

Nº 24
Cuarto trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 24. Diciembre 2020

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (acreditado ANECA) y Director del Título de Especialista en Contratos Públicos. Abogado-Consultor. (www.jaimepintos.com)

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.



Secretaría de Gobierno Local del Excmo.
Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de
Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la
Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LAS MODIFICACIONES DE CONTRATOS PÚBLICOS EN LA LCSP 2017

D^a Patricia Portero Hernández..... 15

CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA REGIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA

D^a. Lucía Gómez García de la Torre.....57

EL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESPECIAL MENCIÓN A CASTILLA-LA MANCHA

D. Alberto Campos Jiménez.....95

EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6\2019

D^a Beatriz Sánchez-Girón Martínez 131

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REY EMÉRITO

D. Javier Garcés Urzainqui183

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ESTUDIO SOBRE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y
COMERCIALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA
VENEZOLANA

D. Alejandro Canónico Sarabia277

BASES DE PUBLICACIÓN.....340



EDITORIAL

En el número 24 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D^a. Patricia Portero Hernández con el artículo que lleva por título "Las modificaciones de contratos públicos en la LCSP." Como señala la autora se trata un aspecto fundamental tanto por la complejidad de su regulación como por el abuso de su uso en la práctica de la contratación pública.

A continuación, D^a Lucía Gómez García de La Torre analiza en un trabajo brillante la contratación pública responsable: análisis crítico de las medidas adoptadas en la región de Castilla-La Mancha.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Alberto Campos Jiménez, que aborda el paisaje en la legislación española, con especial mención a Castilla-La Mancha, y la futura ley que lo regulará.



Beatriz Sánchez-Girón Martínez en su artículo “El Derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, y su redacción en el RDL 6\2019” analiza cómo la normativa ha ampliado la regulación de algunos derechos laborales contenidos Estatuto de los Trabajadores. Una de estos derechos, el cual constituye el objeto de este trabajo, es la relativa al derecho de adaptación de la jornada laboral contenida en el artículo 34.8 ET, al objeto de modificar el horario laboral para que el trabajador pueda hacer frente a las responsabilidades familiares, sin reducir por ello el tiempo de trabajo efectivo y el salario.

D. Javier Garcés Urzainqui, analiza el régimen jurídico del Rey emérito. El autor realiza un análisis pormenorizado del proceso seguido para hacer efectiva la decisión tomada por el entonces monarca español de apartarse de la Jefatura del Estado.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de Alejandro Canónico Sarabia se centra en el estudio de las alianzas estratégicas y comerciales. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general. Los contratos de alianzas estratégicas y comerciales, previstos en las normas de la contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, deben cumplir las reglas fundamentales de esa materia, lo que incluye sus principios generales.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR JAIME
PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



ESTUDIO SOBRE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA VENEZOLANA

STUDY ON STRATEGIC AND COMMERCIAL ALLIANCES IN VENEZUELAN PUBLIC PROCUREMENT

D. Alejandro Canónico Sarabia¹

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de
Margarita (Venezuela)

Resumen: Las alianzas estratégicas y comerciales son acuerdos entre sujetos que permite intercambiar las fortalezas de cada uno para lograr objetivos que pudieran ser coincidentes. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el

¹ Abogado. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña (España). Experto en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal. Magister en Historia. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública.



propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general. Los contratos de alianzas estratégicas y comerciales, previstos en las normas de la contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, deben cumplir las reglas fundamentales de esa materia, lo que incluye sus principios generales. Por otra parte, al no existir en Venezuela normas expresas que regulen las relaciones o participaciones público privadas, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas, a la par de las concesiones públicas, pueden ser de suma utilidad para el desarrollo económico y social de la nación.

Palabras claves: Alianza, Estratégica, Comercial, Contratación Pública

Abstract: The strategic and commercial alliances are agreements between subjects that allows to exchange the strengths of each one to achieve objectives that can be coincident. These associative figures are incorporated into the public procurement rules with the purpose of streamlining and simplifying some procedures and forms in the hiring, thinking about the benefit of the general interest. The strategic and commercial alliances contracts, foreseen in the rules of public contracting for the acquisition of goods, provision of services and execution of works, must comply with the fundamental rules of that matter, which includes its general principles. On the other hand, since there are no express rules in Venezuela that regulate public-private relations or participation, commercial alliances and strategic alliances, along with public concessions, can be extremely useful for the economic and social development of the nation.

Keywords: Alliance, Strategic, Commercial, Public Procurement



Sumario: *I. La noción de alianzas estratégicas y comerciales en el Derecho Venezolano. II. Las alianzas estratégicas según la Ley de contrataciones públicas. 1. Necesaria referencia al concepto de procesos productivos. III. Las alianzas comerciales en las contrataciones públicas. IV. Comparación entre alianzas estratégicas y alianzas comerciales. V. Características de los contratos de alianzas en la contratación pública. 1. Las alianzas como excepción a las modalidades competitivas de selección de contratistas. 2. El objeto del contrato no hace posible la competencia. 3. No se pueden sustituir las facultades del contratante. 4. Las alianzas estratégicas y comerciales se constituyen en una forma de contratación directa. 5. El cumplimiento obligatorio de las actividades previas. 6. Particularidades del contenido de los contratos de alianzas. 7. La exclusión de las modalidades de selección de contratistas sólo alcanza al contrato de alianza. 8. La vigencia de las condiciones establecidas en las normas de contratación pública. VI. La relación de las alianzas estratégicas y comerciales con el contrato marco. VII. Reflexiones finales. Bibliografía.*

I. LA NOCION DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES EN EL DERECHO VENEZOLANO

Etimológicamente la palabra alianza proviene del término aliar o aliarse, que sencillamente consiste en la unión de dos o más personas para lograr un fin común. Se trata de un pacto, acuerdo o convención celebrada entre dos o más personas, para perseguir y asegurar objetivos comunes o con intereses coincidentes, pero



con objetivos distintos complementarios y no contradictorios.

Las alianzas pueden asimilarse a una forma de asociación entre personas naturales o jurídicas, en la búsqueda de un objetivo común o complementario. Simplemente ambas partes se ponen de acuerdo para aportar sus fortalezas o habilidades individuales en un conjunto heterogéneo con la finalidad de consolidar una suma de elementos que muestren una unión tendiente a lograr el o los objetivos trazados, que no necesariamente debe ser el mismo objeto para todos los participantes. Además el desarrollo de las actividades compartidas debe verificarse en un escenario de transparencia, confianza y honestidad o integridad².

En estos acuerdos entre dos o más personas se suelen compartir recursos, capacidades, habilidades y/o actividades con un propósito de complemento, mutuo aprendizaje y así mejorar o fortalecer la posición competitiva de ambas entidades, las asociaciones estratégicas pueden celebrarse con ánimo de permanencia o con carácter temporal, de acuerdo al tiempo o duración del cumplimiento de sus objetivos.

Existen dos tipos de alianzas estratégicas: las alianzas estratégicas constitutivas, que incluyen acuerdos de inversión de capital y las alianzas estratégicas colaborativas, en las que se comparten ciertas actividades sin que se forme una nueva entidad. Las primeras suponen la creación de una nueva persona

² La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en su artículo 303 relativo a la regulación del manejo de la industria petrolera hace mención a la posibilidad de utilización de fórmulas de asociaciones estratégicas que pueda celebrar el ente creado para la administración de la industria petrolera o sus empresas filiales.



jurídica, a partir de los recursos aportados por dos o más asociados con el propósito de desarrollar actividades distintas pero a fin con la de las empresas originarias, pudiendo llegar hasta la extinción de alguna de las empresas creadoras. Esta forma de cooperación se encuentra entre las fusiones y adquisiciones y el crecimiento orgánico corporativo.

Mientras que las alianzas estratégicas colaborativas no suponen la creación de una nueva empresa, sino que consisten en la transferencia de tecnología, en compartir una actividad excedentaria de producción o compartir una red comercial determinada, sin que nazca una entidad autónoma o propia distinta a las originarias. Son acuerdos realizados por dos o más partes para alcanzar un conjunto de objetivos deseados por cada parte independiente. Tradicionalmente, se presentan alianzas estratégicas de este tipo entre grandes o medianas empresas que, frente a nuevos retos de consumo o debilidades internas observadas, requieren nuevos recursos o capacidades en logística, producción, tecnología o estrategias de comercialización.

Principalmente las alianzas empresariales se documentan a través de contratos, que consisten en instrumentos escritos donde se determinan las condiciones y el grado de la asociación³. Con dichos instrumentos o actos bilaterales se persigue generar seguridad jurídica para ambas partes y para los terceros que se relacionen con los representantes de la alianza, y adicionalmente para verificar los objetivos concretos que

³ Según el artículo 1.133 del Código Civil venezolano: "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico".



permitan hacer seguimiento y medición de cumplimiento de los mismos, así como establecer responsabilidades.

En el plano empresarial las alianzas estratégicas se han asimilado a otras figuras asociativas como el *Joint Venture* contractual o el *Co branding*⁴, que se trata de la unión de dos o más entidades empresariales o gubernamentales de diferentes dimensiones para combinar recursos y capital, por necesidad o competitividad, con la finalidad de operar objetivos empresariales en conjunción de intereses de propiedad, estrategias comerciales o industriales, distribución de ganancias y eventuales pérdidas, empleando métodos empresariales novedosos y la nueva tecnología de la información y las comunicaciones. Sin duda las alianzas comerciales o estratégicas pueden ser asimiladas a la figura de *joint venture*⁵, por la necesidad de las empresas de complementarse para fortalecerse en los aspectos técnicos, estratégicos o económicos, y compartir riesgos en la consecución de un objetivo común.

En el ordenamiento jurídico venezolano no se encuentra regulada expresamente la figura del *joint venture* contractual, sin embargo analizando sus características y naturaleza jurídica podemos afirmar que esta institución jurídica se identifica por una parte, con los

⁴ Se define como la unión de cosas que concurren a un mismo fin.

⁵ Sobre la noción de *joint venture* se recomienda consultar la tesis de: TREDINICK BRUSCO, C.A., *Joint venture y consorcio, como formas de alianzas estratégicas en los países con Tradición Anglosajona y Latina*, Tesis, Caracas, UCAB, 2005.

