

PONENCIA DEL DR. SERVIO TULIO CASTAÑOS GUZMÁN EN
EL SEMINARIO: HACIA UNA NUEVA LEY GENERAL DE
CONTRATACIONES PÚBLICAS

**Aspectos generales del Proyecto de Ley General de Contrataciones
Públicas**

Muy buenos días a todas y todos.

La Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS) valora muy positivamente que, desde el Poder Ejecutivo, se haya sometido el Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas al Congreso Nacional, sobre el cual se han venido generando múltiples discusiones en la sociedad. En la presente ponencia, nos limitaremos a presentar aquellos tópicos generales que consideramos más relevantes para el debate sobre el proyecto, de cara a generar insumos para impulsar la aprobación necesaria de una nueva Ley General de Contrataciones Públicas.

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 referido anteriormente, para la aprobación de una nueva ley general de contrataciones públicas se hace urgente un amplio consenso de todos los sectores políticos y sociales.

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.

Señoras y señores.

En términos formales, el proyecto 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 proyecto recoge una gran parte de las especificidades recomendadas desde FINJUS, ya que es un hecho evidente que una nueva norma será vital para el desarrollo económico.

Cabe destacar que en el actual proyecto se delimitó el régimen general de contrataciones, las particularidades de los contratos administrativos y las diferentes modalidades de contratación. **Esta delimitación consiste en la inclusión de aspectos propios del Derecho Administrativo al régimen de contrataciones que resultan transversales al texto normativo.**

Se amplía 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. Si bien previamente la Ley No. 340-06 contaba con ciertos elementos fundantes, se adicionaron principios como el de juridicidad; la inclusión; la favorabilidad del desarrollo local y la producción nacional; idoneidad; planificación e imparcialidad.

En razón de lo anterior, el artículo 5 del referido proyecto 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.**

Reiteramos que dentro de las exclusiones incluidas en el artículo 3 del proyecto, 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.

Saludamos la amplitud de las definiciones de la norma expuestas en el artículo 4, 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 proyecto. Por ello el proyecto en su artículo 4 contiene 44 definiciones básicas que favorecen a la comprensión de la norma y evitando así antinomias y lagunas, partiendo desde lo que es una “adjudicación” hasta el concepto de “Tienda Virtual”.

Asimismo, es trascendental que el artículo 17 del actual proyecto brinde seguridad jurídica en cuanto al tema de la delegación de competencia. De aprobarse el texto actual, las instituciones contratantes no podrán delegar su competencia para la gestión y ejecución de los procedimientos de contratación previstos en la ley, salvo la delegación de competencia para casos de contrataciones conjuntas con otras

instituciones contratantes, siguiendo las reglas y el procedimiento previsto en la Ley No. 247- 12 Orgánica de la Administración Pública.

Sumado a lo anterior, es relevante que se haya establecido lo que se denominará como “*perfil del contratante*” (esto lo encontramos en el artículo 18). Así se fortalece grandemente la institucionalidad, ya que a través del mismo **cada institución contratante deberá contar con un apartado integrado a su portal institucional en donde se agrupen las informaciones y documentaciones relativas a su actividad contractual con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a éstas.**

En cuanto a los oferentes extranjeros, indicados en el artículo 19 del proyecto, 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 proyecto, 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.

En cuanto a lo anterior, 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.

No obstante lo que indicamos anteriormente, **saludamos la prohibición expresa de multiplicidad de participación** de una misma persona en un mismo procedimiento de contratación, contenido en el artículo 20 del proyecto.

Insisto en lo siguiente.

Durante varios años, desde FINJUS hemos expuesto la necesidad de delimitar el registro de proveedor del Estado y su función frente a los procedimientos de contratación. El proyecto 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 Proyecto 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.

A lo anterior se agrega el hecho novedoso de que la Dirección General de Contrataciones Públicas mantendrá sistemas de interoperabilidad de datos e intercambio de informaciones con otras instituciones del Estado, a fin de fiscalizar las informaciones suministradas por los proveedores, conforme lo indicado en el párrafo I del artículo 21 del proyecto.

