



Soluciones a desafíos públicos

PROPUESTAS

Las Reformas a la Ley de Contrataciones del Estado y su aplicación

Proyecto de Lineamientos de Política Económica, Social
y de Seguridad 2011-2021

Guatemala, mayo de 2016

DOCUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO
(1)

Documento preparado por el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN). Su contenido (información, metodología, procesos y procedimientos) está sujeto a los respectivos derechos de autor. Cualquier reproducción del mismo, sea total o parcial, y sin importar el medio que se utilice para ello, requiere citar la fuente. Este documento fue elaborado por María Isabel Bonilla y Francisco Quezada. Edición: Walter Menchú y María del Carmen Aceña.



1. Introducción	3
2. Diagnóstico	3
3. De las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado en general	5
4. Comentarios a reformas específicas	10
4.1. Ámbito de aplicación de la ley	10
4.2. Autoridades Superiores	12
4.3. De la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas	13
4.4. Del pacto colusorio en las adquisiciones públicas	14
4.5. Modalidades de contratación	15
4.6. Excepciones	20
4.7. Prórroga contractual.....	21
4.8. Contratación de fianzas	22
4.9. Del Registro General de Adquisiciones del Estado	23
4.10. Fraccionamiento	24
5. Conclusiones	25
6. Recomendaciones	25

1. Introducción

La institucionalidad guatemalteca requiere de atención, discusión y cambios. Esta es una lección aprendida a partir de los eventos de abril del 2015, cuando los guatemaltecos, en el ejercicio de su ciudadanía, promovieron no sólo el desaforo de las máximas autoridades del país, sino también exigieron cambios profundos para combatir la corrupción y mejorar la transparencia. Tal iniciativa se dirigió a los sistemas públicos de contratación de personal, adquisición de bienes, al sistema electoral y de partidos políticos, al Congreso de la República y al sector justicia.

En cuanto a la reforma al sistema de adquisiciones públicas, el Congreso de la República promovió en los meses anteriores a las últimas elecciones generales la participación de los sectores sociales y entes del Estado para que propusieran reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92. Las propuestas se discutieron en plena campaña electoral, pero ante la inactividad del Congreso no fueron aprobadas sino hasta en el mes de noviembre de 2015 mediante el Decreto número 09-2015.

La aplicación de las reformas a la Ley de Contrataciones de Estado, ha enfrentado serios desafíos, que va desde su dificultosa y contradictoria redacción, falta de armonización con el resto de la legislación, múltiples remisiones a reglamentos para resolver su insuficiencia, hasta mandar a desarrollar toda una institucionalidad que involucra al Instituto Nacional de Estadística -INE, la Dirección General de Adquisiciones del Estado y Registro General de Adquisiciones Públicas, sin dotarlas de recursos financieros, técnicos y humanos.

El objeto del presente documento es llamar la atención sobre notorios problemas de redacción de las reformas, así como su inconsistencia que limita su aplicación práctica.

2. Diagnóstico

El sistema de adquisiciones del Estado presenta diversos desafíos que dificultan su adecuado funcionamiento. En la “Agenda para el Desarrollo de Guatemala 2016-2020” elaborada y presentada por CIEN en noviembre de 2015, ya se llamaba la atención respecto los problemas más recurrentes en el sistema, donde sobresalía:

- La falta de unidad normativa, incluso entre leyes y reglamentos, además de la carencia de claridad de la normativa, lo que genera conflictos de interpretación. Además, la complejidad de dichas normas da lugar a la captura del Estado por parte de un grupo de oferentes, limitando la competencia para adquirir a mejor calidad y precios.
- Dificultad suprema para adquirir bienes y servicios a través de los procesos de licitación y cotización, lo que ha dado lugar al uso indiscriminado de figuras como

las adquisiciones vía fideicomisos, las compras por procesos de excepción y el fraccionamiento.

