratos de obras públicas.

La actuación de los órganos o entes contratantes públicos tiene límites, que afirman la existencia de una Administración Pública moderna, que en su actuar tiene que verificar que se haga dentro de la legalidad, asimismo cumple una función que se entiende como tal en la medida en que esté al servicio del administrado, y para cumplir con ese objetivo se debe tener presente los principios de imparcialidad, de neutralidad, de cooperación, de eficiencia y de eficacia, de racionalidad y de responsabilidad fiscal.

El control fiscal constituye una actividad pública, que tiende a asegurar los intereses de la administración representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera que se aseguren los fines esenciales del Estado, de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a organismos específicos del Estado como la CGR, las contralorías estatales, municipales y órganos de auditoría interna

CONCLUSIONES

A. La Constitución de 1999 ha incorporado en su Sección Cuarta, la regulación básica del órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes del Estado; ha establecido un sistema de controles entre los órganos que conforman los cinco poderes públicos.

B. El término control fiscal, es una acción del Estado a través de sus entes u órganos que permite comprobar si algo está bien, tal como ha sido concebido o definido, o si es correcto respecto a una norma dada; entonces aparece esta acción como una necesidad de un estado de derecho y de responsabilidad que se manifiesta en una actividad que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las normas que regula el manejo de los gastos, bienes y recursos del Estado.

C. El Estado Social y de Derecho (CRBV, art.2) determina una nueva forma de ver la Administración Pública, y obliga a incluir como parte fundamental del concepto de Derecho Público, lo relativo a la distribución de los fondos públicos, su administración y control. Este Estado Social se preocupa por la ejecución de las obras públicas, su estado, sus costos, y por ende el control que debe ejercer para que su ejecución se realice con eficacia y eficiencia.

D. La C RBV, ha establecido un sistema de controles entre los órganos de los poderes públicos del Estado, como consecuencia de la actual división de esos poderes que consagra; tales controles se concretan en vías para garantizar los derechos de los administrados y lograr que la administración de los cinco poderes ajuste sus actuaciones a la Constitución y a las leyes, mediante un sistema nacional de control fiscal.

En el sistema nacional de control fiscal, la CGR es el órgano rector del sistema, es un órgano del Poder Ciudadano, que tiene su propio ámbito de competencias, no guarda relación de auxiliaridad con algún órgano de otro poder, y goza de autonomía financiera; los órganos de auditoría interna, son los que realizan los controles posteriores a la administración activa; y la administración activa ejerce el control previo y perceptivo sobre las actividades que ella misma desarrolla.

E. Dentro de las actividades de control que realiza la administración activa está el control previo y las inspecciones de los contratos para la ejecución de las obras públicas. El control posterior a este tipo de contratos lo realiza la unidad de auditoría interna del órgano o ente.

F. El contrato público es el instrumento legal con el que el Estado proyecta y ejecuta sus planes de satisfacción de necesidades públicas; entre estos contratos está el contrato de obra pública.

G. El contrato de obra pública, es el que la Administración Pública celebra con una persona pública o privada (Contratista), para la ejecución de una obra pública, cuya definición apunta hacia el resultado de la construcción, remodelación o cualquier otro tipo de modificaciones de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como edificaciones, todo tipo de vialidad, puertos, aeropuertos, presas, bases navales, defensa del litoral, señalizaciones; además de la ejecución de trabajos que transformen la forma o sustancia de los terrenos, parcelas o subsuelo, como dragados, corrección de impactos medioambientales, movimientos de tierras, desarrollos urbanísticos, así como cualquier otra construcción o modificación análoga de ingeniería civil y/o electromecánica, ejecutada por la República, los estados y los municipios.

H. Las características del contrato público, y dentro de esa categoría el contrato de obras públicas, es que son celebrados por una administración pública, el objeto del contrato, es la prestación directa de un servicio público que alude a la necesidad de que el contrato esté destinado a satisfacer una necesidad de interés colectivo, lo cual coincide con el destino de una obra pública; y por último, los contratos públicos, por estar vinculado al interés colectivo, incluyen cláusulas exorbitantes que protegen el interés general por encima del interés particular.