Saludamos el **nuevo régimen de prohibiciones para contratar**. En el proyecto **se delimitan dos tipos de prohibiciones: absolutas** (cuando el impedimento para contractual se extienda a todos los entes, órganos o instituciones) y **relativas** (cuando se limiten a un determinado ente, órgano o institución) (artículo 24). **Saludamos que, tal como había recomendado FINJUS en torno a la primera versión del proyecto, fueron definidas y no sólo enunciadas estas prohibiciones en el proyecto actual.**

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 24 del proyecto que depositó la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo.

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.**

Igualmente, saludamos la **prohibición permanente establecida en el artículo 25 del proyecto actual** con relación a los asuntos que hayan conocido o decidido ex funcionarios públicos en ocasión del ejercicio de sus funciones. De mantenerse este articulado, desde FINJUS consideramos que **éste se erigirá como pilar fundamental de control preventivo de la corrupción administrativa.**

En lo que respecta a los tipos contractuales, saludamos la clasificación que se ha realizado en el referido proyecto, partiendo de los contratos del sector público (típicos); y administrativos y privados. Saludamos la inclusión de la definición de contratos de obras, no obstante **sugerimos precisar aún más el concepto de contratos de servicios de consultoría,** ya que sigue dejando mucho espacio a interpretación la **similitud entre éstos y los de servicios profesionales 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 proyecto actual representan un paso fundamental para la seguridad jurídica y el clima de inversión. **La inclusión ilustrativa de las modalidades de selección por cuantía o por naturaleza de la contratación;** establece parámetros necesarios y no sujetos a interpretación que permitirán mayores niveles de competitividad en los procesos.

Señoras y señores.

Nuestra posición institucional ha valorado 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. El Proyecto 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 a partir del artículo 60 y siguientes de la versión actualizada.

Hacemos la salvedad de que lo que respecta a las *“prestaciones de carácter personalísimo”* **incluidas en el numeral 4) del artículo 60**, si bien representa una realidad objetiva en casos de estados de excepción, deben aún delimitarse condiciones para su utilización, de cara a que éste no sea un instrumento para favorecer a determinadas personas físicas o morales afines a los gobernantes de turno.

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. Puede 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.**

De esta misma manera, saludamos la inclusión de estas condiciones y para FINJUS representa un paso de avance que –tal como fuere recomendado en la versión del proyecto anterior– se haya modificado el literal b) del artículo 61 **para que no fuere exclusivamente considerado “urgencia” en la primera declaratoria de desierto de un procedimiento.**

Una de las formas donde el sistema de compras y contrataciones públicas instituido en la Ley No. 340-06 se ha visto vulnerado con la ausencia de contenido desde su propia legalidad, versa sobre el denominado “fraccionamiento”. Saludamos que, desde la nueva versión del proyecto, **se prohibirá el fraccionamiento de contrataciones de bienes, servicios u obras cuando este tenga por objeto eludir los procedimientos de contratación aplicables para en cambio optar por otros de menor cuantía** (artículo 64).

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

Valoramos como positivo el **establecimiento de la aprobación del procedimiento de selección y la regulación concreta del pre-pliego y el pliego de condiciones como elementos transversales a cualquier procedimiento** (artículo 78 y siguientes).

Así las cosas, el proyecto 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.

Es importante destacar que este nuevo proyecto establece en su artículo 95 la exclusión por comprobación de prácticas prohibidas, indicando que en cualquier fase del procedimiento de selección podrán excluirse los oferentes cuando éstos hayan incurrido en algunas prácticas

prohibidas, tales como: que esté en régimen de inhabilidades; intento de influenciar autoridades de la institución contratante; afectación del principio de libre competencia; o cualquier otra actuación prohibida por la ley.

A nuestro juicio, lo explicado previamente **podría representar un antes y un después tanto para los sistemas de control preventivo como para la aplicación de un sistema de consecuencias certero** ante las amenazas que generan los delitos de corrupción.

