

Es posible tener una mejor Ley de Contrataciones del Estado

(Resumen-Propuesta)

Principios básicos

Las contrataciones del Estado deben responder a tres principios básicos: eficiencia, transparencia e impacto positivo en el desarrollo del país. Cualquier reforma a la ley que rige las contrataciones del Estado debe tomar en cuenta estos tres principios. Toda mejora que se haga en la normativa buscando mejorar la transparencia, no debe sacrificar la eficiencia.

Entorno de las reformas

El Decreto número 57-92 que norma las contrataciones del Estado, ha sido reformado desde su aprobación mediante 9 decretos. El último de ellos, el Decreto 9-2015 fue aprobado en noviembre del año pasado a partir de la demanda ciudadana de acciones concretas para combatir la corrupción y mejorar la transparencia. El Congreso de la República promovió en los meses anteriores a las elecciones generales, la participación de todos los sectores sociales y entes del Estado para que propusieran reformas a la Ley de Contrataciones del Estado. Las propuestas se discutieron en plena campaña electoral y se aprobaron en noviembre.

Desafíos de la ley previo a las reformas

Los más recurrentes desafíos detectados en la Ley de Contrataciones del Estado antes de las últimas reformas se enfocaban en:

- Falta de unidad en la normativa (incluso entre leyes y reglamentos) y la falta de claridad en la redacción ha generado conflictos de interpretación y aplicación.
- Uso indiscriminado de adquisiciones vía fideicomisos, ONG's, compras por excepción, y fraccionamiento de compras, dada la dificultad para adquirir bienes y servicios a través de los procesos de licitación y cotización.
- Ausencia de manuales de adquisiciones, y de estándares en la elaboración de bases, de convocatoria, presentación de propuestas, de criterios de calificación, del texto de los contratos y un adecuado procedimiento para resolver las diferencias, eleva los riesgos de corrupción.
- El sistema de GUATECOMPRAS carecía de herramientas para mejorar la interacción con los usuarios, hacer cruces de información para hacer análisis comparativos, y la calidad de la información no se vigila mediante auditorías específicas y periódicas.

Ante estos desafíos, se hacía necesario revisar y estandarizar el sistema de adquisiciones. Sin embargo, las reformas del año 2015 introdujeron mayores restricciones a la eficiencia, haciendo difícil su aplicación. A continuación se comentan algunos problemas de redacción de las últimas reformas, así como sobre inconsistencias que limitan su aplicación en la práctica.

Desafíos de las nuevas reformas a la ley

Las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado aprobadas mediante el Decreto 09-2015 se justificaron bajo la necesidad de contar con un único cuerpo legal para las compras y contrataciones de bienes, suministros, obras y servicios que realicen las entidades estatales y

todos aquellos entes que ejecuten fondos públicos, teniendo como prioridad la calidad del gasto público, el fortalecimiento de los procesos de licitación y cotización, evitar los conflictos de interés y restringir las modalidades de excepción y la compra directa.

Diez fueron las principales reformas introducidas:

- 1) Se amplía el ámbito de aplicación de la ley, incluyendo entidades privadas.
- 2) Se flexibiliza el nombramiento de la autoridad responsable de la entidad contratante.
- 3) Se crea la Dirección General de Adquisiciones del Estado en el Ministerio de Finanzas Públicas sin suprimir su antecesora.
- 4) Se tipifica el delito del pacto colusorio.
- 5) Las diferentes modalidades de contratación pasan de 5 a 11.
- 6) Las excepciones para el uso de la licitación y cotización se reducen de 16 a 6.
- 7) Se norma que los contratos serán prorrogables una sola vez.
- 8) Se introducen requerimientos más estrictos para la contratación de fianzas.
- 9) Se crea un único Registro General de Adquisiciones del Estado.
- 10) Se cambia la definición del fraccionamiento.

A continuación se explican y analizan cinco de las reformas:

1. **Ámbito de aplicación de la ley.** El ámbito de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado se amplía para abarcar a las ONG's y cualquier entidad sin fines de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos, así como a *“todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado, respecto a los mismos”*, los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales, y las demás instituciones que conforman el sector público.