<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ7082.pdf> consultada el 1º de febrero de 2018.



consorcios⁶, por las siguientes razones: i. Se crean por medio de un acuerdo o contrato; ii. El plazo de duración de la asociación se vincula con el cumplimiento del objetivo que motivó la asociación; iii. Lo determinante es el cumplimiento del proyecto; iv. Las partes son responsables solidarios frente a terceros; v. Generan control y equilibrios conjunto en las prestaciones de las partes; vi. No da lugar al nacimiento de una persona jurídica nueva y distinta de las partes que lo suscriben; y vii. Cada empresa conserva su patrimonio propio.

Adicionalmente en Venezuela la figura del consorcio se asimiló en muchas ocasiones a la noción de los contratos de cuentas en participación o asociación de participación, previstos del artículo 359 al 364 del Código de Comercio venezolano⁷, y que son consideradas sociedades

⁶ La base legal de los consorcios en Venezuela la encontramos en las siguientes disposiciones normativas: El artículo 10 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (2001); el artículo 20 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de Concesiones publicado en la Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999 (Ley de Concesiones); el numeral 3 del artículo 57 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (G.O. N° 37.999 del 11/08/2004); y el artículo 184 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (G.O. N° 5.555 del 13/11/2001); y una referencia en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009), comentado en COLINA FONSECA, P., *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la ley de contrataciones públicas*, Caracas, FUNEDA, 2010, pág. 16.

⁷ "Artículo 359. La asociación en participación es aquella en que un comerciante o una compañía mercantil da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio. Puede también tener lugar en operaciones comerciales hechas por no comerciantes." Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial N° 475 del 26 de julio de 1955.



accidentales o irregulares para distinguirlas de las sociedades nominadas que el propio código regula: Es por ello que la asimilación con los consorcios, depende del tipo consorcial adoptado y de su objeto⁸.

Por otra parte, resulta conveniente aclarar que no representa una condición indispensable para la formalización de una alianza, la constitución de un fondo patrimonial o contrato de fideicomiso para considerar constituido este tipo de contratos. Si se previó la constitución de un fideicomiso dentro de las condiciones pactadas en el contrato y no se formalizó materialmente, se puede generar un supuesto de incumplimiento parcial de la asociación, pero que no derivaría necesariamente en la extinción de la alianza, a menos que la obligación principal haya sido tal compromiso, y se determine que es imposible avanzar con el objeto del contrato sin esa herramienta financiera.

Cabe destacar que en Venezuela no existe una ley especial de participación público privada, como existen en otros países del orbe, y que en la actualidad representa una alternativa importante para el desarrollo de las naciones emergentes; aun cuando alguna de estas formas de contratación estratégica y colaborativa pudieran tener en la actualidad como principal base legal la Ley de Concesiones, antes citada, y otras que se encuentran en vigor. En ese sentido, podemos precisar

⁸ Dentro de la propia ley de contrataciones públicas se mencionan los consorcios y las alianzas para considerarlos como formas asociativas que permiten participar en los procedimientos de contratación pública. Ver artículo 84 numeral 3 del Decreto N° 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (Denominado en lo sucesivo DLCP).



que en Venezuela encontramos a las alianzas estratégicas en diferentes textos legislativos para sectores determinados.

Identificamos una noción de alianza estratégica en el Decreto Presidencial N° 9.052, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012; que tiene por objeto impulsar unas nuevas formas asociativas entre el estado y las personas de naturaleza privada, para garantizar la justa distribución de la riqueza y defensa de la soberanía nacional en el tránsito al "socialismo".

Con esta norma el estado venezolano pretendió propiciar un nuevo modelo de gestión asociativo a partir de las unidades productivas, de propiedad social o comunitaria conjuntamente con la Administración Pública Nacional, que sea eficiente, sostenible y que genere retornabilidad social y económica con base en el hecho de compartir procesos productivos. Las referidas formas asociativas aportadas son: Las alianzas estratégicas, las empresas conjuntas (empresas mixtas) y los conglomerados⁹.

Pues bien, para esta ley, la alianza estratégica es: *"el acuerdo que se desprende entre una empresa privada o comunitaria y el Estado Nacional a efectos de compartir*

⁹ Según la señalada ley, los conglomerados son un conjunto de empresas públicas y/o privadas que se asocian para un fin determinado planificando esquemas conjuntos para adquisición de materias primas, marcas colectivas, producción, distribución y comercialización. Pero siempre con la intervención de una empresa del estado o una empresa conjunta.



procesos productivos, bien sea en una misma actividad o en encadenamientos asociados. En estas alianzas las empresas involucradas conservan su identidad jurídica por separado y establecen la asociación para los fines descritos” (Art. 3.1.). Observamos que se repiten alguna de las características que ya hemos apuntado para identificar a las alianzas estratégicas, sin embargo, a los fines de esta ley, se le circunscribe a las relaciones de la empresa privada con los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando se refiere al Estado Nacional, y además, privilegiando a las empresas comunitarias, estas son, aquellas regidas por la Ley Orgánica del Sistema de Economía Popular¹⁰. Por lo que esta noción es un tanto excluyente.

Asimismo, las alianzas estratégicas se muestran en el Decreto N° 2.165, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos¹¹, como *“...el acuerdo entre una empresa privada o comunitaria y el Estado Nacional a efectos de compartir procesos productivos, bien sea en una misma actividad o en encadenamientos asociados...”*, para desarrollar

¹⁰ Se entiende como *Empresa de propiedad social directa comunal*, a la unidad socioproductiva constituida por las instancias de Poder Popular en sus respectivos ámbitos geográficos, destinada al beneficio de los productores que la integran, de la colectividad a las que corresponden y al desarrollo social integral del país, a través de la reinversión social de sus excedentes. La gestión y administración de las empresas de propiedad social comunal directa es ejercida por la organización social que la constituya. Ver artículo 10 de la *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (G.O. N° 6.011 del 21 de diciembre de 2011)*.

¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.210, de 30 de diciembre de 2015.



actividades de pequeña minería. En estas alianzas las empresas involucradas conservan su identidad jurídica por separado y establece la asociación para los fines descritos (Artículos 5 y 10).

Por último, los contratos de alianzas estratégicas y comerciales donde participen los órganos o entes que ejercen el Poder Público, se encuentran regulados expresamente en las normas de contratación pública en Venezuela¹², por lo que se puede concluir que se trata de una forma de *Joint Venture* en los contratos públicos. Aunque se prevén como excepción a las modalidades o los procedimientos competitivos que la ley establece. Sin embargo, no podemos perder de vista que al encontrarse las alianzas comerciales y estratégicas previstas dentro de las normas de las contrataciones públicas, se deben cumplir con los principios propios de esta disciplina, como la transparencia, la eficiencia, la economía, la competencia, la honestidad o integridad, el control y la responsabilidad. Esto quiere decir, que si bien el contratista concurre con la doble finalidad de cumplir con el objetivo contractual y generar las ganancias propias del negocio, todas las actividades que se desprenden del objeto principal deben estar previstas en el contrato, así como la determinación de las fuentes de ingresos y los montos.

La libertad propia de un contrato mercantil se pudiera ver disminuida en los contratos de alianzas comerciales y estratégicas en el sector público, por encontrarse

¹² La primera vez que aparecen las nociones de alianzas estratégicas y comerciales fue en el Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008, y se han mantenido en las diferentes reformas legislativas con pequeñas modificaciones.



presente la noción de orden público al estar gestionando un interés general, ya que el Decreto Ley de Contrataciones Públicas (DLCP), tiene por objeto: *"...regular la actividad del estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes..."*¹³. No debemos olvidarnos de este objetivo para comprender la pertinencia de este tipo de relaciones contractuales dentro de la contratación del sector público. Y es precisamente sobre este tipo de alianzas estratégicas o comerciales, que vamos centrar nuestro análisis seguidamente en el presente trabajo.

II. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS SEGÚN EL DLCP

Lo primero que debemos tener claro es que, como observamos en el punto anterior, los contratos de alianzas no son muy comunes en las contrataciones públicas tradicionales. En Venezuela se encuentra su regulación a partir de la vigencia del Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008, que sustituyó a la Ley de Licitaciones, norma esta que nada mencionaba sobre el tema. Ahora bien, a partir de su inclusión legislativa en el citado decreto ley, se ha mantenido en las regulaciones normativas y sus sucesivas reformas, con pequeñas modificaciones, como veremos seguidamente.

¹³ Ver artículo 1 del DLCP.



En la Ley de Contrataciones Públicas de 2008 y en su reforma parcial de 2009¹⁴, así como en la Ley de Contrataciones Públicas de 2010¹⁵, la definición de alianza estratégica estaba prevista en el artículo 6.24, de la siguiente forma:

“Alianza Estratégica: Consiste en el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el órgano o ente contratante y personas naturales o jurídicas, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, con objeto de abordar los problemas complejos del proceso productivo, en beneficio de ambas partes”¹⁶.

Mientras que en el vigente DLCP¹⁷, que derogó a la anterior ley, se amplía el concepto, ahora previsto en el artículo 6.35, quedando redactado de la siguiente forma:

“Alianza Estratégica: Consiste en el establecimiento de mecanismos de cooperación

¹⁴ Reforma parcial de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.165 del 24 de abril de 2009.

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

¹⁶ En el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas aparece mencionada de la siguiente forma: *“Para las Alianzas Estratégicas los bienes o servicios que se incluirán deben estar asociados al proceso productivo del órgano o ente contratante, resultando de la aplicación de estas alianzas beneficios para el cumplimiento de las actividades sustanciales de estos órganos o entes. Debe establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas y obligaciones de ambas partes y la duración de la misma.”*

¹⁷ Decreto Nº 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (DLCP).



*entre el contratante y personas naturales o jurídicas **o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización**, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, **para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante**, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza estratégica en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas. **Comprenderán igualmente los acuerdos entre órganos y entes de la Administración Pública, en un proceso de gestión con las comunidades organizadas.**"*
(resaltado añadido)

Vemos cómo ha evolucionado el concepto para tratar de completarlo y perfeccionarlo. En las primeras regulaciones sólo se describía el objeto de la alianza sin aportar mayores datos a los aspectos formales de la contratación, determinando que se trataba de mecanismos de cooperación, combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades para ayudar en el proceso productivo del contratante, buscando un beneficio común. Tampoco se precisaba su alcance, esto es, si era posible su implementación en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras; interpretándose que no era posible el empleo en la ejecución de contrato de obras, por no estar asociados directamente a procesos productivos del contratante¹⁸. Sin embargo, aun cuando no se

¹⁸ Cabe destacar en el artículo 5.5 de las Leyes de Contrataciones Públicas de 2008, 2009 y 2010, no se incluían a los contratos de obras en las alianzas estratégicas y



determinaba expresamente, esos acuerdos de cooperación debían ser documentados a través de un convenio o contrato donde se describiera la alianza, la razón de ser de la misma, se definieran las condiciones de participación y las obligaciones de las partes.

