



Hacia la modernización del sistema de compras y contrataciones públicas: reflexiones para una transformación institucional de cara al anteproyecto de ley de contrataciones.

Preparado por:

Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc.

FINJUS

Fecha:

24 de Mayo 2021



CONTENIDO

I. Introducción.....	¡Error! Marcador no definido.
II. Aspectos generales del anteproyecto.....	¡Error! Marcador no definido.
III. Aspectos puntuales iniciales.....	6
IV. Del régimen de contratación y las modalidades de contratación.....	8
V. Otras modalidades especiales y procedimientos de control.....	15
VI. Observaciones al Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, el régimen de investigación y las sanciones	18
VII. Conclusiones.....	22



I. Introducción.

La Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS) valora muy positivamente el proceso transparente y participativo que ha asumido la Dirección General de Contrataciones Públicas, de cara al conocimiento y discusión del anteproyecto de reforma a la legislación vigente. Desde hace varios años, hemos promovido la necesidad de que el país se abocara a un gran diálogo nacional de cara a una reforma de esta naturaleza.

Como hemos expuesto previamente, un balance de la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones muestra que tras quince años de aplicación ha resultado incapaz, ineficaz e ineficiente para regular, dirigir y servir de marco a la acción del Estado para el uso óptimo y la transparencia en el uso de los recursos públicos para el logro de los objetivos de la Administración Central.

Asimismo, resulta evidente que la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones ha sido uno de los cimientos principales del modelo clientelista que ha imperado en el sistema político dominicano y ha permitido la aparición de múltiples distorsiones e inconsecuencias que se han mantenido a lo largo de la última década, reforzado por la crisis del sistema de justicia y la impunidad que de ella se ha derivado.

Por tanto, la actual reforma amerita un análisis preciso que permita fortalecer integralmente el sistema de compras y que, a su vez, resignifique el arduo esfuerzo que se ha realizado desde la Dirección General de Contrataciones Públicas. Desde FINJUS confiamos en que toda la ciudadanía debe estar atenta a este proceso y sabemos que, a través del presente documento, estableceremos nuestra posición en torno a diversos temas puntuales del anteproyecto que permitirán fortalecer la seguridad jurídica y el clima de inversión en el país.



II. Aspectos generales del anteproyecto.

En términos formales, el anteproyecto cuenta con un diseño apropiado en materia de técnica legislativa y ha abordado aquellas debilidades de la normativa vigente que inciden en el marco sobre el que se han instalado una serie de prácticas y mecanismos que permiten el mantenimiento de actos que lesionan el erario y desvirtúan la naturaleza del sistema de compras en los estamentos públicos.

El gasto público tiene un impacto social significativo sobre el crecimiento económico de nuestro país y una parte sustancial del mismo está directamente relacionado con el sistema de compras y contrataciones públicas, el cual tiene efectos importantes en el PIB y toda la estructura económica nacional. Por ello, de manera amplia, el anteproyecto recoge una gran parte de las especificidades recomendadas desde FINJUS, apuntando a que una nueva norma será vital para el desarrollo económico.

Precisamente como establece el considerando décimo del anteproyecto en cuestión, *“el uso del poder de compra constituye una herramienta poderosa para implementar las políticas públicas definidas en la Estrategia Nacional de Desarrollo (END), que es un acelerador para el cumplimiento de los compromisos internacionales firmados para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y una estrategia para desarrollar cadenas productivas importantes para el país.”* De manera que, tanto para la Dirección General de Contrataciones Públicas como para la ciudadanía deberá establecerse como objetivo avanzar de cara a los compromisos nacionales e internacionales en materia de contrataciones que están directamente vinculados a otros aspectos aún más estratégicos sobre los poderes públicos.

Un aspecto que valoramos positivamente en el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones es la inclusión de aspectos propios del Derecho Administrativo que resultan transversales al texto normativo. En ese orden, es importante que se haya delimitado el régimen general de contrataciones, las particularidades de los contratos administrativos y las diferentes modalidades de contratación.



De igual modo, se integró de manera especial el tema de la ubicación orgánica de la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas, específicamente sobre su vinculación a otro ministerio, lo cual había sido objeto de discusión debido a las limitaciones técnicas, económicas y administrativas que ello implica.