De esta reforma surgen varias interrogantes: ¿Todos los mencionados, al recibir fondos públicos deberán celebrar contrataciones públicas, sin ser de naturaleza pública? ¿Qué hay de lo dispuesto en el artículo 11 de la propia Ley, que establece que toda junta de cotización, licitación o calificación, deberá estar integrada por servidores públicos?

Al referir a “recursos del Estado” implica que quedan sujetas a la Ley, entre otros, entidades que hagan uso de espacios públicos, proveedores de servicios de energía eléctrica, usufructuarios del espectro radioeléctrico; o al menos hace confuso el alcance de la Ley.

En el último párrafo del artículo 1 se establece que en el caso de los contratos, convenios o tratados internacionales podrán regirse por sus propias disposiciones, pero en todo caso deberán cumplir con un proceso de “concurso público”. Sin embargo, surge la pregunta: ¿qué es un concurso público?

2. **Autoridades superiores.** Al artículo 9 de la Ley se norma que *“La autoridad superior de cada entidad designará a los funcionarios o servidores públicos de la entidad contratante que*



fungirán como autoridad administrativa superior (...)". Ello implica dejar a la libre designación la *"autoridad administrativa superior"* que podría significar nombrar funcionarios ad hoc.

El último párrafo del artículo indica: *"En los casos no previstos en el presente artículo se entenderá como autoridad superior y autoridad administrativa superior a la que se establezca en el contrato o convenio respectivo, (...) "*. Esto podría ser ilegal dado que los puestos públicos se desempeñan acorde al acuerdo de creación de la plaza y a su perfil, no lo que se disponga en un contrato. Esto podría propiciar se redacten contratos ad hoc para eludir responsabilidades.

- 3. Modalidades de contratación.** La Ley establecía cinco formas de contratación: licitación, cotización, compra directa, adquisición con proveedor único y contrato abierto. Con la última reforma se agregan otras seis modalidades: compra de baja cuantía, arrendamiento, arrendamiento de bienes inmuebles, compra de bienes inmuebles, dragado y subasta electrónica inversa.

Asimismo, se adicionan suplentes a los miembros que integran las juntas de licitación (cinco titulares y cinco suplentes), cotización (tres titulares y tres suplentes) y del contrato abierto (un titular por institución y un suplente).

Respecto lo normado en los arrendamientos se puede señalar que:

- a) No se diferencia el arrendamiento financiero del operativo, y así evitar encubrir la compraventa a plazos.
- b) Constituir una garantía al ejercer la opción a compra puede ser difícil de realizar pues probablemente la vida útil del bien terminó y entonces no tendría sentido una garantía.
- c) Sujetar a cotización todos los arrendamientos, independientemente de su valor, reduce la agilidad.

En relación a la compra de bienes inmuebles, ahora no se puede inferir qué procedimiento debe seguir, pues anteriormente estaba bajo los procesos exentos de cotización y licitación, y al haberse quitado de allí, se trasladó incompleto y fue sacado de contexto.

Respecto al tema del dragado, no se deja en claro lo que implica "realizar por administración". Tampoco hace sentido invocar la Ley de Orden Público, pues en su declaratoria se puede obviar los procesos de cotización o licitación, mas no cambiar la forma de ejecución del servicio público (dragado por administración) que ahora no puede involucrar a terceros.

- 4. Prórroga contractual.** Se establece que *"...el plazo contractual... podrá prorrogarse por una sola vez en las mismas condiciones de temporalidad por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquier otra causa no imputable al contratista. De aprobarse la primera y*

única prórroga, deberá iniciarse de inmediato el trámite para la compra o contratación por cualesquiera de los regímenes competitivos establecidos en la presente Ley.”

No se aprecia la razón para únicamente prorrogar una sola vez, pues la justificación puede no haber desaparecido. ¿Cómo se puede iniciar de inmediato con el trámite de compra o contratación, cuándo no ha culminado el evento anterior? ¿Qué sucede con aquellos contratos administrativos que ya han sido prorrogados y estarán por vencer?

- 5. Registro General de Adquisiciones del Estado.** Se crea un Registro General de Adquisiciones del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas, el cual concentra los registros de precalificados de obras, de consultores, de proveedores, de contratos en un solo registro electrónico.

