

SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES: NORMAS JURÍDICAS, PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS Y CORRUPCIÓN



Por Faustino Collado,
profesor de la
Universidad Autónoma de
Santo Domingo (UASD).

Las contrataciones públicas en la República Dominicana se han vestido del color de un Estado personalista, con regímenes políticos autoritarios y clientelares, bien sea en la versión tiránica, de facto, dictatorial o con asomos liberales. Siendo común a los distintos gobiernos la concentración presidencialista.

Balance histórico

En la tiranía de los Trujillo el Estado y el tirano se confundían. Compras y ventas entraban y salían de empresas estatales que luego pasaban a ser propiedad del tirano, y de empresas del tirano y sus allegados que pasaban a ser adquiridas por el Estado cuando no eran rentables.

En esa práctica de acumulación originaria capitalista y de corrupción sistémica el problema no ha sido exactamente la falta de leyes, aunque el contenido de estas leyes también cuenta, como veremos. Ya en 1913 existió la Ley 5243 sobre concursos de adjudicación de obras del Estado y los municipios que excedieran de RD\$300.00, y al finalizar la dictadura se aprobó la Ley 5557 del 21 de junio de 1961, modificada por la Ley 5567 del 6 de julio del mismo año, que obligaba a concursos en las construcciones mayores de RD\$5,000.00.

En la dictadura de Joaquín Balaguer (1966-1978) se aprobó la llamada Ley de Concursos No. 105 del 17 de marzo de 1967 que sustituyó la Ley 5557 de 1961, estableciendo en su artículo 1 los concursos para obras con valor superior a RD\$10,000.00. Sin embargo, el artículo 2 de esta ley echó por tierra estos concursos al establecer lo siguiente: “El Poder Ejecutivo podrá, sin embargo, excepcionalmente contratar, de grado a grado, las construcciones de obras o la realización de programas de interés público...”.

La realidad fue que a partir de 1967 el sentido de ese texto se invirtió. El excepcionalmente y el grado a grado se convirtieron en la regla para el Ejecutivo, no así para los municipios que quedaron fuera de la dispensa, y los concursos pasaron a ser la excepción. La Ley 105 contempló, además, los llamados concursos especiales, creados para los constructores que podían financiar los proyectos, que eran los constructores grandes, un antecedente lejano de lo que serían las concesiones y hoy las alianzas público-privadas. Se introdujo, tam-

bién, la figura o el “maco” de la subcontratación, rémora dentro de la administración pública del derecho burgués de los contratos, que hace millonarios a los “ingenieros” sin título o a empresarios sin empresas. Ese modelo lo siguió el PRD a partir de 1978, y los demás gobiernos, pues la Ley 105 no fue tocada en lo más mínimo hasta el año 2006.

En cuanto a la compra de bienes y servicios se emitió la Ley 295 del 30 de junio de 1966, bajo la influencia de la OEA, en el gobierno provisional de García Godoy. Esta ley creó un modelo basado en una comisión de ministros, supervisora y elaboradora de políticas de compras, y una Dirección General de Aprovisionamiento, la que compraba “artículos de uso común y obligatorios para todas las dependencias públicas”, y a su vez los revendía a los distintos departamentos u oficinas del Gobierno y organismos descentralizados.

Economía de escala que no funcionó

Ese esquema de economía de escala debía ser beneficioso, pues al comprar la DGA grandes cantidades se debían obtener precios más bajos. Ese esquema, en pequeño lo está planteando el proyecto de ley de la DGCP bajo el concepto de contrataciones conjuntas (Art. 53). El propósito de obtener precios más bajos no se logró, al cargarse indirectamente a las facturas las comisiones o sobornos dados por los proveedores a los funcionarios que compraban, más una suma adicional oculta en el precio que funcionaba como un costo financiero por la tardía en los pagos.

El referido modelo, además, solo podía ser viable en un Estado muy pequeño, con menos burocracia, pero no en un Estado en crecimiento; por eso, aunque la Dirección General de Aprovisionamiento también subsistió hasta el 2006, en la realidad se hizo infuncional y muy pocas instituciones ya la utilizaban, porque además, al igual que la Ley 105, existían las excepciones y las compras de emergencia, como la establecida en el artículo 13 que decía: “Para evitar grandes demoras en los programas del Gobierno que puedan representar gastos considerables”. Cualquier semejanza con

argumentos de hoy para algunas compras de urgencia es pura coincidencia.