Si bien el artículo 36 de la Ley No. 340-06 indica las funciones básicas del Órgano Rector de compras y contrataciones públicas, el despliegue pleno de sus capacidades para el ejercicio de sus funciones no está garantizado a la Dirección General de Compras y Contrataciones, ya que su ubicación institucional no le dota de la autonomía que requiere un órgano de este tipo, ya que hacer ejecutorias sus decisiones depende, en gran medida, de lo que pudiese disponer el Ministerio de Hacienda.

Si bien no se avanzó hacia la propuesta que habíamos sugerido en ocasiones anteriores, el anteproyecto sí garantiza cierta operatividad funcional al momento de delimitar la naturaleza, organización y estructura de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Conforme lo establecen otras normas similares en términos de Derecho Comparado, el anteproyecto dedica un apartado especial a la temática relativa a los Gobiernos Locales, aunque a la misma realizaremos ciertas observaciones puntuales más adelante. Queda claro que para la elaboración del anteproyecto se fortalecieron aspectos que habían generado múltiples resoluciones nacidas desde el Órgano Rector, como lo relativo al tema de los umbrales y las especificidades del registro de proveedor.

Si realizamos un análisis en términos amplios, valoramos como muy positivo el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones que ha sido sometido a consulta nacional, el cual permitirá instituir un antes y un después sobre lo que se discute en materia de contrataciones públicas en el país. Precisamente, esta consulta permite que todos los sectores sociales puedan esclarecer sus dudas y cuestionamientos, así como también participar directamente de aquellos aspectos que pudiesen ser perfectibles de cara al futuro.



III. Aspectos puntuales iniciales.

Las normas jurídicas instalan en la sociedad los modos de relacionamiento en torno a temas que atañen a la realidad colectiva e inclusive a la autonomía individual. Por esta razón, es relevante que se configuren los principios sobre los cuales se sustentará cualquier nuevo paradigma que pretenda institucionalizarse en el ordenamiento jurídico.

Partiendo de la realidad anterior, el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones ha ampliado la batería de principios que contiene la legislación vigente, fortaleciendo aquellos que lo ameritaban e incluyendo nuevos aspectos fundantes que permitirán dotar al sistema de compras y contrataciones de una directriz normativa más clara.

Decimos lo anterior en virtud de que –conforme lo indicado en el artículo 6 del referido anteproyecto–, se parte desde el principio de juridicidad, el cual obliga a que el propio sistema de contrataciones públicas goce de previsibilidad. Esto abre el camino a que los poderes públicos actúen sobre la base del respeto irrestricto a las normas, evitando que las contrataciones se sujeten a aspectos *de facto* y que se utilicen los contextos como excusa de un acto distante a la norma.

Así también se agregan los principios de idoneidad, debido proceso, objetividad, planificación, sostenibilidad, entre otros. Cada uno de estos principios forma parte de la carta de ruta de lo que eventualmente podría convertirse en la nueva norma de contrataciones públicas.

Valoramos la ampliación y precisión en las definiciones de los principios, aunque observamos que el principio de “transparencia y publicidad” podría convertirse en dos principios aparte, generando menores confusiones y usos desvirtuados de lo que implican ambos conceptos de manera individual; enfatizando la ampliación de lo que implica la transparencia en un Estado social y democrático de derecho.

Una de las discusiones primarias que ha suscitado cualquier escenario de reforma de la Ley No. 340-06 ha sido el tema de los sujetos obligados y las exclusiones. El nuevo



anteproyecto define en los artículos 3 y 4 este aspecto, sentando las bases para indicar el alcance de la norma hacia los sectores públicos y privados.

Sin embargo, aunque coincidimos en el ámbito subjetivo (sujetos obligados), nos preocupa que no se defina directamente cómo regirá la norma en las corporaciones de derecho público que financien en más de un cincuenta por ciento (50%) anual su actividad con fondos públicos; las asociaciones sin fines de lucro, cualquiera que fuese su categorización, cuando financien en más de un cincuenta por ciento (50%) su actividad anual con fondos públicos; y cualquier otra institución que financie en más de un cincuenta (50%) su actividad anual con fondos públicos; indicando que esto se regirá por un reglamento particular pudiendo haberse definido en la propia norma.

Así también, respecto a las exclusiones incluidas en el artículo 4 del anteproyecto, los contratos de concesión –los cuales no han sido definidos propiamente en la ley vigente y han generado múltiples desviaciones en materia de corrupción– se encuentran en este apartado, lo cual ameritaría una explicación más precisa por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, más allá de lo establecido en la Ley No. 47-20 de Alianzas Público-Privadas.