Por su parte, en el vigente DLCP se agregan a la noción de alianza estratégica características muy importantes para delimitar su alcance y utilización, situación que era necesaria partiendo de la concepción de excepción que comporta la figura jurídica contractual que estudiamos. En primer lugar, se precisa que no es obligatorio que sea un solo contratista que se relacione con el contratante por vía de la alianza, sino que es posible que sea más de una persona reunidas en una misma relación contractual, sin otorgarle relevancia a la forma que adopte esa unión de personas, pudiendo ser un consorcio, una asociación de empresarios, una cooperativa, una unión temporal de empresas, entre otros. Lo importante es la combinación de esfuerzos, capacidades, recursos y habilidades para lograr los objetivos propuestos.

Igualmente, se incluye de forma expresa a los contratos de ejecución de obras asociados a los procesos productivos del contratante, que no habían sido considerados en las leyes anteriores en las que solo se preveían los contratos de bienes y servicios, aun cuando ya se encontraban regulados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (RLCP), a partir del año

comerciales; no obstante, en el artículo 4 del Reglamento de la ley de Contrataciones Públicas de 2009 (RLCP), que aún se mantiene vigente, si se incluían a los contratos de obras, además de los contratos de bienes y servicios, como objeto de alianzas estratégicas y comerciales.



2009¹⁹. Adicionalmente la norma se refiere a las actividades sustantivas del contratante, lo que quiere decir que los bienes, servicios y obras que se pretenden contratar por vía de la alianza estratégica deben necesariamente estar vinculados a las atribuciones o competencias propias del contratante, sin que pueda desligarse de aquellas, por que perdería sentido la alianza celebrada o propuesta.

Así mismo, se pronuncia sobre la forma que debe adoptar la contratación, específicamente en cuanto a su contenido, siendo obligatorio establecer expresamente dentro del contrato las ventajas que obtiene el contratante o poder adjudicador, a propósito de la celebración de la alianza estratégica, comparándola con aquellas contrataciones que pudiera generarle ventajas o no, si se optare por las modalidades competitivas de selección de contratistas. Esto es muy importante, porque es realmente la causa que justifica la utilización de esta modalidad de contratación.

Termina la definición incluyendo dentro de las alianzas estratégicas los acuerdos que se celebren entre distintos órganos y/o entes de la Administración Pública, en los procesos de gestión de servicios donde se involucre a las comunidades organizadas²⁰. Con esta incorporación se

¹⁹ Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.181 del 19 de mayo de 2009.

²⁰ Lo planteado en esta disposición guarda relación con el contenido de Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010, donde se establecen las normas, principios, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del sistema económico comunal, integrado por organizaciones socio productivas bajo régimen de propiedad social comunal, impulsadas por los órgano y entes que ejercen el Poder Público o por acuerdo con las comunidades



ratifica la posibilidad de celebrar alianzas estratégicas entre órganos y entes de la Administración Pública conjuntamente con las organizaciones comunitarias y participativas, para lograr sus fines de interés general. En estos casos la participación de las comunidades organizadas será relevante para distinguir las alianzas estratégicas intergubernamentales de los compromisos de gestión²¹.

1. NECESARIA REFERENCIA AL CONCEPTO DE PROCESOS PRODUCTIVOS

Para lograr el objetivo de este estudio resulta conveniente referirnos a la noción de procesos productivos, empleada por todas las normas antes citadas pero con algunos matices, a los fines de terminar de precisar la concepción de los contratos de alianzas estratégicas, como tipos de contratos de excepción en las normas que regulan los procedimientos de selección de contratistas; en ese sentido debemos apoyarnos igualmente en los términos que aporta la propia ley, y que han variado en las reformas sucesivas, partiendo de

organizadas, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en pro de satisfacer las necesidades colectivas. Así como con las disposiciones del Decreto N° 9.052 con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, antes citado, y la Ley Orgánica para la gestión comunitaria de competencias, servicios y otras atribuciones (2010).

²¹ La figura del compromiso de gestión se encuentra regulada en el artículo 133 y siguientes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.



una aproximación sencilla de procesos productivos hacia una concepción más compleja.

Inicialmente se entendía por procesos productivos, de acuerdo con la Ley de Contrataciones Públicas²²:

“...las actividades realizadas por el órgano y ente contratante, mediante las cuales un conjunto de elementos o materiales sufren un proceso de transformación que conducen a obtener bienes tangibles o servicios para satisfacer necesidades”.

Se trataba de un concepto de proceso de producción sencillo y similar a la noción general que se encuentra en cualquier texto enciclopédico que se refiriera al alcance de la expresión proceso productivo. En ese sentido, procesos productivos son los procesos *“...en el que las materias primas se someten a una serie de operaciones para obtener un producto acabado que presente unas determinadas características dentro de los límites de tolerancia fijados”*. Y si nos referimos a los procesos productivos estrictamente económicos, podemos concluir en que se trata de un *“conjunto de operaciones económicas homogéneas, bien en la especie, bien en el objeto, creadas como consecuencia de la repetición de los diferentes ciclos productivos”*²³.

Mientras que para el vigente DLCP, los procesos productivos son:

“...el conjunto de acciones sucesivas necesarias que requieren una serie de operaciones sobre los

²² Esta definición se encontraba prevista en el artículo 6.17 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2008, su reforma de 2009 y en la versión de 2010.

²³ Gran enciclopedia hispánica, Tomo 15, Panamá, Editorial Planeta, 2006, pág. 5091.



materiales con la ayuda de medios técnicos, habilidades y saberes, pudiendo resultar la obtención de bienes como resultado de un ciclo de transformación, productos provenientes de procesos de explotación o servicios asociados a los aspectos sustantivos del contratante”²⁴.

Aun cuando la redacción de la definición normativa se exhibe un tanto complicada, la idea planteada se puede interpretar en el sentido de la regulación y de la lógica necesaria para construir el conocimiento. Sería en consecuencia la cadena sucesiva de actuaciones encaminadas a generar un producto complejo, servicios, una utilidad o una ganancia, vinculada con las atribuciones o aspectos sustantivos del contratante, a través de la transformación de materiales, bienes o servicios, contando para ello con la asistencia o ayuda en la incorporación de medios técnicos, capacidades, habilidades o saberes.

Y es precisamente en este último aspecto donde se entiende que encuadran perfectamente las alianzas estratégicas o comerciales, cualquiera que sea el caso. Esto quiere decir que los contratistas aliados podrán intervenir dentro del proceso productivo del contratante, para ayudarlo o asistirlo en el suministro de medios técnicos, bienes calificados, habilidades particulares o saberes especiales, para lograr los objetivos trazados, vinculados con las atribuciones del contratante.

III. LAS ALIANZAS COMERCIALES EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

²⁴ Ver artículo 6.21 del DLCP.



En la misma línea metodológica aplicada al análisis de las alianzas estratégicas, revisaremos el contenido de las normas sobre contrataciones públicas que han estado vigentes en Venezuela a lo largo del tiempo. En la Ley de Contrataciones Públicas de 2008 y en su reforma parcial de 2009²⁵, así como en la Ley de Contrataciones Públicas de 2010²⁶, la definición de alianza comercial estaba prevista en el artículo 6.25, de la siguiente forma:

“Alianza Comercial: Son acuerdos o vínculos que establece el órgano o ente contratante con personas naturales o jurídicas, que tienen un objetivo común específico para el beneficio mutuo.”

Mientras que en el vigente DLCP, que derogó a la anterior ley, se amplía el concepto, ahora previsto en el artículo 6.36, quedando redactado de la siguiente forma:

*“Alianza Comercial: Son acuerdos que establece el contratante con personas naturales o jurídicas **o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización**, que tienen un objetivo común específico para el beneficio mutuo **con ánimo de obtención de lucro o remuneración en general**, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza comercial en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas.”*
(resaltado añadido)

²⁵ Reforma parcial de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.165 del 24 de abril de 2009.

²⁶ Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.503 del 6 de septiembre de 2010.



Podemos tomar nota de los comentarios generales formulados al analizar las alianzas estratégicas, debido a que su tratamiento normativo es similar a las alianzas comerciales. Es más, consideramos particularmente que la alianza estratégica es el género y la alianza comercial es una especie dentro de ese género, ya que incluso, las alianzas comerciales también son alianzas estratégicas con puntuales elementos de índole comercial. No obstante, el DLCP le otorga un tratamiento diferenciado en algunos aspectos a la alianza con sentido comercial y a la alianza con sentido estratégico.

Efectivamente, y con repaso de las normas citadas que regulan las contrataciones públicas, las alianzas comerciales tienen la particularidad que el desarrollo del objetivo común que motivó el acuerdo celebrado conlleva a la obtención de una ganancia económica o a la obtención de un lucro o remuneración. Si no está presente el ánimo de lucro vinculado al objeto de la alianza, no se considerará comercial la señalada alianza contractual.

El punto referido al ánimo de lucro que caracteriza a este tipo de relación asociativa, nos lleva a reflexionar sobre la pertinencia de ubicar a las alianzas comerciales dentro de las normas de contratación pública, debido a que recordemos que el DLCP regula específicamente los contratos que tienen por objeto el suministro de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras. En consecuencia, en cuál tipo de contratos de los citados antes, la Administración Pública contratante pudiera perseguir un interés económico, más allá de buscar una mejor oferta o un menor precio, por un bien que necesite adquirir, un servicio que requiera que le presten o una obra que deba ejecutar; partiendo de la premisa que la Administración Pública normalmente gestiona el interés



público sin desarrollar actividades comerciales con estricto interés económico.

Lo anterior nos obliga a concluir que en estricto sentido las alianzas comerciales no deberían pertenecer al género de las contrataciones públicas, si lo que se pretende es que el contratante obtenga un beneficio económico, lucro o remuneración a propósito de la señalada asociación comercial, como lo indica expresamente la norma.

Por su parte, desde la perspectiva del contratista, de forma ordinaria en su relación con la contratante lo anima percibir un lucro o una ganancia por la realización de su actividad comercial, por lo que no representa una sorpresa o un elemento extraordinario esta condición para caracterizar a las alianzas comerciales en la contratación pública; ya que en cualquier contrato público el contratista presta sus servicios, suministra un bien o ejecuta una obra pública a cambio de una remuneración que comporta beneficio o una ganancia económica. Debido a que este elemento característico es la razón de ser de todo empresario u operador económico.