A pesar de la primera ola de reformas institucionales que hubo en el país, producto de la crisis social y política de los 80 e inicios de los 90, y la influencia neoliberal impulsada desde Washington y el FMI, que produjeron una nueva Ley de Zonas Francas, un nuevo Código Tributario, un nuevo Código Laboral y una nueva Ley de Aranceles, no se tocó el tema de las compras y contrataciones, señal de lo cómodo que se sentían con el esquema imperante los partidos políticos tradicionales, la oligarquía y la emergente lumpenburguesía o nuevos ricos que vendían y construían para el Estado.

Reformas a las compras de 1998

La existencia de ese viejo esquema estatal para la corrupción llevó a la sociedad civil, que venía ampliando su incidencia desde inicios de los ´90, a presionar para que el tema de las compras y contrataciones públicas fuera incluido en el Diálogo Nacional convocado por el Gobierno en 1998. De esa presión social surgió el Decreto 262-98, que introdujo varias modificaciones al sistema de la Ley 295 de aprovisionamiento, aunque, por tratarse de un decreto no tuvo todo el alcance jurídico que se reclamaba, dejando fuera, además, el control social de la misma sociedad civil que lo precipitó.

Los cambios fundamentales introducidos por este Decreto 262-98 fueron: a) autorizar a cada institución a comprar; b) introducir cinco modalidades de contratación: 1. Licitación pública (por encima de RD\$3,000,000.00); 2. Licitación por invitación (de 100,000.00 a 3,000,000.00); 3. Licitación restringida (hasta 100,000.00); 4. Compras de menor cuantía, a especificar por la Contraloría General de la República; 5. Subasta o remate (escogiendo al oferente que ofrezca el precio más bajo); c) introducir una amplia lista de prohibiciones de funcionarios, parientes y asociados que no podían ofertar al Estado; d) crear una nueva categoría de compras de urgencia, manteniendo las de emergencia.

Compras de urgencia y emergencia, una brecha para la corrupción

En el Decreto 262-98 no podía faltar una de las grandes brechas por donde ha entrado libremente la corrupción en las compras públicas, me refiero a las compras de urgencia. El artículo 20 de este decreto las justificaba, diciendo que “para evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas, se podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos establecidos en el presente Reglamento”. Estas brechas o excepciones no se detuvieron ahí. Siguiendo la Ley 295, el Decreto 262-98 en su artículo 21 estableció las compras de emergencia, con la siguiente formulación: “-En los casos previstos por el artículo 13 de la Ley 295 el órgano contratante competente sin obligación de tramitar expedientes administrativos, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en el presente Reglamento...”.

¿Cuáles eran los casos previstos en el artículo 13 de la Ley 295?: “a) Para evitar pérdidas de vida, o cuando esté en serio peligro la seguridad pública; b) Para evitar graves pérdidas en las propiedades del Estado; c) Para evitar grandes demoras en los programas del Gobierno que puedan representar gastos considerables”.

Así que en el Decreto 262-98 el fundamento de las compras de urgencia y las de emergencia eran muy semejantes, y llegaron como una “mancha indeleble” a la Ley 340-06, que en su artículo 6 de las exclusiones de la ley dice en el numeral 3 que se excluye: “Las actividades que, por razones de seguridad nacional, emergencia o urgencia manifiesta que pudieran afectar vidas o la economía del país”, formulación de nuevo muy generalista, aunque dice que el reglamento las especificará.

Yendo a ese Reglamento, que es el No. 543-12 de las leyes 340-06 y 449-06 se lee en su artículo 3.2 sobre la excepción de emergencia: “Situación de

emergencia nacional. Son circunstancias de fuerza mayor generadas por acontecimientos graves e inminentes, tales como terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor en el ámbito nacional y regional”.

El artículo 3.3 del Reglamento sobre la urgencia dice: “Situaciones de urgencias. Son situaciones de caso fortuito, inesperadas, imprevisibles, inmediatas, concretas y probadas, en las que no resulta posible la aplicación de los procedimientos de selección establecidos en la ley, en tiempo oportuno”.

Independientemente del campo gris o punto ciego entre los conceptos de la urgencia y la emergencia que subsiste en la Ley 340-06 y su reglamento, el procedimiento de decisión todavía es más opaco, toda vez que el presidente de la República, sin ningún acompañamiento del Consejo de Ministros o junta consultiva, decide en solitario sobre las compras de emergencia; en cuanto a la declaratoria de urgencia todavía ha sido peor, pues el mismo incumbente, ministro, director o administrador general, que va a comprar es que emite la resolución de urgencia para acomodar los procedimientos, básicamente para acelerarlos sin tener que contar con el certificado de apropiación presupuestaria, por lo que solo unos pocos oferentes pueden cumplir las condiciones que en un tiempo corto se exigen.