En dicho articulado, también cabe destacar que –aunque ciertas legislaciones responden a coyunturas sociales, políticas y económicas determinadas en tiempo y espacio– no comprendemos por qué se establece “la adquisición de vacunas” como elemento de exclusión, cuando conforme a nuestro sistema jurídico, debería legislarse de cara al porvenir y ésta no sería la única situación que podría generar una exclusión en caso de que tuviese que adoptarse un estado de excepción causado por una pandemia, como se percibe en la actualidad.

Por otro lado, saludamos la amplitud de las definiciones de la norma, las cuales brindan un escenario importante respecto a la previsibilidad del lenguaje sobre el sistema de contrataciones públicas que podría insertarse en los sectores públicos y privados, de ser aprobado este anteproyecto.



IV. Del régimen de contratación y las modalidades de contratación.

Entrando al régimen de contratación pública establecido a partir del Título II del anteproyecto, se establece a qué se sujetan las contrataciones y se incluye la generación de un expediente administrativo ante cualquier procedimiento de contratación que se inicie, partiendo de los supuestos incluidos en la Ley No. 107-13 sobre derechos de las personas en su relación con la Administración y procedimiento administrativo.

Lo anterior permitirá un seguimiento más preciso de la contratación y fortalece, en gran medida, el sistema de control y la transparencia de los procesos. Así también la obligatoriedad de formalización de los actos administrativos sujetos a un proceso de contratación paso a paso, tal como se indica en el artículo 10 del anteproyecto, expresa el espíritu de previsibilidad y respeto a una visión sobre la legalidad muy minuciosa por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

En ese sentido, cabe destacarse que uno de los aspectos que ha generado mayores cuestionamientos en la opinión pública es la delegación de la competencia para contratar. El referido anteproyecto prohíbe la delegación de competencia para la gestión y ejecución de los procedimientos de contratación previstos en la ley, salvo las excepciones incluidas en la Ley No. 247-12 Orgánica sobre Administración Pública, *“con aquellas previstas en acuerdos de préstamos o donaciones y en los casos previstos en la presente ley y su reglamentación complementaria.”*

La inclusión de esta situación evita confusiones que se han suscitado en distintos escenarios, precisamente en los Gobiernos Locales, los cuales han acudido a esta modalidad valiéndose del vacío existente en la actual Ley No. 340-06. De este modo se genera mayor claridad en cuanto a la posibilidad o no y bajo cuáles parámetros excepcionales se podría adoptar esta delegación sin que ello se traduzca en distorsiones sobre el manejo de la cosa pública.

En cuanto a los oferentes extranjeros, indicados en el artículo 17 del anteproyecto, nos preocupa que aún sin autorización ni domicilio para ejercer actos de comercio se permita la presentación de ofertas (incluyendo también las excepciones), lo cual podría



lacerar eventualmente el principio de libre competencia establecido en el anteproyecto, el cual aspira a proteger el desarrollo nacional; así como también podría restringir el rango de acción de las micro, pequeñas y medianas empresas frente a los oferentes extranjeros. Sugerimos la inclusión en detalle de aquellos procedimientos que –para que resulten verdaderamente competitivos y favorables al desarrollo local y nacional– excluyan expresamente la presentación de oferentes extranjeros, salvo en los casos donde se trate del cumplimiento de convenios o acuerdos internacionales.

Durante varios años, desde FINJUS hemos insistido en la necesidad de delimitar el registro de proveedor del Estado y su función frente a los procedimientos de contratación. El anteproyecto en cuestión describe con suma exactitud qué naturaleza tiene y le despoja del hecho de que el mismo sea considerado como condición habilitante del oferente para contratar.

Por ello, el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones distingue entre la naturaleza del registro y la habilitación para contratar; esta última que sí demuestra la capacidad, aptitud e idoneidad para la celebración y ejecución de un contrato. De manera que, resulta un importante avance en que se haya hecho una distinción entre la participación y la celebración y ejecución práctica de un contrato.