IV. COMPARACIÓN ENTRE ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y ALIANZAS COMERCIALES

En este punto se hace necesario hacer un análisis comparativo entre las alianzas estratégicas y las alianzas comerciales para precisar sus particularidades distintivas y verificar sus puntos de encuentro. Consideramos que son más los elementos que las unen que aquellos que las



distinguen, por ello comenzaremos por tratar de identificar las coincidencias.

Ambas alianzas consisten en convenciones o acuerdos de cooperación para lograr unos objetivos. Igualmente, en ambos casos, la relación se da entre la parte contratante, y una o más personas naturales o jurídicas o un conjunto de ellas o conglomerados, como parte contratista de la relación contractual; careciendo de relevancia la forma jurídica que adopte esa unión de personas para relacionarse válidamente con el contratante. Pero en fin se trata de establecer lazos o mecanismos de cooperación entre contratante y contratista (quienes pudieran estar conformados por más de una persona) en la búsqueda de objetivos concretos.

Así mismo, en las dos figuras asociativas le corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente contratante aprobar la celebración de las alianzas; y se exige la obligación de determinar expresamente en el contrato lo siguiente: i. Las ventajas que representan para el contratante la alianza (estratégica o comercial) en comparación con la aplicación de las modalidades competitivas de selección del contratista²⁷; ii. Los beneficios y obligaciones de ambas partes con respecto a las prestaciones objeto de la relación contractual; y iii. La duración de la alianza, variable que pudiera estar asociada a los tiempos o lapsos de ejecución de las prestaciones contenidas en el contrato y de vigencia de las garantías que se ofrezcan.

En lo que respecta a las diferencias que legislativamente exhiben cada una de las alianzas examinadas en este

²⁷ Recordemos que las modalidades competitivas de selección de contratistas que establece el DLCP son: i. concurso abierto, ii. concurso cerrado, y iii. consulta de precios.



trabajo, pudiéramos concluir que la distinción fundamental se circunscribe a determinar la finalidad que persigue cada una de ellas. Mientras que en las alianzas comerciales deben estar presentes dos elementos concurrentes y determinantes, como son: i. Un objetivo común específico para ambas partes, relacionado con el lucro o remuneración y ii. Un beneficio mutuo, sin necesidad que la actividad esté vinculada al proceso productivo del contratante. Por su parte, en las alianzas estratégicas, sólo exige la norma que la relación contractual aporte un beneficio mutuo utilizando las potencialidades de ambos sujetos e incorporándose en su proceso productivo y que los bienes, servicios y obras que se obtengan, objeto del contrato, estén vinculados sustancial y materialmente al proceso productivo del órgano o ente contratante.

Vemos que el elemento coincidente de las dos formas de alianzas es el beneficio mutuo, efectivamente en ambos tipos de alianzas todas las partes que concurren se asocian para obtener beneficios o ventajas con ocasión a las actividades que constituyan el objeto de la relación, nadie acude a la alianza sin el objeto de obtener un beneficio, así este beneficio no sea una remuneración de tipo económico. Ahora bien, dicho beneficio no tiene por qué ser necesariamente coincidente, no es obligatorio que la ventaja sea la misma para todas las partes, pueden consistir en diferentes beneficios para cada una de las partes, aun cuando también pudieran ser los mismos.

Mientras que en la alianza comercial además de existir ese beneficio mutuo que aporta la relación contractual asociativa, debe haber un objetivo común que se traduce en el ánimo de obtención de lucro o remuneración económica, como característica propia de la alianza comercial. Y que, según la interpretación de las



disposiciones normativas, tienen que obtener las partes suscribientes del contrato de alianza comercial.

Se recalca igualmente la importancia trascendental referida a que el objeto material de la relación contractual celebrada bajo la figura de la alianza estratégica, guarde estrecha relación con el proceso productivo o las actividades sustanciales del órgano o ente contratante, o de lo contrario se subvierte la razón de ser de este tipo de asociación estratégica. Esto quiere decir que los bienes que se obtengan, los servicios que se presten o la obra que se ejecute debe vincularse con la serie de elementos, esfuerzos, habilidades y conocimientos que se intercambien o aporten en ocasión a la alianza celebrada, y que se constituyen en el objeto del contrato. Aun cuando tal condición no representa una característica específica de las alianzas comerciales, según el postulado de la norma, pensamos que siempre las contrataciones públicas que realicen los órganos o entes contratantes deben estar vinculadas de forma directa o indirecta con sus atribuciones materiales y por lo tanto con las actividades sustanciales que desarrollen, incluso en el plano comercial.

Por último, la alianza estratégica, a diferencia de la alianza comercial, puede ser utilizada para documentar los acuerdos o relaciones que se establezcan entre los órganos y entes de la Administración Pública, en los procesos de gestión donde se involucre a las comunidades organizadas. Esta actividad gubernamental que involucra la participación ciudadana y protagónica de las comunidades, tiene como base normativa una serie de leyes dictadas, muchas de ellas con cobertura en habilitaciones extraordinarias del parlamento, por medio de decretos leyes que pretenden crear un nuevo modelo de gestión pública comunitaria conjuntamente con un esquema de organizaciones socio productivas;



entre esas leyes podemos identificar a: Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, el Decreto N° 9.052 con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, y la Ley Orgánica para la gestión comunitaria de competencias, servicios y otras atribuciones, antes citadas.

V. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE ALIANZAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A continuación, analizaremos las características de los contratos de alianzas estratégicas y comerciales que identificamos en las normas de contratación pública. Verificaremos y estudiaremos las siguientes premisas: i. Las alianzas como excepción a las modalidades competitivas de selección de contratistas; ii. La imposibilidad de competencia en función del objeto de contrato para la procedencia de la alianza; iii. Los límites de los contratos de alianzas en cuanto a las facultades de los contratantes; iv. Las alianzas estratégicas y comerciales como forma de contratación pública directa; v. La obligación del cumplimiento de las actividades previas; vi. Las particularidades que deben contener los contratos de alianzas; vii. La limitación en el alcance de la exclusión en el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas, sólo sobre las alianzas, sin incluir a los contratos de desarrollo o de ejecución; y viii. La obligación de cumplimiento residual de las normas de la contratación pública.



1. LAS ALIANZAS COMO EXCEPCIÓN A LAS MODALIDADES COMPETITIVAS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Como se determinara *ut supra* el DLCP tiene por objeto regular la actividad del estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los sujetos contratantes, coadyuvando al crecimiento sostenido y diversificado de la economía nacional.

Para lograr aquel cometido, este instrumento jurídico diseña cuatro tipos de procedimientos de selección de contratistas, de los cuales tres son ordinarios y competitivos, y uno selectivo y excepcional a discreción del contratante, según las especificaciones y condiciones que establece la norma. Estos son, el concurso abierto²⁸, el concurso cerrado²⁹ y la consulta de precios³⁰, como procedimientos ordinarios y competitivos, por una parte,

²⁸ Es la modalidad de selección pública del contratista, en la que pueden participar personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley así como su Reglamento y las condiciones particulares inherentes al pliego de condiciones (Artículo 6.26 del DLCP).

²⁹ Es la modalidad de selección del contratista en la que al menos cinco (5) participantes son invitados de manera particular a presentar ofertas por el contratante, con base en su capacidad técnica, financiera y legal (Artículo 6.27 del DLCP).

³⁰ Es la modalidad de selección de contratista en la que de manera documentada, se consultan precios a por lo menos tres (3) proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios (Artículo 6.28 del DLCP).



y la contratación directa³¹ como un procedimiento de adjudicación directa excepcional en función de la verificación de alguno de los supuestos cualitativos que determina la ley. La sustanciación de los señalados procedimientos competitivos garantizan la esencia y el cumplimiento de las normas y principios informadores de las contrataciones públicas, como son: la planificación, la eficiencia, la transparencia, la publicidad, la honestidad o integridad, la competencia, entre otros³².

No obstante, el propio DLCP, en su artículo 4, establece cinco supuestos de exclusión general de la aplicación de la ley de contratación pública³³, aun cuando se indica que siempre deberán observar las reglas de la contratación pública, en lo que respecta al otorgamiento de las garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones, a la promoción de la participación nacional y a suministrar la información sobre los contratos y su ejecución.

Por otra parte, en el artículo 5 del DLCP, se establece trece supuestos de exclusión de aquellas modalidades de selección de contratistas, esto quiere decir, que son contratos de prestación de servicios, ejecución de obras

³¹ Es la modalidad excepcional de selección de contratista que realiza el contratante, aplicando los supuestos cualitativos contemplados en la ley (Artículo 6.29 del DLCP).

³² Ver artículo 2 del DLCP.

³³ Los supuestos de exclusión general son: 1. la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, amparadas por acuerdos internacionales suscritos entre Venezuela y otros estados, o con organismos internacionales; 2. Contrataciones con empresas constituidas en el marco de acuerdos internacionales; 3. Los servicios laborales; 4. El arrendamiento de inmuebles, inclusive el financiero; y 5. El patrocinio en materia deportiva, artística, literaria, científica o académica.



o adquisición de bienes, que por sus condiciones especiales determinadas en la norma, no serán otorgados bajo ninguna de las modalidades competitivas u ordinarias de selección de contratistas, ya que serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante, pero sin eximirse de la aplicación y cumplimiento del resto de los requisitos y condiciones contenidas en la norma; sólo estarán excluidos de los concursos, licitaciones o procesos de selección competitivos, más no del resto del articulado, estos es, de las actividades previas, los principios informadores, la determinación del objeto, precios, solvencias, garantías, compromiso de responsabilidad social, inscripción en los registros, rendición de informes y evaluación del contratista, entre otros.

Cabe destacar que aun cuando la norma en su encabezado no determina expresamente que la exclusión se circunscribe a las modalidades competitivas de selección de contratistas, esa debe ser la interpretación, en virtud de que en el primer aparte del mismo artículo 5, señala expresamente que: *“Los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante.”* Expresión que se asimila a la disposición prevista en el artículo 101 *eiusdem* que se trata del procedimiento de contratación directa, y que consiste en la adjudicación directa de un contrato incluido dentro de los supuestos cualitativos de excepción, que realiza la máxima autoridad del contratante, mediante un acto motivado donde justifica la procedencia de la contratación.