No es que se niegue que en la realidad hay casos de emergencia o urgencia, aunque para nosotros no son necesarias las dos categorías, pues una emergencia origina automáticamente una urgencia, sino que se requiere más controles para evitar las continuas irregularidades que estas modalidades han venido ocasionando, las últimas recién con las compras en medio de la pandemia, por lo cual la Dirección General de Compras y Contrataciones tuvo que emitir en abril de 2020 una “Guía para las compras y contrataciones declaradas de emergencia”, aunque las irregularidades siguieron en el Ministerio de Salud Pública. En el

proyecto de ley de la DGCP, por ejemplo, la resolución para compras de urgencia se traslada del incumbente a la Comisión de Compras, bajo la lógica de que al comprometer a varios es más difícil una transgresión. No estaría de más, involucrar, también, a la Comisión de Ética de la institución y a una comisión externa de veedores.

La Ley 340-06, además del tratamiento especial en las compras por motivos de seguridad, urgencia y emergencia, introdujo trece (13) exclusiones más (Art. 6), para un total de 16. La Ley 449-06, que modificó la 340-06, hizo un cambio en las exclusiones creando el nuevo concepto de las excepciones en el cumplimiento de la ley. Así, las exclusiones de la Ley 340-06 las dejó solo en cuatro (4) tipos de compras de las 16 referidas, y los demás tipos los incluyó en esa nueva categoría de excepciones, agregando dos nuevas: las compras a las micro, pequeñas y medianas empresas, y la contratación de publicidad a través de medios de comunicación. El nuevo proyecto de ley de la DGCP amplía las exclusiones, llevándolas a 12, incluyendo 7 nuevas; en cuanto a las excepciones de la Ley 449-06, el nuevo proyecto también las lleva a 12, introduciendo 5 nuevas (artículo 62), que pueden ser pertinentes, dependiendo al tratamiento que se dé en el reglamento, como es la compra o arrendamiento de inmuebles para uso estatal.

Exclusiones y excepciones en las compras y la reclasificación de las empresas

Aprendiendo del pasado reciente, el cambio desde las exclusiones a las excepciones que introdujo la Ley 449-06, en teoría, debía ser positivo, al especificarse que las excepciones deben ser reglamentadas. Sin embargo, las dos nuevas excepciones introducidas por la Ley 449-06 (MIPYMES y publicidad) han sido un nuevo mecanismo de engaño, privilegios, despilfarro y corrupción.

En relación a la intención de favorecer a las micro, pequeñas y medianas empresas ocurrió una conspiración en 2008 del sector de los grandes empresarios del CONEP, con la aprobación de la ley 488-08, modificada por la 187-17. Se trató de la re-

clasificación de estas empresas según su tamaño, de tal manera, que ahora una empresa pequeña puede llegar a tener hasta 50 trabajadores y ventas de hasta 54 millones de pesos; y una mediana hasta 150 trabajadores y ventas anuales de hasta 202 millones. Con esta reclasificación la mayoría de las empresas que estaban clasificadas como grandes pasan ahora a ser medianas y pequeñas, beneficiándose en un alto % de las compras públicas.

En el proyecto de ley de la DGCP sin percatarse de ello se está beneficiando aún más a las empresas grandes de hecho, llevando el 15-20% de compras obligatorias aprobado en la Ley 488-08, al 30% (Art. 158), que será mucho más, pues pueden competir en el 70% restante. Eso es un pastel para las empresas grandes de hecho, pero, jurídicamente consideradas medianas y pequeñas.

Cronología de las reformas del sistema de compras rumbo a la privatización.

En cuanto a otras iniciativas y gestiones legislativas sobre compras y contrataciones, estas se empezaron a contemplar a finales de 1996 con la creación de la comisión interinstitucional que originó al Programa de Administración Financiera (PAFI) y luego el Sistema Integrado de Gestión Financiera (SIGEF). Más adelante, mediante el Decreto 200-98, del 29 de abril de 1998, se creó una comisión para elaborar un proyecto de ley para regular la contratación y prestación de servicios de consultorías y supervisión de obras públicas, coordinada por el ingeniero Roque Napoleón Muñoz, proyecto que fue entregado el 4 de julio del 2000.