No obstante, sugerimos la modificación o eliminación del artículo 21, el cual versa sobre la habilitación mediante precalificación. El texto del artículo reza del siguiente modo:

*Artículo 21. **Habilitación mediante precalificación.** La habilitación de oferentes puede producirse a través de un sistema de precalificación anterior e independiente de los procedimientos de contratación, en el cual se realiza una evaluación previa correspondiente a las credenciales, experiencias, perfil profesional y empresarial y demás requisitos previstos, quedando habilitados para futuros procedimientos.*

Aunque pudiese interpretarse la naturaleza especial de un sistema de precalificación, consideramos que la norma menciona determinadas condicionantes para la selección, sin embargo no establece con la misma minuciosidad que en otros procedimientos establecidos en el anteproyecto, bajo cuáles garantías se realizará esta habilitación mediante precalificación, permitiendo que pudiesen cometerse arbitrariedades aplicadas a este condición habilitante conforme reglas de corte muy subjetivo.



Por otra parte, saludamos el nuevo régimen de prohibiciones para contratar. Si bien es cierto que la Ley No. 340-06 y sus modificaciones en el artículo 14 indica precisamente quiénes no pueden ser oferentes ni contratar con el Estado¹, ya sea por su vinculación con los poderes públicos u otros lazos inherentes a una determinada contratación, no menos cierto es que las sanciones a las que se pudieren ver afectadas estos servidores públicos son tan ínfimas que sólo tienen valor como un símbolo normativo formal y no como una prohibición material sustancial.

Para el caso en cuestión, las sanciones por incumplimiento de las disposiciones de la Ley No. 340-06 se aplican de conformidad con aquellas establecidas en la Ley de Función Pública y, de manera supletoria, en los estatutos disciplinarios de cada institución pública. Sin embargo, el párrafo I del artículo 65 de la legislación sobre compras y contrataciones públicas indica que los servidores públicos que transgredan la norma serán pasibles de: amonestación escrita, suspensión sin goce de salario hasta por seis meses, despido sin responsabilidad patronal y sometimiento a la justicia.

En el anteproyecto se delimitan dos tipos de prohibiciones: absolutas y relativas. Aunque pudieron haber sido definidas en el anteproyecto más no así meramente enunciadas estas restricciones, se incluyen numerosas prohibiciones que –a nuestro juicio– podrían prevenir actos de corrupción que han formado parte de la órbita de las contrataciones públicas.

Muy especialmente nos referimos a la prohibición implícita de una suerte de tráfico de influencias establecido en los párrafos II y III del artículo 22 del anteproyecto. Estos rezan de la siguiente manera:

***Párrafo II.** A los exfuncionarios públicos referidos en el literal a), numeral 1) del presente artículo, les está prohibido gestionar intereses particulares ante la institución a la que prestaron sus servicios, o ante las instituciones que le sean subordinadas, durante los veinticuatro (24) meses siguientes a la fecha de su desvinculación o renuncia del cargo. Esta prohibición es permanente con relación a los asuntos que haya decidido en desarrollo de sus funciones.*

¹Ver Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, modificada por la Ley No. 449-06. Artículo 14.



***Párrafo III.** Cuando una de las personas físicas o jurídicas que formen parte de un consorcio se encuentre incurso en una de las prohibiciones previstas en el presente artículo, la prohibición se hace aplicable al consorcio en su conjunto.*

No es un detalle menor la inclusión de sendos párrafos, puesto que resulta muy favorable a los sistemas de control que se incluyan estas prohibiciones, las cuales podrían evitar la permanencia de esquemas circulares en la Administración Pública que ralentizan la propia continuidad del Estado y favorecen la impunidad.

En lo que respecta a los tipos contractuales, saludamos la clasificación que se ha realizado en el referido anteproyecto, partiendo de los contratos de obras, bienes, servicios y consultoría. Aunque, respecto a estos dos últimos sugerimos precisar en su definición, ya que deja mucho espacio a interpretación la similitud entre los mismos y pareciera que pudiera diseñarse uno u otro sin distinción, conforme la necesidad de la institución contratante.

Las reglas generales sobre las modalidades de contratación incluidas en el anteproyecto representan un paso fundamental para la seguridad jurídica y el clima de inversión. La inclusión ilustrativa de las modalidades de selección por cuantía, y objeto y características; establece parámetros necesarios y no sujetos a interpretación que permitirán mayores niveles de competitividad en los procesos.

Aunque no tenemos mayores observaciones respecto a las modalidades de contratación, las cuales recogen aspectos que habían sido un reclamo de la ciudadanía, sí presentaremos nuestras precisiones en torno a algunos puntos que se incluyen en el apartado relativo a las excepciones de las mismas, a partir del artículo 43 del Anteproyecto de Ley General de Contrataciones.