Tal como se vislumbró desde FINJUS, **saludamos** en la actual versión la ampliación del **artículo referente a la contratación pública estratégica**. Conforme lo indicado en el artículo 152 y siguientes, se han agregado criterios como la transversalidad de esta modalidad de contratación, así como requisitos distintos de participación.

Resulta favorable que el proyecto 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** (artículo 171).

En lo respectivo a los Gobiernos Locales, el **artículo 183** agrega un componente importante **para el desarrollo de las economías locales, instituyendo un orden escalonado** donde se establecerá como condición de participación que los proveedores estén domiciliados en el Distrito Municipal o Municipio en el que se vayan a suministrar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras y, en caso de que no existan proveedores que puedan satisfacer el objeto contractual, se priorizará a los proveedores de la provincia y en su defecto los de la región.

A partir del artículo 186 y siguientes del proyecto en cuestión puede verificarse cómo ha sido la intención de generar mayor descentralización al Órgano Rector, sobre lo cual sabemos que ampliará este tema la Consultora Jurídica de la DGCP, Raquel Miranda, quien nos acompaña en esta jornada.

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 proyecto 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 pudiere 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.

En otro orden, saludamos la distinción del **régimen de inhabilidades e incompatibilidades con el cargo de Director expuesto en el proyecto (artículos 195 y 196)**. 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.

Un paso de avance importante en esta materia puede vislumbrarse en lo establecido en el artículo 200 respecto a la unidad operativa de contrataciones públicas. Uno de los obstáculos históricos del propio sistema de contrataciones públicas ha sido el desconocimiento de la norma en determinadas instituciones que no guardan relación tan directa con el Órgano Rector.

Con el actual texto normativo, en cada una de las instituciones contratantes existirá una Unidad Operativa de Contrataciones Públicas que gestionará los procedimientos de contratación y ofrecerá asistencia técnica en su ejecución; **apuntando a su profesionalización** (artículo 201).

Finalmente, en lo que respecta al régimen de sanciones por violación a las normas que reglamentan las contrataciones públicas, desde el Proyecto de Ley General de Contrataciones **se ha dividido en tres, conforme las mejores nociones de Derecho Administrativo: disciplinarias, administrativas y penales (artículo 226 y siguientes)**. Básicamente desde el proyecto 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 de lo planteado anteriormente lo refiere la **definición de las sanciones penales (artículo 238 y siguientes)**. Aunque anteriormente este apartado se limitaba a enunciar tres tipos penales; en la versión actual del proyecto sólo se establecen cinco tipos penales puntuales ante una violación a la norma de esta naturaleza: falsedad de declaraciones juradas; la violación al régimen de prohibiciones; el interés indebido en la celebración de contratos; la propuesta a un funcionario público en beneficio de particulares; y los acuerdos prohibidos.

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**. No es un impedimento la creación de nuevos tipos penales que no sean contradictorios al ordenamiento jurídico vigente ni la Constitución.

Respecto a lo anterior es importante destacar lo siguiente, como insumo al debate que nos convoca a este encuentro. **Existen opiniones divididas sobre la inclusión de sanciones en esta norma o que esto forme parte de los tipos penales establecidos en nuestra legislación penal**.

Aunque, desde una visión comparada, las leyes de contrataciones públicas no abordan necesariamente el aspecto de las sanciones penales, para el caso concreto de nuestro país y la necesidad de fortalecer los regímenes de consecuencias en diferentes ámbitos, **consideramos correcta no sólo su incorporación en el Proyecto sino inclusive su ampliación**.

Señoras y señores.

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 al conocimiento de este proyecto en el marco de la discusión legislativa actual y hacer del mismo una directriz política de carácter nacional.

Desde FINJUS, valoramos como muy positivo el proyecto legislativo depositado ante el Congreso Nacional y 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.

Muchas gracias.

Servio Tulio Castaños G.

Vicepresidente Ejecutivo FINJUS

17 de marzo de 2022