Pues, dentro de los supuestos de exclusión de las modalidades competitivas de selección de contratistas, se encuentran los *contratos de alianza estratégica* y



*comercial*³⁴. En virtud de ello, de cumplirse los extremos excepcionales que señala el DLCP para la procedencia de este tipo de relaciones contractuales, la máxima autoridad contratante está liberada de sustanciar un procedimiento competitivo de selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado o consulta de precios) para proceder por la vía de la adjudicación directa, debidamente justificada por medio de un acto previo, donde certeramente ésta autoridad precise la razón por la cual las características del suministro de los bienes, la prestación del servicio o ejecución de las obras, no hacen posible la competencia en ese caso.

Debemos aclarar que la excepción prevista en el citado artículo 5.5 del DLCP no tiene por objeto evitar un procedimiento competitivo de selección de contratista o una licitación, sino que la exclusión de la modalidad de contratación es la consecuencia de la naturaleza de la contratación en cuestión. Es el objeto de la contratación que permite acudir a las formas de las alianzas estratégicas o comerciales, y en cuyo caso no sería procedente sustanciar un procedimiento o modalidad competitiva de contratación, sino proceder a la adjudicación directa.

2. EL OBJETO DEL CONTRATO NO HACE POSIBLE LA COMPETENCIA

³⁴ *“Artículo 5. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto: (...)*

6. Las alianzas comerciales o estratégicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre personas naturales o jurídicas y los contratantes” (...).



Esta teoría general de las alianzas estratégicas y comerciales en la contratación pública que pretendemos construir con base científica nos permitirá aclarar la noción y el alcance de las referidas figuras jurídicas para su utilización de manera certera, con integridad y en un escenario de seguridad jurídica. En ese sentido, partiendo de las normas legales antes citadas y apoyándonos fundamentalmente en el contenido del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, podemos afirmar que los contratos de alianza comercial y estratégica se constituyen en una institución contractual de excepción dentro de la contratación pública venezolana, cuya implementación altera los principios y las reglas generales y ordinarias de los procesos competitivos de selección de contratistas, por lo que su interpretación debe ser estrictamente restringida, ya que su ligera y generalizada aplicación, tenderían a vulnerar los principios y las normas de la contratación pública venezolana, con lo que se abrirían las puertas para la arbitrariedad y la corrupción.

Insistimos que al incluir a las alianzas estratégicas y comerciales dentro del DLCP y darle el carácter de contratación excepcional, se debe interpretar sin lugar a dudas, que dichos contratos están igualmente revestidos por estas normas de derecho público y, que tendrían como objeto principal, el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, por la vía de una alianza estratégica o una alianza comercial, ya que son los contratos que regula el comentado decreto ley. En virtud de ello, la consideración del objeto del contrato resulta ser un elemento importante dentro de este análisis.

El objeto del contrato consiste precisamente en la prestación u obligación contenida en esa convención o acuerdo, a lo que se comprometen a cumplir los sujetos



contratantes, y que debe ser cierto para que dicho contrato sea válido. En los contratos públicos, se exige de manera estricta que el objeto del contrato se encuentre determinado en su texto, no permitiendo su determinación posterior. Esto quiere decir que la prestación contenida en el contrato debe estar perfectamente definida, incluso desde las actividades previas a la suscripción del contrato, con base en la necesidad y el requerimiento del contratante. Si fuere necesario adjudicar o ejecutar prestaciones complementarias que no hayan sido previstas en el contrato, deberán ser objeto de un nuevo procedimiento de contratación, salvo que las reglas permitan incorporarlas por medio de los modificados contractuales.

La determinación del objeto contractual, implica la definición certera de la prestación que se persigue con dicha convención o la cosa objeto del contrato. Esta determinación objetiva del contrato público se relaciona con la noción de especificaciones técnicas, las cuales contribuirán a definir las características de la obra, el bien o del servicio a prestar; pudiendo llegar a referirse al proceso productivo, con la precisión de la forma o el modo de cumplir la referida prestación, en lo que respecta a las variables de tiempo, modo, espacio y cantidades involucradas en la contratación. Esto nos lleva a la precisión que el objeto del contrato debe ser completo, lo cual quiere decir que debe abarcar la totalidad de la prestación determinada, para generar seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, resulta de capital importancia precisar, que constituye un límite claro e infranqueable en la utilización de las alianzas estratégicas y comerciales en las contrataciones públicas, como figuras contractuales de excepción, que en virtud de las



características especiales del servicio, la obra o el bien a suministrar, o la forma de ejecución o cumplimiento de las citadas prestaciones, no debe existir la mínima posibilidad de competencia³⁵, esto es, no debe existir otra persona al alcance del contratante que pueda cumplir integralmente con el objeto establecido en ese contrato.

Por tal motivo, no son procedentes las alianzas estratégicas y comerciales, cuando el suministro de bienes, la prestación de servicio o la ejecución de una obra haga posible la competencia, es decir, que exista la posibilidad que otra o diversas personas naturales o jurídicas puedan desarrollar dichas actividades; debido a que la intención del legislador es que efectivamente se realicen los procedimientos ordinarios de selección de contratistas establecidos en la norma para ampliar la posibilidad de participantes y al mismo tiempo brindarle al contratante mayores opciones de elección³⁶. En tal sentido, la regla general que constituye el objeto del mencionado DLCP, es la realización de las modalidades de selección competitiva de contratistas, a fin de garantizar la contratación de la oferta más ventajosa

³⁵ Tal condición se encuentra expresamente establecida en el artículo 4 del RLCP, de la siguiente forma: Artículo "4.- *Las Alianzas Comerciales y Estratégicas serán aprobadas por la máxima autoridad del órgano o ente contratante (...)*

*A los efectos de establecer una Alianza Comercial o Alianza Estratégica, **las características del suministro de bienes, prestación de servicio o ejecución de obras, no hacen posible la competencia.***" (resaltado añadido)

³⁶ Ver dictamen del órgano de control externo del estado Táchira-Venezuela. Disponible en: <http://www.contraloriaestadotachira.gob.ve/uploads/pdf/responsabilidades/ddrra-13-12.pdf> consultada el 5 de febrero de 2018.



posible, y esto se puede saber plenamente, si existe verdadera competencia.

En conclusión, la imposibilidad de competencia en función de la naturaleza de la prestación u objeto del contrato, es el requisito fundamental que legitima la utilización de una alianza estratégica o comercial, sin procedimiento competitivo de selección de contratistas, sólo por la vía de la contratación directa. Si es posible la competencia o la concurrencia de diversos operadores económicos en la prestación del objeto del contrato, no resultan procedentes los contratos de alianza estratégica o comercial, bajos las normas que rigen la contratación pública venezolana.

Ahora bien, el problema será determinar cuándo una contratación en particular no es susceptible de generar competencia. Pudiera quedar a la lógica y a la discrecionalidad del órgano de contratación para casos evidentes, pero en determinadas circunstancias los hechos no se presentan totalmente concluyentes. En virtud de lo anterior, para determinar cuándo una actividad, un bien o la ejecución de una obra admite competencia o no, se debe contar con un dictamen previo del organismo regulador de la competencia en el país; este órgano público es la actual Superintendencia Antimonopolio³⁷, que está obligado a determinar si la

³⁷ La Superintendencia Antimonopolio fue creada mediante Decreto N° 1.415, por el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.549, de 26 de noviembre de 2014 (Ley Antimonopolio). Este órgano sustituye a la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, al quedar derogada su ley de creación (G.O. N° 34.880 del 13 de enero de 1992).



contratación de que se trate admite la libre competencia o no (Art. 28.8 Ley Antimonopolio).

Cabe destacar que aun cuando, en principio, la Ley Antimonopolio en su artículo 3 excluya de su aplicación a: i. Las organizaciones de base del poder popular; ii. Las empresas públicas o mixtas de carácter estratégico; y iii. Las empresas Estatales de prestación de servicios públicos; esta exclusión se entiende aplicable directamente en lo que respecta a la posibilidad de la ejecución monopólica de los servicios o actividades que las señaladas entidades deban ejecutar, no así en lo que respecta a sus obligaciones con respecto a las normas de contratación pública, que inducen categóricamente a garantizar la concurrencia de varios actores económicos para cumplir con los principios generales de la contratación pública, siendo uno de ellos la competencia o concurrencia.

La señalada conclusión ha sido asumida como criterio jurisprudencial por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a partir de la sentencia N° 2018-0307, de 25 de julio de 2018, dictada en el expediente N° AP42-R-2018-000119, caso: *Commodities and Minerals Enterprise LTD*, contra la *CVG* y *Ferrominera del Orinoco*³⁸. En esta decisión la corte expresamente señaló:

"...observa esta Corte que la parte demandante no consignó en este juicio informe elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en el cual se demostrase que las características de suministro de bienes,

³⁸ <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2018/JULIO/1477-25-AP42-R-2018-000119-2018-0307.HTML> Consultada el 24 de marzo de 2019.



prestación de servicios o ejecución de obras, no hacen posible la competencia, a los fines de establecer la Alianza Comercial. Requisito exigido por el aparte final del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, y que dicho sea de paso, debe elaborarse antes de proceder al establecimiento de la Alianza Comercial.

En efecto, conforme con el numeral 8 del artículo 29 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia vigente para la fecha; la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia es el órgano competente para determinar, que las características de suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, no hacen posible la competencia, a los fines de establecer la Alianza Comercial..."

3. NO SE PUEDEN SUSTITUIR LAS FACULTADES DEL CONTRATANTE

Como ha quedado muy claro, el objeto de un contrato de alianza estratégica, debe consistir en la documentación de mecanismos de cooperación para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante, por lo que las actividades a desempeñar deben estar íntimamente asociadas al proceso productivo del contratante o sustancialmente a las atribuciones que el contratante tiene asignadas por ley, por reglamentos o por sus estatutos particulares. De similar forma ocurre con las alianzas comerciales, aun cuando la ley no determina expresamente que el objeto debe estar vinculado con las



actividades sustanciales y productivas del contratante, no obstante tiene que existir un vínculo, así sea de forma indirecta para que se justifique la inclusión de esta figura en las contrataciones públicas regidas por el mencionado decreto ley.

No obstante, la participación del contratista en cualquiera de las formas de alianzas (estratégica o comercial) dentro de la relación contractual que se celebre, bajo ninguna circunstancia puede llegar a sustituir totalmente las competencias o atribuciones sustanciales propias del contratante que desarrolla dentro de sus procesos productivos, especialmente aquellas que le son atribuidas por ley, por reglamento o por vía estatutaria, y suponen la prestación de servicios con miras a la satisfacción de necesidades colectivas, en virtud de que se estarían excediendo de la naturaleza propia de la alianza para invadir otros campos de la contratación pública.