Desde FINJUS, hemos sido constantes en todo lo que tiene que ver con las declaratorias de urgencia y emergencia en materia de contrataciones, partiendo de todas aquellas discrecionalidades a las que se pudiere incurrir en este estadio de una contratación con características muy especiales.



Anteriormente, habíamos indicado que resultaba imperioso mejorar los presupuestos jurídicos de la declaratoria de emergencia de una obra y de manera particular el rol que en ese marco debe jugar la Dirección General de Compras y Contrataciones, pues en la actual Ley 340-06 su papel se diluye y parecería que en ese momento no existiera. Esto merece mucha atención puesto que las declaraciones de emergencia podrían prestarse a que esta figura sea utilizada como herramienta para legitimar determinados contratos nocivos para el interés nacional.

El Anteproyecto de Ley General de Contrataciones cubre estos aspectos que habíamos establecido en discusiones previas, delimitando qué procede ante la declaratoria de estados de excepción, emergencia o seguridad nacional. Así también saludamos que –en lo que respecta a la declaratoria de urgencia– deba fundamentarse sustancialmente la misma, indicando qué no sería una consideración válida, tal como lo establece la parte *in fine* del numeral 4 del artículo 44 del anteproyecto:

No serán considerados fundamentos válidos para alegar razones de urgencia, los siguientes:

- a) La dilación en el accionar de los funcionarios intervinientes.*
- b) La primera declaratoria de desierto de un procedimiento.*
- c) El no haber iniciado con la antelación suficiente el procedimiento para una nueva contratación, previo a la finalización de un contrato de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios.*

Podría decirse que este mecanismo (la declaratoria de urgencia) es uno de los ejes que más puede sustentar un acto de corrupción, cuando se cuenta con una laguna jurídica, como se encuentra establecido en la ley vigente. Saludamos la inclusión de estas condiciones, pero modificaríamos el literal b) para que no fuere exclusivamente en la primera declaratoria de desierto de un procedimiento, sino en cualquier declaratoria de desierto; ya que si nos sujetamos a la primera sólo trasladaríamos el momento de ocurrencia de la laguna previamente mencionada a una etapa posterior.

Una de las distorsiones más habituales en materia de contrataciones es el fraccionamiento de los procesos, a los fines de buscar ventaja dividiendo la adquisición de obras, bienes y servicios de un mismo rubro tomando en cuenta los vacíos de la Ley



No. 340-06. El anteproyecto prohíbe expresamente el fraccionamiento y establece condiciones para su aplicación, lo cual deviene en un escenario muy favorable para la prevención de encubrimientos dados en etapas pasadas.

Respecto a los procedimientos generales de la contratación pública, saludamos principalmente la inclusión de aspectos de planificación en las diversas etapas indicadas en el anteproyecto. Esto permite mayor previsibilidad tanto para la competitividad nacional como para la inversión extranjera que pudiera fundamentarse desde los preceptos de esta norma.

Asimismo, valoramos como positivo el establecimiento de los contenidos formales de la convocatoria y, sobre todo, la integración de las bases de la contratación (antiguo pliego de condiciones) como elemento transversal a cualquier procedimiento. Así las cosas, el anteproyecto concibe con suma claridad las etapas consecuentes con cualquier modalidad de contratación e instaura pasos precisos para cada modalidad, lo cual evita la incertidumbre y la hiper-normatividad a través de resoluciones por parte del Órgano Rector, que podrían generarse con la ley vigente.

Respecto a la temática anterior, es menester referirse a la amplitud del régimen de validez de los contratos incluido en el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones. Exclusivamente, sugeriríamos la implementación de una reglamentación complementaria a las potestades de la institución contratante, ya que aquellas denominadas como “especiales” indicadas en los artículos 96 y 97 del anteproyecto ameritan una mayor profundización por el hecho de que el párrafo del último articulado al que hicimos mención establece que *“El acto administrativo mediante el cual la institución contratante hace uso de sus potestades especiales pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo.”*

Es importante indicar que el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones establece posteriormente los derechos del proveedor; las especificidades de la administración de los contratos; la ejecución; la modificación de los contratos y su cesión o subcontratación; así como también su suspensión. Estos aspectos, sumado a la extinción y/o resolución anticipada del contrato, brindan una nueva batería de soluciones ante



los conflictos de carácter administrativo que se encuentran huérfanos bajo el marco normativo vigente.