Con las nuevas reformas, al registro general se le asignan funciones tales como:

- 1) Operar las solicitudes de inhabilitación a proveedores o contratistas.
- 2) Imponer las sanciones que corresponda.

Lo anterior lleva a preguntar:

- a) ¿Dónde se dejan los artículos 102 y 103 de la propia Ley respecto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el Arbitraje? En dichos artículos se establece que *“Toda controversia... se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. No se podrá iniciar acción penal, sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje.”*
- b) ¿Dónde queda la capacidad sancionadora de la Contraloría General de Cuentas? Esto inclusive puede dar lugar a dobles sanciones.

Por otra parte, los libros electrónicos que como mínimo debe llevar el Registro son: de precalificados de contratistas, de precalificados de consultores, de proveedores y, de contratos. Con ello pareciera que desaparece la obligatoriedad de remitir copia de los contratos a la Contraloría General de Cuentas.

Conclusiones

1. Después de 23 años de vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto número 57-92 del Congreso de la República), ha habido mejoras y modernidad en el sistema de adquisiciones públicas, tal el caso de GUATECOMPRAS. Sin embargo, dominan aspectos normativos y prácticas institucionales, que hacen que los procesos de adquisiciones sean lentos, engorrosos, ambiguos y no exentos de corrupción.
2. Las múltiples modificaciones a la Ley, lejos de disminuir la corrupción, la facilitó. Ello es entendible pues frente a cada nueva reforma (sin negar sus buenas intenciones), en vez de aclararla o mejorar su aplicación, afectaron su comprensión y eficiencia, haciéndola compleja y burocrática, lo que en la práctica sólo se traduce en un aumento del poder

discrecional de la autoridad de turno. Ejercicio que nunca ha ofrecido solución, pues siempre ha partido de la premisa que con reformar la Ley de Contrataciones del Estado se está atacando el foco de corrupción más grande del país.

3. La Ley de Contrataciones del Estado ha sido modificada a lo largo de su vigencia por otros instrumentos legales tal como la Ley Orgánica del Presupuesto y leyes anuales presupuestarias. Ello ha derivado en contar con un Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado desfasado, y múltiples instructivos, resoluciones y circulares que generan mayor incertidumbre.
4. La evidencia práctica muestra que la aplicación del Decreto 9-2015 está forzando de hecho a una “contención del gasto” que limita la ejecución de los recursos públicos. Su dificultosa y contradictoria redacción, falta de armonización con el resto de la legislación, múltiples remisiones a reglamentos para resolver su insuficiencia, y el desarrollo de toda una institucionalidad sin dotarla de recursos financieros, técnicos y humanos.

Recomendaciones

1. Es necesario impulsar un sistema de adquisiciones públicas que se adapte a las continuas innovaciones en los mercados de proveedores, que responda de la mejor manera a las múltiples necesidades de satisfactores sociales que demanda la sociedad guatemalteca en un marco de eficiencia, eficacia y transparencia.
2. Para hacer reformas efectivas a la Ley de Contrataciones del Estado, es necesario centrarse en temas puntuales y de alta incidencia en materia de adquisiciones. Para ello se debe levantar estadísticas, cálculos financieros, investigaciones de campo, consultar con expertos, funcionarios públicos y usuarios, para finalmente pensar en reformar la Ley. Redactar no solo implica manejar técnica legislativa, sino hacer todo un esfuerzo de confrontación con el resto de la legislación, lo que en muchos casos aconseja modificar otras leyes.
3. Ahora se debe de comenzar por corregir los evidentes errores que ya contiene la Ley de Contrataciones del Estado, para luego pensar en un modelo de adquisiciones y de contrataciones, que combine eficiencia y transparencia.
4. En el corto plazo es aconsejable no solo una revisión integral de la Ley de Contrataciones del Estado, sino incluir en la agenda legislativa, como prioridad, una nueva normativa que corrija sus falencias.

PROPUESTA

La Ley de Contrataciones del Estado debe contener una normativa clara y eficiente para las adquisiciones públicas sin descuidar la transparencia