Para el caso que el contratante pretenda ceder parte de sus atribuciones en un colaborador ocasional u operador económico, por vía contractual, deberá acudir a otra figura jurídica apropiada para documentar tal negocio jurídico, como por ejemplo sería el contrato de concesión, que comporta la distribución certera de riesgos, sin poder sustituirlo por una alianza estratégica.

Mucho menos, puede entenderse celebrada una alianza estratégica o comercial, en el caso de contratos celebrados por un contratante que no posea la competencia o atribución para celebrar la convención en cuestión. Por ejemplo, no es posible que un órgano de tutela o adscripción celebre un contrato con un contratista en nombre de su órgano o ente adscrito; debido a que el objeto de dicha convención está referido al proceso productivo de otro ente distinto al



contratante, esto quiere decir, que no tenía competencia para obligar mediante ese contrato en nombre de otro, aun cuando ejerza un control de tutela sobre el órgano o el respectivo ente de la Administración Pública.

4. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES SE CONSTITUYEN EN UNA FORMA DE CONTRATACIÓN DIRECTA

En páginas anteriores adelantamos la conclusión sobre este punto, y es que consideramos que las alianzas estratégicas y comerciales son una forma de contratación directa. Esta afirmación se soporta en el primer aparte del artículo 5 del DLCP, que señala lo siguiente: *“Los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, **serán adjudicados directamente** por la máxima autoridad contratante” (resaltado añadido)*. Y dentro de esos contratos a los que se refiere el anterior dispositivo normativo se encuentran las alianzas estratégicas y comerciales.

Definitivamente, estos tipos contractuales sólo están excluidos de la aplicación de las modalidades competitivas de selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios), ya que su modalidad de contratación será la adjudicación directa por la máxima autoridad contratante, en términos similares a la contratación directa. Sólo nos queda como tarea pendiente determinar si es necesario dictar un acto motivado previo por parte de la máxima autoridad contratante para justificar la procedencia de la modalidad de contratación empleada, ya que el artículo 5, antes comentado, no lo exige.



Lo primero que se nos ocurre es revisar si las alianzas estratégicas o comerciales pueden ser encuadradas dentro de los supuestos cualitativos establecidos en el artículo 101 del DLCP para proceder con la contratación directa. Pues si estudiamos los supuestos de hecho establecidos en los ordinales 2º y 3º del citado artículo 101 *eiusdem*, podemos llegar a la conclusión que pueden perfectamente encuadrarse en tales situaciones contractuales, a saber:

“2. Cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra así lo requieran o excluyan toda posibilidad de competencia...” (resaltado añadido)

“3. En caso de contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes y la prestación de servicios, en los que no fuere posible aplicar las otras modalidades de contratación, dadas las condiciones especiales, bajo las cuales los oferentes convienen en suministrar esos bienes o prestar los servicios, o por condiciones especiales de la solicitud del contratante, donde la aplicación de una modalidad de selección de contratista distinta a la aquí prevista, no permita la obtención de los bienes o servicios en las condiciones requeridas. Se deberá indicar mediante acto motivado, las razones por las cuáles de la apertura de un nuevo procedimiento de contratación, pudieren resultar perjuicios para el contratante.” (resaltado añadido)

Las citadas disposiciones legales se asimilan a la característica fundamental de identificación de los contratos de alianzas estratégicas y comerciales, prevista en el último aparte del artículo 4 del RLCP, antes



señalado, que determina con absoluta claridad que: “A los efectos de establecer una alianza comercial o alianza estratégica, las características del suministro de bienes, prestación de servicio o ejecución de obras, no hacen posible la competencia”; coincidiendo, por lo tanto en la exigencia de cumplimiento del principio de competencia para eximir al contratante de su obligación general de proceder por las modalidades competitivas de selección de contratistas y en consecuencia proceder por la vía de la contratación directa. Con lo cual se observa una perfecta coincidencia entre los supuestos establecidos en los ordinales 2 y 3 del artículo 101 del DLCP, transcritos *ut supra*, y la condición identificadora de las alianzas comerciales y estratégicas, referidas a la imposibilidad de competencia o concurso sobre la contratación, por las características, condiciones técnicas o condiciones especiales de suministro de los bienes, de prestación de los servicios o de ejecución de las obras que correspondan.

En virtud de lo anterior, se debe concluir necesariamente *a priori* que resulta conveniente, en caso de alianzas comerciales o estratégicas, que la máxima autoridad del órgano o ente contratante dicte un acto motivado mediante el cual se analice y justifique adecuadamente la procedencia de la alianza que se pretenda suscribir.

Por otra parte, y siendo la contratación pública un procedimiento administrativo, incluso en aquellas contrataciones donde no exista mecanismo competitivo de selección de contratista, en virtud de que como veremos más adelante se deben desarrollar actividades previas, debe concluir con un acto jurídico adecuado conforme al ordenamiento jurídico, mucho más en los supuestos como el que nos ocupa donde la autoridad contratante decide optar por una fórmula de contratación



pública excepcional, obviando los mecanismos ordinarios y competitivos que el decreto ley obliga a aplicar.

En tal sentido y por aplicación de la teoría general del derecho administrativo interpretada conforme a los principios informadores de la contratación pública, como lo son: la transparencia, la publicidad, la honestidad y la buena administración, entre otros, lo recomendable, ajustado a derecho y a la seguridad jurídica, es que la máxima autoridad del órgano o ente contratante dicte un acto administrativo o un acto de autoridad mediante el cual explique las razones justificadas por las cuales resulta a su criterio procedente el empleo de la figura de la alianza comercial o la alianza estratégica en dicha contratación; dicho acto deberá ser similar a los actos de adjudicación, debiendo estar debidamente motivado y pasará a formar parte del expediente de la contratación o de los documentos que integran la contratación pública particular, además de las condiciones de la contratación, opiniones, contrato, garantías y otros³⁹.

Cabe destacar que, en los casos en los cuales la máxima autoridad del órgano o ente contratante decida proceder por la vía de cualquiera de las estudiadas alianzas, con ocasión de las características especiales del objeto del contrato que imposibilita la competencia, debe dictar un acto motivado previo que lo justifique, y adicionalmente, dicho acto deberá ser consultado con la comisión de contrataciones del órgano respectivo, como lo establece el ordinal 12º del artículo 15 del DLCP⁴⁰, debiendo

³⁹ Ver artículos 19 y 65 última parte del DLCP.

⁴⁰ *Artículo 15. Las comisiones de contrataciones tendrán las siguientes atribuciones: (...)*

12. Opinar acerca del acto motivado que se someta a la máxima autoridad del órgano o ente contratante, para proceder por Contratación Directa como modalidad excepcional de selección de Contratistas, en contrataciones



analizar esta comisión especialmente las razones que justifican el uso de dicha modalidad, el fundamento legal, la contratista seleccionada y las ventajas estratégicas, operacionales o administrativas del contrato para el contratante.

Tal criterio es el que se maneja en la industria estatal petrolera, establecido en el Memorando DEF-GCC-11-018 emitido el 22 de febrero de 2011 por medio de la Gerencia Corporativa de Contratación de la Dirección Ejecutiva de Finanzas de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), donde se fijaron los lineamientos sobre los procedimientos de contratación excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, según los artículos 4 y 5 del DLCP; ubicando a las alianzas comerciales o estratégicas en las modalidades no competitivas de contratación⁴¹.

5. EL CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE LAS ACTIVIDADES PREVIAS

Como se adelantara en el punto anterior y partiendo de la premisa cierta que los mecanismos competitivos, o no, de contratación pública son -sin duda- procedimientos administrativos constitutivos⁴², debemos afirmar

cuyo monto hubiera sido un concurso, en especial las razones que justifican el uso de dicha modalidad, el fundamento legal, la contratista seleccionada y las ventajas estratégicas, operacionales o administrativas para dicha selección."

⁴¹ FERNÁNDEZ, L. *El contrato marco en los procesos de contratación de la industria petrolera. Estudio de derecho comparado*, Caracas, FUNEDA, 2013, pág. 34.

⁴² En este mismo sentido se pronunció una Sentencia dictada por la Corte Primera de la Contencioso Administrativo, en fecha 06/08/1996, en el caso: Consorcio Hidroeléctrico



necesariamente que en tales escenarios siempre se exige el cumplimiento de determinados trámites o fases procedimentales para situarnos dentro del marco de la legalidad y llegar a conclusiones válidas y ciertas, así sea de forma preliminar.

Lo anterior guarda relación con un principio cardinal de la contratación pública como lo es el principio de planificación, que consiste en la necesaria realización de una serie de actos previos internos para garantizar la eficiencia, oportunidad, legalidad y responsabilidad en los procesos de contrataciones públicas⁴³. Con base en la necesaria planificación, y según lo dispuesto expresamente en el artículo 7 del RLCP⁴⁴, los

Caroní-Edelca, en la que manifestó: *"...De manera que todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa ley se apliquen, tienen naturaleza de procedimientos administrativos, aun cuando se trate de aquellos procedimientos especiales que la propia ley autoriza, en los casos en que se exceptúa la aplicación de los regulados por ella."* (...)

⁴³ El profesor José Araujo ubica a las actividades previas o preliminares dentro de la fase o etapa técnico-jurídica denominada preparatoria, la cual tiene por objeto garantizar una adecuada selección del contratista. En: ARAUJO JUÁREZ, J. *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Caracas, Ediciones Paredes, 2011, págs. 314 y 315.

⁴⁴ **"Artículo 7. Actividades previas a la contratación.** Para todas las modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, **así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades**, el órgano o ente contratante deberá efectuar actividades previas que garanticen una adecuada selección, además de preparar el presupuesto base indicado en la mencionada Ley. Asimismo, se debe contar con: programación presupuestaria, especificaciones técnicas, determinación de las ventajas económicas y técnicas de la contratación, la



contratantes están en la obligación de definir y elaborar la estrategia de contratación, y en ese sentido, deberán efectuar las actividades previas requeridas para toda contratación pública que se pretenda celebrar.

Según la citada norma reglamentaria y obligatoria, las actividades previas internas deben efectuarse para todas las modalidades de selección de contratistas, así como para los procedimientos excluidos de la aplicación de las modalidades de contratación, dentro de los que se incluyen a las alianzas comerciales y a las alianzas estratégicas. En tal sentido, la realización de las actividades previas garantizará una adecuada selección del contratista, al determinar con exactitud la necesidad del órgano o ente contratante, el objeto de lo que se pretende contratar, el presupuesto base, las especificaciones técnicas, las ventajas técnicas y económicas de la contratación y la previsión presupuestaria necesaria para cumplir con los compromisos que se adquiriera. Todo lo cual permitirá elaborar las condiciones específicas de la contratación.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema

previsión en la programación anual de compras, si es aplicable, modelo del contrato, si el procedimiento tiene carácter plurianual efectuar la notificación al órgano competente en la planificación central, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar.