- La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –DNCAE- del Ministerio de Finanzas Públicas, responsable de las contrataciones y adquisiciones, es percibida como débil y sujeta a múltiples vacíos legales.
- No se cumplen requisitos o perfiles de formación especializada para optar a puestos relacionados con el sistema de adquisiciones y contrataciones.
- La normativa no distingue responsabilidades específicas en el proceso de selección de proveedores y gestión de contratos, ni se establecen sanciones por su incumplimiento. Además, la gerencia de contratos es deficiente y hay muy pocas pautas generales para su realización. El monitoreo de avances es poco estructurado, esporádico y no estandarizado.
- Por lo general, la administración pública carece de manuales de adquisiciones o de guías que orienten paso a paso la gestión de las adquisiciones en el marco de la ley. Tampoco se cuentan con modelos estándar de convocatoria, de presentación de propuestas, de criterios de calificación o del texto de contratos, lo cual aumenta la atomización del sistema y eleva los riesgos de corrupción.
- No se utiliza el procedimiento de calificación previa en adquisiciones complejas ni tampoco la incorporación obligatoria de ciertas condiciones generales en todos los contratos.
- El sistema de GUATECOMPRAS aún carece de herramientas que permitan una mejor interacción con los usuarios, hacer cruces de información para realizar análisis comparativos y la calidad de la información no se vigila mediante auditorías específicas y periódicas.
- No existe coordinación entre la planificación del presupuesto y la planificación de las adquisiciones que facilite adquisiciones eficientes y optimice la gestión del presupuesto.
- La tasa de impugnación de las licitaciones fue del 16% en el año 2010, la que se considera alta. De esa cuenta se determinó que no existe una instancia administrativa especializada que pueda conocer las impugnaciones administrativas, lo cual genera retrasos en su solución y por ende en la adquisición.
- La protección de información sobre adquisiciones no tiene protocolos definidos de seguridad.

Los problemas detectados a noviembre de 2015 hacían necesaria la revisión y estandarización del sistema de adquisiciones. Algunas de las recomendaciones fueron:

- **Generar sistemas de adquisiciones adaptables**, con prácticas que recuperen la confianza, el fortalecimiento del ente rector, y generar más y mejor información.
- Revisar la Ley de Contrataciones del Estado con la intención de superar las deficiencias indicadas, así como **estandarizar normas, reglamentos y protocolos** internos de las entidades que utilizan la ley. La revisión de las normas que agilicen la compra de insumos, dentro de un esquema descentralizado.

- **Revisar los procedimientos de contrataciones y proponer mejoras a los procesos**, desde el diseño de un evento hasta su adjudicación (acuerdos gubernativos y ministeriales, protocolos de acción, entre otros). Se deben mejorar los sistemas de información y evaluación de proveedores, bienes y precios, así como la integración de las juntas calificadoras. En esa vía se debe agilizar los pagos a proveedores para que el retraso no repercuta en sobre costos al sistema.

3. De las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado en general

Las contrataciones del Estado deben responder a tres principios básicos: eficiencia, transparencia e impacto positivo para el desarrollo del país. El sistema de contrataciones del Estado se ha ido modificando para su mejora, pero aún se percibe muy vulnerable a los actos de corrupción.

La Ley de Contrataciones del Estado debe ser vista como una norma dinámica, sometida a una periódica evaluación, revisión y actualización, para adaptar el sistema de adquisiciones a las necesidades nacionales y mejores prácticas internacionales. Con anterioridad a las reformas aprobadas en el año 2015, la Ley ya había sido objeto de múltiples reformas, como se muestra en la Tabla No. 1. En estas reformas, especial atención se le dio a la figura del contrato abierto, el uso de GUATECOMPRAS y la enajenación de bienes públicos.

Tabla No.1
Reformas a la Ley de Contrataciones del Estado

Año	Decretos que reforman la Ley de Contrataciones del Estado
1997	Decreto 20-97
2001	Decreto 34-2001
2001	Decreto 73-2001
2006	Decreto 11-2006
2009	Decreto 27-2009
2009	Decreto 29-2009
2010	Decreto 45-2010
2011	Decreto 06-2011
2015	Decreto 09-2015

Fuente: elaboración propia

Las reforma a la Ley aprobadas mediante el Decreto 09-2015, fueron justificadas 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 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. Sin embargo, como se apuntó, los objetivos no se alcanzaron con la reforma, haciendo que ésta enfrente desafíos para su aplicación. En la Tabla No. 2 se resumen las reformas contenidas en el Decreto 09-2015.