I. Dentro de las prerrogativas del contrato público, y por ende, del contrato de obras públicas, tenemos el *ius variandi*, que es la potestad que tiene el órgano o ente contratante de introducir cambios en las condiciones iniciales del contrato, aun modificando la ecuación económica del contrato, siempre que sea restablecida; y la potestad de resolver unilateralmente el contrato y determinar sus efectos.

J. Las causas que legitiman el poder que tiene el órgano o ente contratante de introducir variaciones en el contrato de obra pública, consiste en que aparezcan imprevisiones, necesidades de espacios que contribuyan al cabal funcionamiento de la obra contratada o de la actividad que se va a desarrollar en la edificación o espacios resultantes; errores en los cálculos métricos originales y defectos técnicos en el proyecto elaborado por la propia Administración Pública.

K. Cuando se introducen variaciones en el contrato de obra pública, solamente no se produce un desequilibrio en el monto del contrato cuando existe aumentos en las cantidades de obras que van a ser canceladas con disminuciones en las cantidades de obras de otras partidas del presupuesto original, lo que comúnmente se conoce como “ aumentos contra

disminuciones” ; cuando existen partidas en el presupuesto del contrato que no se requieren para la terminación de la obra, de lo contrario esto representaría una disminución que implicaría una reducción de las metas físicas establecidas en el contrato.

L. En el resto de las variaciones en el presupuesto del contrato: variaciones de precio, las obras adicionales (Obras extras, complementarias y nuevas) y los mismos aumentos de las cantidades de obras, sin disminuciones que impliquen reducción en las metas físicas del contrato, si comprenden modificaciones en el monto del contrato.

M. En un contrato de obra pública pueden concurrir diversas causas que posteriormente pueden dar lugar a la resolución del contrato, la LCP, señala las causas imputables al contratista, y las CGCEO además de indicar éstas señala las faltas no imputables al contratista, y el suscrito añade otras causas no contempladas en estas normativas.

N. La LCP le reconoce al órgano o ente contratante, el derecho de resolver el contrato por voluntad unilateral, no como consecuencia del incumplimiento por ser parte de las cláusulas contractuales; efectivamente el artículo 112 de las CGCEO prevé en forma taxativa, el desistimiento como causas de extinción del contrato de este tipo de obras. En este tipo de desistimiento el órgano o ente contratante dicta la correspondiente resolución administrativa, que notifica al contratista, la voluntad unilateral de extinguir el vínculo contractual, con las consecuencias económicas previstas en el artículo 113 *eiusdem*.

O. El órgano o ente contratante podrá rescindir unilateralmente el contrato de obra pública en cualquier momento, cuando el contratista enmarque su

actuación (por falta del contratista) en los supuestos establecidos en el artículo 127 de la LCP.

P. El control fiscal de los contratos administrativos, y por ende el contrato de obra pública se ejerce en tres momentos; el primero, antes y en el momento cuando se ha perfeccionado y legalizado el contrato, en ese momento se hace el control para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 38 de la LOCGR y SNCF; el segundo momento , ocurre en el instante de la entrega del bien, o durante la ejecución de la obra u operación; y el último momento, cuando se liquida o termina dicho contrato, que es cuando se aplica el control financiero o de gestión.

Q. Para controlar la potestad del *ius variandi* el órgano o ente contratante solo debe tener presente ¿qué sirve mejor al interés público, si hacer modificaciones al contrato o resolverlo y abrir un proceso diferente adjudicación?, para ello debe tomar en cuenta el tipo de obra pública a ejecutar, el momento y las circunstancias que están presentes en el lapso de ejecución que se va a tomar la decisión. Asimismo, tomar en cuenta cuando se está en presencia de un supuesto de obra nueva, ésta debe ser necesaria y vinculada a la obra inicialmente contratada, porque si se tratara de una obra nueva desvinculada de la originalmente contratada, se estaría en presencia de una modificación para eludir un proceso de adjudicación del contrato.