Por otro lado, sugerimos una ampliación del articulado referente a la contratación pública estratégica. Tal como lo define el referido anteproyecto en su artículo 127: *“La contratación pública no solo procura la satisfacción de necesidades vinculadas a intereses generales, sino también la consolidación de políticas públicas tendentes al desarrollo social y local, a la inclusión económica de sectores vulnerables, a la protección ambiental y al fomento de la innovación.”*

Esta modalidad especial de contratación pública no puede cubrirse con un solo artículo donde se defina su alcance. Las políticas públicas tendentes al desarrollo social y local tienen una naturaleza cíclica y amplia, lo cual puede permitir que, bajo esta sombrilla, se incluyan múltiples contrataciones y a éstas les sean aplicadas modalidades especiales, restringiendo así mayores procesos competitivos. Aunque se indica que esto podría expandirse en la reglamentación complementaria, consideramos que podría generar ciertas dudas la no inclusión de procedimientos, pasos y excepciones a la regla al adherirse a esta modalidad.



V. Otras modalidades especiales y procedimientos de control.

Desde FINJUS, hemos reiterado la urgencia de que exista un ambiente sano de contratación tanto para las empresas nacionales y extranjeras, las entidades públicas, las MIPYMES y toda la ciudadanía. El Anteproyecto de Ley General de Contrataciones dedica una sección a las reglas especiales para el fomento de las micro, pequeñas y medianas empresas.

De forma muy puntual, el artículo 128 del anteproyecto indica que *“Al momento de realizar su formulación presupuestaria, las instituciones contratantes deben reservar el treinta por ciento (30%) de las partidas asignadas para procedimientos de contratación destinados exclusivamente para micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) (...)”* Luego distribuye dicho porcentaje adjudicando un 10% a aquellas empresas de esta naturaleza que sean dirigidas por mujeres. Esto representa un paso de avance en materia de políticas de equidad que permitirá la diversificación del tejido productivo y podría contribuir a la innovación en materia de contrataciones públicas.

Reglas especiales de igual magnitud también serán aplicables a las contrataciones en el marco de programas para el alivio de la pobreza; lo cual podría favorecer notablemente el desarrollo de productores locales. Sin embargo, hacemos hincapié en que la reglamentación de dichos programas especiales debe ser bastante precisa y clara, para así evitar excesos de los poderes públicos donde pudieran anclar su rango de acción hacia cierta persistencia en el uso de este procedimiento especial.

En lo relativo a las condiciones especiales para la ejecución de la contratación, nos genera interés que la aplicabilidad de criterios sociales y ambientales, indicados en los artículos 136 y 137 del anteproyecto, goce de un carácter optativo en las bases de la contratación. Desde nuestra óptica, ambos criterios gozan de un amplio consenso en la comunidad internacional y determinan muchas aristas de nuestro desarrollo nacional a largo plazo. Por tanto, sugerimos la obligatoriedad de aplicación y observación de estas condiciones en las bases de la contratación.



Saludamos igualmente la inclusión de un apartado especial para la contratación en los Gobiernos Locales. Como hemos indicado previamente, los Ayuntamientos han sido el Talón de Aquiles de los procedimientos de contratación pública.

El hecho de contar con un apartado destinado a regular estos escenarios locales, permitirá un mayor control y aplicación de sistemas de consecuencias ante los riesgos que corre el desarrollo productivo en las distintas municipalidades. Hacemos la observación de que si bien es favorable la implementación de un Reglamento de Contrataciones Públicas Municipales, en el anteproyecto pudo al menos definirse los tres aspectos que menciona el artículo 138, esto es:

- 1. Mecanismos de articulación interinstitucional entre la Administración Local y la Dirección General de Contrataciones Públicas.*
- 2. Normas especiales para procedimientos de selección de contratistas municipales que incluyan las pautas, requisitos, plazos, simplificación de procesos y monitoreo activo desde la Dirección General de Contrataciones Públicas.*
- 3. Formulación de los Planes Anuales de Contrataciones Municipales.*

Desde otra perspectiva, consideramos importante referirnos a lo relativo a la transparencia y procedimientos de contratación pública. Resulta favorable que el anteproyecto reitera la necesidad de transparentar los procesos e instituye –además del control interno y externo del Estado– mecanismos de control institucional ejercidos por la Dirección General de Contrataciones Públicas y mecanismos de control social ejercidos por ciudadanía organizada en mesas de fiscalización ciudadana.