En las modalidades de Concurso Cerrado, Consulta de Precios y Contratación Directa los participantes deben ser previamente seleccionados según su capacidad legal, financiera y técnica." (resaltado añadido)



Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF)⁴⁵, al regular el sistema de control interno que deberá implementarse en los distintos órganos y entes que ejercen el Poder Público, en la materia vinculada a la contratación pública, obliga de manera expresa y categórica, a que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables deben asegurar el cumplimiento de los siguientes requisitos previos: i. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales. ii. Que exista disponibilidad presupuestaria. iii. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista. iv. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras leyes. Y v. Que se hubiere cumplido con los términos de las normas de la contratación pública. Todas estas exigencias formales están vinculadas con la fijación de valores que arrojen seguridad jurídica a la contratación, que en definitiva permitan garantizar el principio de transparencia y la posibilidad de control sobre la actuación de los contratantes.

Observamos entonces, que a los fines de garantizar la oportuna, transparente y certera contratación y con base en el principio de planificación, el contratante deberá realizar las actividades previas al proceso de selección de contratistas, no sólo en los procedimientos o modalidades competitivas, sino también y de manera obligatoria, en los procedimientos excluidos de las modalidades ordinarias de selección de contratistas.

⁴⁵ La citada ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.



6. PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE ALIANZAS

Los contratos de alianzas comerciales y alianzas estratégicas están obligados a llenar los mismos extremos, formalidades y contenido que deben cumplir todos los contratos públicos, que se celebren bajo la cobertura legal de la Ley de Contrataciones Públicas. Por lo tanto para su formalización el contratante deberá contar con la siguiente documentación: i. Los documentos legales de la persona o personas naturales o jurídicas que suscribirán el contrato; ii. Las condiciones de contratación y las propuestas que hubiere presentado el aliado estratégico o comercial (contratista); iii. Las solvencias y garantías exigidas al aliado o contratista; iv. El cronograma de desembolso de la contratación, de ser necesario, y v. Los certificados que establezcan las garantías respectivas y sus condiciones⁴⁶.

Adicionalmente a los requerimientos generales que debe cumplir cualquier contrato público, en el caso de los contratos de alianza estratégica y de alianza comercial, se debe establecer expresamente lo siguiente:

1. Se debe identificar con absoluta claridad y transparencia las prestaciones u obligaciones que deben ejecutar y cumplir cada uno de los sujetos intervinientes en la alianza, especificándose cuales son los esfuerzos, capacidades, saberes, fortalezas y/o habilidades que cada una de las partes va a aportar a la alianza.

⁴⁶ Ver artículo 116 del DLCP.



2. Se debe determinar de forma exacta los beneficios o ventajas que generará la alianza estratégica para las partes contratantes y cómo esas ventajas se traducirán en beneficio para las actividades sustanciales o los procesos productivos del órgano o ente contratante.
3. Se debe determinar la estimación de los ingresos económicos, el lucro o la remuneración que le aportara el desarrollo de las prestaciones objeto de la alianza comercial a las partes contratantes.
4. Se debe determinar en el contrato con absoluta claridad, precisión y transparencia, las ventajas que representa la alianza estratégica o la alianza comercial en comparación con la aplicación de las modalidades competitivas de selección de contratistas, a los fines de justificar el empleo de dicho mecanismo asociativo de contratación.
5. Se debe determinar con absoluta certeza y objetividad la razón por la cual la alianza estratégica o la alianza comercial representa la única forma de cumplir con los objetivos establecidos en el contrato, sin permitir competencia, justificando con ello la excepción en el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas.
6. Se debe determinar certeramente el lapso de duración de la alianza estratégica o la alianza comercial.

Al asumir la tesis de la necesidad de dictar un acto motivado previo que justifique la contratación directa de las alianzas estratégicas y las alianzas comerciales, debemos llegar a la conclusión que el contenido de los



apartados 4 y 5, antes señalados, puede ser perfectamente tratado en dicho acto previo, en el cual se presente un análisis motivado justificando el empleo de la señalada modalidad de contratación, eximiéndose de colocar el contenido íntegro de esas razones en el contrato, sólo deberá identificar el acto en el contrato, debido a que el acto formará parte del expediente de contratación y por lo tanto de la contratación en general.

7. LA EXCLUSIÓN DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS SÓLO ALCANZA AL CONTRATO DE ALIANZA

Existe la falsa creencia que la celebración de un contrato de alianza estratégica o un contrato de alianza comercial habilita o autoriza a los contratantes para que se celebren contratos menores sucesivos o contratos de desarrollo con terceras personas, sin cumplir con los procedimientos competitivos de selección de contratistas, partiendo del falso supuesto que éstos contratos menores o de desarrollo estarían cubiertos por la alianza estratégica o comercial.

En virtud de ello, resulta conveniente aclarar que sólo estarían excluidos de cumplir con las modalidades competitivas de selección de contratistas, los contratos de alianza estratégica o alianza comercial celebrados entre las partes. En tal sentido, de ser necesario celebrar un nuevo contrato con una tercera persona ajena a la relación contractual original documentada a través de la alianza, aun cuando se trate de la ejecución de prestaciones derivadas de la misma alianza, ese contrato debe ser sometido a un procedimiento competitivo de selección de contratistas. Una de las razones de esta afirmación es que las normas de contratación pública no



están concebidas para contratar intermediarios, ni siquiera en lo que respecta a los contratos excluidos de las modalidades ordinarias de contratación, sino para seleccionar directamente al contratista especial e idóneo para ejecutar el objeto del contrato de que se trate.

Bajo ninguna circunstancia los contratos de alianza comercial o estratégica pueden servir para encubrir contratos menores o contrataciones diversas con terceras personas, y así excluirlos de las modalidades de selección de contratistas o del régimen general establecido en las normas de las contrataciones públicas. Estos contratos excepcionales son para cumplirse de manera directa y estricta por parte de los contratistas, en virtud de la especialidad del objeto establecido en el instrumento contractual. Los contratos de alianzas estratégicas o comerciales se suscriben para que el contratista o aliado en cuestión cumpla directamente con su parte esencial y especial en la relación contractual, nunca para que se convierta en intermediario de subcontratistas que se relacionaran directamente con el contratante, ni con ello eximir la realización de los procedimientos de selección de contratistas que deba realizar el contratante para escoger a otras personas a los fines de cumplir con diversas prestaciones para lograr el proceso productivo del ente.

Ni siquiera en los casos de contrataciones entre órganos y entes del estado, que también se encuentran excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, se permite contratar en nombre de otro órgano o ente sin licitar o cumplir con el procedimiento respectivo. Efectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del RLCP, cuando un órgano o ente del estado proceda a adquirir bienes, servicios u obras para otro órgano o ente del estado, deberá



emplear la modalidad de selección de contratista que corresponda de acuerdo a los supuestos cuantitativos y cualitativos que señala el decreto ley, para cada una de las modalidades.

Si los órganos o entes del estado contratantes están impedidos de celebrar contratos públicos con terceras personas en nombre de otros órganos o entes del estado con quienes previamente había contratado, mucho menos puede contratar un aliado comercial o un aliado estratégico con terceros, en nombre de su contratante, amparado en el acuerdo de alianza. En todo momento la contratación de bienes, servicios y obras se deberá realizar por el órgano o ente contratante, aplicando la modalidad de contratación que corresponda, salvo que se le haya otorgado una concesión al contratista que le permita expresamente avanzar con determinadas facultades propias del órgano contratante⁴⁷.

8. LA VIGENCIA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como bien lo determina el encabezado del artículo 5 del DLCP, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre personas naturales o jurídicas y los contratantes, *“Quedan excluidos, **sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas...**”* (resaltado añadido). Interpretándose en consecuencia que a este tipo de contratos se le deben aplicar todas las normas, condiciones y principios

⁴⁷ Las concesiones se otorgan con base en la ley especial de 1999, citada en la nota de pie de página 4.



previstos en el DLCP, salvo las modalidades competitivas de selección de contratistas, como observamos que lo señala expresamente el citado artículo.

Para reforzar la afirmación anterior, podemos observar el contenido del artículo 4 del DLCP, en donde se regulan cinco supuestos de exclusión general de la aplicación del mencionado decreto ley, no sólo de las modalidades de contratación como lo hace el artículo 5, sino de la exclusión en genérico del decreto ley. No obstante, en el último aparte de esa misma norma señala sin recato que la referida exclusión no priva del cumplimiento de algunas normas de la contratación pública en las materias que ella misma señala⁴⁸. Lo que nos lleva a concluir que si en el citado artículo 4, que regula supuestos de exclusión general de la norma, se siguen aplicando algunas normas del DLCP, mucho más en los casos de excepción previstos en el artículo 5, donde sólo son excluidos de las modalidades de selección de contratistas.

A la misma conclusión podemos llegar al interpretar integralmente el comentado artículo 5 *eiusdem*, en donde se puede observar que cuando el legislador quiso limitar la aplicación de algunas normas específicas del decreto legal expresamente lo señaló, como por ejemplo el contenido del tercer aparte de dicho artículo, en el que

⁴⁸ *“Estas exclusiones no privan de cumplir con lo establecido en las demás disposiciones que regulan la materia de contratación pública, a los fines de establecer garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contractuales y además promuevan la participación nacional. No obstante lo anterior, los contratantes estarán obligados a dar cumplimiento al suministro de información prevista en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a los contratos y su ejecución, que se realicen bajo los numerales 1 y 2 de este artículo.”*



eximió de la constitución de garantías a las contrataciones celebradas entre órganos y entes de la Administración Pública.

No obstante, sobre las alianzas estratégicas o las alianzas comerciales, el legislador no efectuó ningún reparo, aplicándosele de manera integral en consecuencia el DLCP. Esto quiere decir, que en los contratos de alianza comercial y de alianza estratégica se le deberá exigir al contratista o aliado la constitución de garantías y su inscripción en el registro nacional de contratistas⁴⁹, entre otras condiciones propias de las normas de la contratación pública venezolana.