Como ya referimos, luego se emitió el Decreto 262-98 de compras de bienes y servicios; el 22-8-2000 la Contraloría General de la República emitió la circular No. 10-2000 estableciendo que todos los contratos para ser registrados debían tener previamente fondos disponibles; el 24-7-2001, mediante el Decreto No. 614, se creó un nuevo sistema de programación de la ejecución financiera del presupuesto, que manda a una programación anual y otra trimestral, de la que depende la cuota trimestral o cuotas de compromisos de parte

de la Dirección General de Presupuesto (DIGEPRES); el 16 de enero de 2003, por Decreto 39-03 se crean las Comisiones de Auditoría Social, para vigilar las obras de construcción, pero, la sociedad civil no se empoderó de este instrumento; el 15 de marzo de 2003 se entregó el proyecto de ley sobre Contrataciones Públicas de Obras, Bienes y Servicios y Concesiones, que fue la base de la Ley 340-06, pero, el 6 de mayo de 2004, luego de que ese proyecto fue ampliamente trabajado, mejorado y consensado por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, el presidente de la República Hipólito Mejía, envió un nuevo proyecto que era un retroceso en relación al anterior, dejando una gran brecha para las contrataciones sin concursos y dispersando las funciones del Órgano Rector.

Finalmente, por influencia del Gobierno estadounidense, para poner en vigencia el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA, se aprobó la Ley 340 de compras y contrataciones el 18 de agosto de 2006. Para sorpresa de muchos, antes de los cuatro meses se modificó esta ley a través de la Ley 449 del 6 de diciembre de 2006, que fue una puñalada traspera al sistema de compras y contrataciones, al quitarle toda la fuerza al organismo rector para realizar investigaciones y sometimientos judiciales, introduciendo otras comodidades para los funcionarios. En 2015, mediante el decreto 183-15, con precedente en 2013 y en el Decreto 188-14, se crean las Comisiones de Veeduría Ciudadana para las compras y contrataciones, como una forma de generar confianza en un sistema desprestigiado, no tuvieron éxito por los obstáculos burocráticos y las pocas que se formaron sus integrantes terminaron renunciando. Otras legislaciones han seguido picoteando la Ley 340-06, siendo las dos últimas la Ley 189-11, que busca evadir la administración del Estado a través de la figura del fideicomiso, y la Ley 47-20 de alianza público-privada, que eliminó del título II los capítulos del 3 al 8 sobre concesiones de la Ley 340-06. Todo un proceso de privatización del Estado y de entrega de su patrimonio.

Burocrático proceso financiero de las compras y contrataciones

Por último, en este recuento de lecciones, quiero referirme al proceso financiero de las compras y contrataciones. Ese proceso ha generado una cultura que se puede sintetizar en tres palabras: burocracia, sobrevaloración y retraso. Las tres apalancan la corrupción.

En relación al retraso en el pago a los proveedores, este se ampara en el propio modelo de presupuestación y ejecución presupuestaria presidencialista, de las cuotas trimestrales de compromiso que van detrás de la captación de los ingresos por la Tesorería Nacional, la DGII y la DGA, de las prioridades del presidente de la República, de la incapacidad burocrática, de la congestión en el registro de los contratos en la Contraloría, de la conversión de las deudas no pagadas dentro del año en deuda pública que hacen cola en el Ministerio de Hacienda, entre otras prácticas que van en contra de la eficiencia, la eficacia y la ética del sistema. Contra esta realidad el proyecto de la Dirección General de Compras y Contrataciones (DGCP) se queda muy corto.

En conclusión, lo que se ha tenido en todas estas décadas en la administración del Estado en cuanto a las compras y contrataciones es una legislación incompleta, débil, vulnerable o burlable, rezagada o tardía, acomodaticia a intereses personales y empresariales, con escasas sanciones a sus violadores. Por su parte, los procesos y procedimientos han sido engorrosos y enmarañados; especialmente el de pago perjudica a los proveedores y termina perjudicando a la sociedad y a la ética pública. Finalmente, es un sistema de escaso control social, creándose un paraíso de corrupción que ha sido bien aprovechado por políticos, funcionarios públicos y empresas asociadas, para darle validez a la famosa cuenta de los primeros 300 millonarios salidos de las compras y contrataciones con el Estado, solo en el período 1966-1978, que se han multiplicado por miles y, sobre todo, concentrado en unos pocos, haciendo las compras y contrataciones públicas una de las vías en que se sustenta la sociedad oligárquica desigual y su Estado que hoy tenemos, y que se debe sustituir cuando antes.