R. El futuro de la Contratación de obra pública y su adecuado control, resulta de una estricta aplicación de la LCP y de LOCGR y SNCF, que evite arbitrariedades que lejos de garantizar una mayor eficacia, solo consigue una evidente disminución de las garantías de los administrados.

S. Los nuevos procedimientos de planificación, de gestión, de adjudicación y ejecución contenidos en la nueva LCP, deben pretender principalmente dotar de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad, a la asignación y contratación de las obras públicas, por tratarse de un campo protegido por el interés público, por lo tanto, esos procedimientos deben estar enfocados a la eliminación de restricciones a la adjudicación y contratación de obras públicas, para que los futuros contratistas concurren en igualdad de condiciones, con confianza a la obtención y ejecución de los contratos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso, I. (1991). ***Técnicas de Investigación Bibliográfica***. (1991). Caracas.
- Brewer-Carías, A. (1997). ***Contratos Administrativos***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Badell Madrid, R. (1998). ***Régimen del Control Fiscal***. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau. No. 4. (1ra. Ed.). Caracas : Editorial Torino.
- Escola, H. (1997). ***Tratado Integral de los Contratos Administrativos***. (2da. Ed.). Buenos Aires. Editorial Desalma.
- Gimeno J. (1995). ***El Control de la Contratación Pública***. (1ra Ed.). Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Hernández, R y otros. ***Metodología de la Investigación***. (3ra Ed.). México: McGraw-Hill.
- Heze, G. ***Principios Generales del Derecho Administrativo***. Vol. 6, Buenos Aires, Desalma, 1949.
- Horgué-Baena, C. (1997). ***La modificación del Contrato Administrativo de Obra, El Ius Variandi***. Madrid: Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Marcial Pons.
- Jiménez, F. (1998). ***Obras Públicas e Iniciativa Privada***. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Klug, U. ***Lógica Jurídica***. Caracas.
- Melich-Orsini, J. (1993). ***Doctrina General Del Contrato***. (2da. Ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Mertehikian, E. (1996). ***Estudios sobre Contratación Pública***. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración.

- Rondon, H. (1981). **Teoría General de la Actividad Administrativa**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana-UCV. 1981.
- Orlando, F. (2004). **La Potestad Inquisitiva de los Órganos de Control Fiscal y la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos**. (1ra Ed.). Caracas: UCAB.
- Ortiz-Álvarez, L., y Mascetti, G. (1999). **Jurisprudencia de los Contratos Administrativos (1980-1999)**. Caracas: Editorial Sherwood.
- Zubillaga Silva, F. (1991). **Consideraciones sobre el Contrato de Obras en el Derecho Venezolano**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para optar al título de Especialista. (1997). Universidad Católica Andrés Bello.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 5453, Marzo 24 de 2000.
- Ley del Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura, y Profesiones Afines. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 26.822, 1958.
- Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. (1938). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 417, 1938.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N°: 37.347, Diciembre 17 de 2001.
- Ley Orgánica del Poder Ciudadano. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 37.310, Octubre 25 de 2001.
- Ley Contra la Corrupción. (2003). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 5.637, Abril de 2003.
- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. (2003). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 37.606, Enero 09 de 2003.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. (2005). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N°: 38.236, Julio 26 de 2005.

Ley para las Personas con Discapacidad. (2007). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, N°: 38.598, Enero 5 de 2007

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. (2008). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, N° 5.891, Julio de 2008.

Ley Orgánica de la Administración Pública. (2008). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, N° 5.890, Julio de 2008.

Decreto Ley N° 318, sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones del 17 de Septiembre de 1999. ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, N° 5394, Octubre 25 de 1999.

Las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras. (1991). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 5096. Septiembre 15 de 1996, Decreto N° 1821 (publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela bajo el N° 34.797 del 12-09-91), Agosto 30 de 1991.

Normas Generales de Control Interno. (1997). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 299.967. (Contraloría General de la República. Resolución N°: 01-00-00-015) Junio 17 de 1997.

Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional. (2003). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 37.783. (Decreto N°: 2.621), Septiembre 25 de 2003.