Pero uno de los aspectos más importantes que se debe mantener con firmeza es precisamente el cumplimiento de los principios informadores de las contrataciones públicas previstos en el artículo 2 de la Ley, donde se destacan: los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, simplificación de trámites, participación popular y uso de medios electrónicos. Todos ellos, así como el resto de los principios que guían a la Administración Pública deben prevalecer y ser consultados como normas de optimización que son⁵⁰.

⁴⁹ Ver artículos 47, 48 y 49 del DLCP.

⁵⁰ Sobre la aplicación de los principios generales en la contratación directa se pronunció el profesor Víctor Hernández Mendible, de la siguiente forma: *“Esta modalidad de selección de los contratistas necesariamente no constituye una excepción a los principios generales que deben guiar ordinariamente los procedimientos de selección, valga decir, los principios de concurrencia o competencia, publicidad y (sic) igualdad, éstos pueden estar presentes o no, pero en ningún caso puede obviarse el principio de selección transparente de la mejor oferta”*. (HERNANDZ MENDIBLE, V., “El régimen



Dentro de todos ellos se nos presenta en un conflicto aparente el principio de competencia o de libre concurrencia, ya que las alianzas estratégicas o las alianzas comerciales, operando en supuestos específicos donde no es posible que exista competencia en razón de las características especiales del objeto de la contratación. Lo que a primera vista pareciera sugerir una vulneración o alteración al citado principio de competencia, o simplemente una excepción en su aplicación plena.

No obstante, sería una interpretación equivocada admitir que a través de las señaladas alianzas se vulnera dicho principio, en virtud de que su aplicación no es posible por razones materiales vinculadas a las características especiales en cuando al suministro del bien, a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra; pero el principio sigue allí, brillando en todo su esplendor; sólo que no hay competencia porque no existen dos personas que puedan cumplir con las especificaciones técnicas del suministro, el servicio o la obra. Por lo tanto se reafirma el principio de competencia, y es éste precisamente el que nos permite interpretar la situación fáctica contractual presentada, conforme a dicha guía informadora, pero que bajo ningún concepto se puede interpretar contra *principium*.

En conclusión, el principio de competencia y de libre concurrencia no se puede entender vulnerado con el empleo del contrato de alianza, no habrá competencia porque la modalidad del negocio no lo permite, no por decisión de los contratantes, sino por las condiciones

jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”, en la Ley de Contrataciones Públicas, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, 2014, pág. 73.



objetivas de la contratación. Ahora bien, si las partes contratantes se reúnen y diseñan un negocio para evitar o evadir la competencia, sí estaríamos en presencia de la vulnerando de las normas de la contratación pública y definitivamente incurrirían en la infracción de otros principios, como la falta de honestidad o integridad, la ausencia de transparencia y la simulación de un negocio jurídico.

VI. LA RELACIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES CON EL CONTRATO MARCO

Según el artículo 6.33 del DLCP⁵¹, se entiende por contrato marco, aquel contrato suscrito entre el órgano o ente contratante y el contratista o contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que por sus características o recurrencia dificulten establecer una contratación por cantidades fijas. Para ello, el contratante deberá aplicar el procedimiento de selección de contratista

⁵¹ Ver artículo 2 del RLCP: “El contrato marco es el contrato mediante el cual se establecen los precios unitarios de las partidas que conforman la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con un monto total máximo del contrato, el cual se ejecutará por órdenes de trabajo, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del Órgano o Ente contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al Contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones de este Contrato Marco regirán y se considerarán incorporados a las respectivas órdenes de trabajo.”



correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades, definida en una lista de precios⁵².

En estos casos, la adjudicación establecerá los precios unitarios de los rubros o partidas que conforman la contratación, con un monto total máximo del contrato, que definirá la modalidad de contratación, el cual se ejecutará por órdenes de compra, servicio y de ejecución de obra, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones del contrato marco regirán y se considerarán incorporados a las respectivas órdenes de trabajo (compra, servicio o ejecución de obra)⁵³.

El contrato marco fue una solución práctica, ágil y transparente que surgió para garantizar el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por sus características o recurrencia dificultaban

⁵² La lista de precios es la relación de precios unitarios ofertados, por los renglones o posiciones incluidos dentro del alcance de los bienes a adquirir, servicios a prestar u obras a ser ejecutadas, considerados en los pliegos o en las condiciones de la contratación, cuyo resultado será la adjudicación y firma de un contrato marco (Artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas).

⁵³ Para la Directiva 2014/24UE, dictada por el Parlamento Europeo sobre contrataciones públicas, el contrato marco es: *“Un acuerdo con los proveedores, cuyo propósito es establecer los términos y condiciones de los contratos que se otorguen durante un determinado periodo, en particular con respecto a precio y cantidad. En otras palabras, un acuerdo marco es un término general para los acuerdos con los proveedores que establecen los términos y condiciones en las que las compras específicas pueden hacerse durante el plazo del acuerdo.”*



planificar la modalidad de selección de contratistas o ejecutar la totalidad de las necesidades requeridas por el contratante durante un año en una sola contratación, bien sea por problemas de logística o por falta de disponibilidad presupuestaria o financiera. En ese caso, los órganos o entes contratantes deberán aplicar la modalidad de selección correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades cuyo resultado será la celebración de un contrato marco bajo el esquema de lista de precios, que consistirá en la relación de los precios unitarios de los bienes, servicios y obras ofertadas.

En tal sentido, el procedimiento a seguir para la determinación de los precios unitarios que se deben establecer en cada contrato, a los fines de cubrir parcial o totalmente las cantidades estimadas para el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras requeridas por el contratante, se obtendrá de las listas de precios incluidas en cada una de las ofertas presentadas. En caso de que en la ejecución del contrato se supere el monto estimado global original se aplicarán los procedimientos de control administrativo para la modificación del contrato, previstos en la norma y en el propio contrato.

Observamos que el contrato marco se constituye en un instrumento o contrato normativo, que permite establecer las condiciones y reglas generales que regularán la relación jurídica contractual entre el contratante y el contratista o contratistas, para adquirir bienes, prestar servicios o ejecutar obras, por un período de tiempo determinado; sin estar vinculado a una materia específica o particular, pudiendo ser moldeable ya que podrá emplearse en distintos escenarios y objetos de contratación. Lo anterior supone que pueda perfectamente utilizarse para instrumentar algunos de



los supuestos de excepción previstos en el artículo 5 del DLCP, sin generar incompatibilidades, dentro de los que se incluyen a las alianzas comerciales y estratégicas.

En ese sentido, compartimos el criterio de la exigua doctrina en este punto, al concluir que el contrato marco sería una figura ideal para establecer el esquema general de cooperación entre los aliados de una relación contractual asociativa, en vista de que permitiría de forma concreta, segura y amplia, definir los parámetros de interacción y regulación para generar seguridad jurídica a ambas partes, tomando como base las capacidades y competencias, así como las ventajas competitivas y compartidas de los involucrados como partes de la alianza, que podrán ser materializadas en la ejecución de convenios parciales y específicos que se deriven del contrato marco, entre las mismas partes⁵⁴.

Sin embargo, la compatibilidad de las figuras jurídicas en estudio no puede llegar al extremo de observar a los contratos marco de alianza estratégica o comercial, generándole cobertura excepcional a la contratación individual de contratos menores o de desarrollo con terceras personas, sin cumplir con los procedimientos de selección de contratistas correspondientes. Cada contrato de suministro, obra o prestación de servicio, de forma individual debe ser tratado como una contratación independiente y por lo tanto, en cada uno se deberán cumplir las disposiciones obligatorias de las normas de la contratación pública.

Partir de la errónea afirmación de que al celebrarse el contrato marco a través de un contrato de alianza estratégica o comercial, consecuentemente los contratos de desarrollo celebrados con terceras

⁵⁴ FERNÁNDEZ, *El contrato marco...*, *op. cit.*, pág. 35.



personas, distintas a la alianza, se encuentran bajo el amparo de la misma, y en consecuencia se consideran excluido de las modalidades competitivas de selección de contratistas, sería partir de la alteración de la naturaleza jurídica y razón de ser de las alianzas estratégicas y hasta del mismo contrato marco, para encubrir contrataciones públicas al margen de la legalidad, y así, evitar cumplir con los procedimientos de selección de contratistas, que siempre deben ser interpretados como la regla general dentro de la administración pública.

VII. REFLEXIONES FINALES

Luego de arrojadas al debate académico las anteriores ideas reflexivas, basadas en el estudio de las instituciones jurídicas previstas en las normas y en la revisión de algunos casos de la experiencia profesional, sólo nos queda afirmar que las alianzas estratégicas y comerciales son acuerdos entre sujetos que permite intercambiar las fortalezas de cada uno para lograr objetivos mutuos. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general, más no en el beneficio de un contratista o alguna parte en particular. Esa es fundamentalmente la premisa que se debe tener presente a la hora de interpretar la norma y aplicarla a los casos concretos.

Efectivamente las alianzas estratégicas y comerciales son figuras que pueden trascender las reglas básicas de la contratación pública, por ser instituciones importadas de las relaciones privadas y comerciales; pero en el momento que se incrustan en las leyes de contrataciones públicas, y se determina que servirán para la adquisición



de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, su interpretación y utilización deben estar condicionadas por la aplicación, no sólo de las reglas precisas de esa materia, sino que además se deben considerar y observar los principios que informan a las contrataciones públicas, que en la actualidad se encuentran positivados.

Al no existir en Venezuela normas expresas que regulen las relaciones o participaciones público privadas, como existen en otros países, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas, a la par de las concesiones públicas, pueden ser de suma utilidad para reactivar la economía nacional, captar capitales externos pulcros y ayudar al desarrollo económico, social e institucional del país; eso sí, empleadas de forma planificada, íntegra, transparente y eficiente.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato* administrativo, Ediciones Paredes, Caracas, 2011.

COLINA FONSECA, PABLO, *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la ley de contrataciones públicas*, FUNEDA, Caracas, 2010.

FERNÁNDEZ, LIOSANYN, *El contrato marco en los procesos de contratación de la industria petrolera. Estudio de derecho comparado*, FUNEDA, Caracas, 2013.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR, "El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación", en la Ley de



Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, Caracas 2014.

TREDINICK BRUSCO, CAROLINA A., *Joint venture y consorcio, como formas de alianzas estratégicas en los países con Tradición Anglosajona y Latina*, Tesis, UCAB, Caracas 2005.
<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ7082.pdf> consultada el 1º de febrero de 2018.

GRAN ENCICLOPEDIA HISPÁNICA, Tomo 15, Editorial Planeta, Panamá, 2006.