Este es un aspecto muy innovador que ha sido incluido en el marco normativo objeto de nuestro análisis. Además de las potestades que incluye el artículo 153, se establecen los programas de cumplimiento regulatorio, conforme lo indican las mejores prácticas anti-corrupción de la época moderna. Si bien resultaría un progreso notable, observamos que los componentes de dichos programas no pueden dejarse a la merced de la reglamentación complementaria sino que deben ser incluidos en el anteproyecto.



En cuanto al control social que podría ejercerse a través de las mesas de fiscalización ciudadana, resulta un paradigma que sabemos podría contar con cierta resistencia por parte de las prácticas tradicionales de toma de decisiones en el marco de los estamentos públicos. Sin embargo, consideramos de gran valor esta apuesta por la democratización de los procesos y confiamos en que este aspecto podrá servir para prevenir prácticas corruptas e inobservancias a la propia norma.



VI. Observaciones al Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, el régimen de investigación y las sanciones.

En el presente apartado abordaremos dos aspectos fundamentales incluidos en el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones: la naturaleza y organización del sistema; y el régimen de investigación. Desde FINJUS éstos han sido dos temas de amplia observación y análisis durante mucho tiempo. La naturaleza del órgano y del sistema como tal, puede determinar la aplicabilidad real o no de los presupuestos normativos.

En lo inmediato, a partir del artículo 163 y siguientes del anteproyecto en cuestión puede verificarse cómo ha sido la intención de generar mayor descentralización al Órgano Rector. No obstante, en otros escenarios se ha discutido ampliamente que la adscripción de la Dirección General de Contrataciones Públicas al Ministerio de Hacienda puede significar un obstáculo para lograr el objetivo que indicamos en un inicio.

Por ello, aunque comprendemos la fórmula utilizada en el anteproyecto y sabemos que la misma –aunada al nuevo paradigma en materia de contrataciones públicas que se expresa en el texto normativo– podría refundar la naturaleza del Órgano, no resulta suficiente para las expectativas generadas en torno a la independencia funcional del mismo.

Nuevamente hacemos hincapié en que, si bien por definición gozaría de “autonomía administrativa, funcional y financiera”, agregándose el hecho de tener “personalidad jurídica propia y potestad reglamentaria”; verse adscrita al Ministerio de Hacienda podría impedir el libre desarrollo de la definición normativa, quedando a criterio de los gobernantes de turno.

Desde FINJUS comprendemos que pudiese tratarse de una visión estratégica y de unidad funcional del Estado, sin embargo se ha generado consenso en torno a la necesidad de que la Dirección General de Contrataciones Públicas se erija como un



órgano verdaderamente independiente, cuya designación no dependa exclusivamente del Ejecutivo y donde la autonomía pueda visualizarse desde un marco más amplio.

Además, resulta contradictorio que se incluyeran algunos aspectos que parecieran blindar la función, pero otros responden a los designios del Poder Ejecutivo. De igual modo, la limitación a dos subdirecciones generales obstaculiza las necesidades reales del Órgano; lo cual podría ser un freno para la adecuación de la Dirección a otros escenarios futuros.

En otra orientación argumentativa, saludamos la distinción del régimen de inhabilidades e incompatibilidades con el cargo de Director expuesto en el anteproyecto. Aunque, en lo que respecta a las inhabilidades pudiera fortalecerse con condiciones que vayan más allá de la relación de pariente de otro funcionario de las instancias administrativas internas de la Dirección General de Contrataciones; incluyendo también de la misma inhabilidad agregada a las altas instancias del Poder Ejecutivo o el gabinete de ministros.

En cuanto al régimen y procedimiento de investigación administrativa, resulta un paso muy distintivo del anteproyecto. Precisamente una de las fortalezas operativas de la Dirección General de Contrataciones lo ha sido la inclusión de estas facultades en sus prácticas cotidianas. Sin embargo, la Ley No. 340-06 se ha encontrado corta frente al amplio alcance que requieren actuaciones de esta naturaleza, las cuales podrían derivar en la aplicación de un sistema de consecuencias certero.

Podría decirse *grosso modo* que este apartado incluido en el anteproyecto cumple con aspectos generales primordiales: cómo se inicia la investigación; quién tiene derecho a denunciar; cómo se instruye el procedimiento y cuáles medidas cautelares podrían adoptarse ante una eventual violación a la norma.

Al respecto, solo agregaríamos que, en cuanto a la decisión del director en torno a los resultados de la investigación establecidos en el artículo 198 del anteproyecto, podría establecerse el alcance y/o definición de cada una de las posibilidades indicadas en el texto normativo. Asimismo, podríamos sugerir que todo lo que implica el



procedimiento depende, en gran medida, de la voluntad de la dirección ejecutiva, lo cual podría detener el curso de los procesos. Por ello, consideramos importante revisar la posibilidad de que sea un órgano interno previamente instituido por la ley el que se encargue de dicho procedimiento, mientras que la Dirección Ejecutiva funja como fiscalizadora del proceso y como ente habilitante del mismo, exclusivamente.

Finalmente, en lo que respecta al régimen de sanciones por violación a las normas que reglamentan las contrataciones públicas, desde el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones se ha dividido en tres, conforme las mejores nociones de Derecho Administrativo: disciplinarias, administrativas y penales.

Básicamente desde el anteproyecto se instituye una coherencia con el régimen de sanciones vigente en normas relativas a la función pública o la relación de las personas con la Administración. Nuestra única observación al respecto lo refiere la definición de las sanciones penales.

Puede verse que en el anteproyecto sólo se establecen tres tipos penales puntuales ante una violación a la norma de esta naturaleza: la violación al régimen de prohibiciones; la propuesta a un funcionario público en beneficio de particulares; y las prácticas colusorias.

Somos de opinión que –conforme la propia naturaleza ampliada de la materia que se trata– nada impediría un estudio más profundo que permita incluir nuevos tipos penales adecuados a la realidad práctica del sistema de compras y contrataciones públicas. En más de una ocasión hemos propugnado que los sistemas de consecuencias, además de efectivos, deberían ser muy previsores de las prácticas indebidas o conductas tipificables como delitos penales.

Desde FINJUS hemos afirmado que, uno de los aspectos que significaría un gran avance para el sistema de compras y contrataciones de nuestro país, está en aumentar la rigidez y fuerza sancionatoria con que se traten a los sujetos obligados por esta norma, que no den cabida a lagunas normativas o tímidas prohibiciones de papel. Debe tratarse de



sanciones penales novedosas y adecuadas al dinamismo propio del delito en materias tan delicadas.

Por tanto, si bien saludamos la conjunción del ámbito disciplinario, administrativo y penal en el anteproyecto; resaltamos la necesidad de ampliar lo relativo a la comisión de delitos. No es un impedimento la creación de nuevos tipos penales que no sean contradictorios al ordenamiento jurídico vigente ni la Constitución. En el Anteproyecto de Ley General de Contrataciones Públicas deben delimitarse las prácticas colusorias y agregar sanciones penales propias de la naturaleza del sistema.

VII. Conclusiones.

La Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS), valora positivamente la labor realizada por la Dirección General de Contrataciones Públicas y saludamos el esfuerzo institucional de haber convocado a una consulta nacional para el análisis del anteproyecto. Confiamos en que este escenario permitirá hacer frente a los desafíos históricos inherentes al sistema de contrataciones públicas.

Como hemos indicado previamente, la reforma de la Ley No. 340-06 debe ir en la dirección de transformar de raíz al propio sistema de compras y contrataciones. Queda claro que la transparencia y no influencia negativa de la clase política en el sistema de compras públicas generará en lo inmediato mejorías económicas importantes y una reorientación del gasto hacia cuestiones esenciales dentro de la gestión de la cosa pública.

La perfectibilidad de los procesos a través de la generación de amplios consensos solo brinda resultados favorables a nuestro sistema democrático. Los poderes públicos deben abocarse a este proceso de discusión y hacer del mismo una directriz política de carácter nacional.

Las futuras generaciones son merecedoras de un marco jurídico que garantice confianza plena en áreas tan vitales para la vida económica nacional como lo es el sistema de contrataciones. Este documento es presentado como un aporte al amplio proceso de



reforma que ha costado años de esfuerzo y superación de desafíos estructurales partiendo del diálogo.

Confiamos en que la inserción de toda la sociedad en los cambios que urgen al sistema de contrataciones públicas se traducirá en resultados favorables en muchos otros ámbitos del Estado social y democrático de derecho. La reforma al sistema de contrataciones públicas es un reclamo ciudadano que merece ser atendido y este anteproyecto sienta las bases para institucionalizar los cambios urgentes en materia de transparencia y calidad democrática que requiere el país.

Servio Tulio Castaños G.

Vicepresidente Ejecutivo FINJUS