Tabla No. 2

Reformas a la Ley de Contrataciones del Estado aprobadas mediante el Decreto 09-2015¹

Reforma	Contenido
Objeto y ámbito de aplicación de la ley	Normar compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realicen instituciones públicas y privadas con fondos públicos: a) los Organismos del Estado; b) las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades; c) las entidades o empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado; d) las ONG's y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos, con excepción de las Organizaciones de Padres de Familia -OPF-, Comités, Consejos Educativos y Juntas Escolares del Ministerio de Educación para los programas de apoyo escolar, y las subvenciones y subsidios otorgados a los centros educativos privados gratuitos; e) 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; f) los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales; g) las demás instituciones que conforman el sector público.
Sistema de información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS	Institucionalización de GUATECOMPRAS , el que debe ser desarrollado, normado y administrado por el Ministerio de Finanzas Públicas. Es el sistema que debe ser utilizado por todos los sujetos obligados por la Ley , para las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública. Su consulta será pública, irrestricta y gratuita, proveerá información en formatos electrónicos y de datos abiertos sobre los mecanismos y las disposiciones normadas en esta Ley y su reglamento. Es obligatorio el uso de formularios electrónicos en todos los procesos de adquisición pública. El sistema GUATECOMPRAS permitirá acceder a otros registros y sistemas relacionados con las adquisiciones públicas.

¹ El Decreto 09-2015 se aprobó el 17 de noviembre de 2015. Fue publicado en el Diario de Centroamérica el 08 de diciembre de 2015 y entró en vigencia el 16 de diciembre del mismo año.

Reforma	Contenido
Del Instituto Nacional de Estadística –INE-	El INE debe elaborar y publicar mensualmente en GUATECOMPRAS y en su página web, los precios, salarios e índices que se requieran en los procesos y procedimientos establecidos en la Ley, tales como los precios de referencia o precios promedio, así como los precios de referencia de los bienes, servicios, productos o insumos que están siendo adquiridos a través de contrato abierto.
Autoridades competentes	Redefinición de a quiénes se consideran autoridad superior y autoridad administrativa superior en toda contratación – sea de entes públicos como privados que manejan fondos públicos- para la aplicación de la ley.
Juntas de licitación, cotización y de calificación	Únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio. Se norma lo relativo a su función, integración, impedimentos, excusas, recusación.
De la Dirección General de Adquisiciones del Estado	Nuevo ente rector de las adquisiciones públicas y responsable de facilitar procesos, proponer o aprobar la normativa en el ámbito de su competencia. Su objeto es procurar que las adquisiciones públicas se desarrollen en un marco general de transparencia, certeza, eficiencia y competencia en las adquisiciones públicas. Entre sus funciones está ser el rector de las adquisiciones públicas y de GUATECOMPRAS; establecer procedimientos para la adecuada aplicación de la legislación en materia de adquisiciones públicas; coordinar la modalidad de compra por contrato abierto; certificar a los funcionarios o empleados, públicos responsables de las adquisiciones, en las entidades sujetas a la ley; requerir a todas las entidades del sector público su programación anual de compras; estandarizar los procesos de contrataciones de las entidades públicas; generar y mantener actualizadas estadísticas, las cuales serán de acceso público.
De la licitación	Para cualquier modalidad de compra regulada en esta Ley, en la que se soliciten ofertas de forma electrónica, deberán acatarse las disposiciones establecidas en el reglamento y las normas de uso del sistema GUATECOMPRAS. Se tipifica el delito de pacto colusorio en las adquisiciones públicas. Aprobación de la adjudicación.
De las cotizaciones	Presentación de ofertas de forma electrónica. En caso que no se recibieran ofertas, la junta de cotización deberá informar a la autoridad administrativa superior quien podrá extender por ocho días el plazo para recibir ofertas. Si en este plazo no se recibieran ofertas, la autoridad administrativa superior queda

Reforma	Contenido
	en libertad de efectuar una contratación directa , siempre que se haga utilizando las mismas bases de cotización utilizadas en el evento desierto, y el oferente cumpla con todos los requisitos allí solicitados.
Modalidades específicas de adquisiciones del estado y excepciones	Modalidades específicas de adquisiciones: compra de baja cuantía, compra directa, adquisición con proveedor único, arrendamiento, arrendamiento y compra de bienes inmuebles, dragado. Reducción de los casos de excepción.
Del contrato abierto	Ajustes al procedimiento de contratación para la modalidad de contrato abierto (contrato con proveedor seleccionado)
Subasta electrónica inversa	Modalidad de adquisición pública de bienes y servicios estandarizados u homologados , dinámica, operada en el sistema GUATECOMPRAS. Los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso. La adjudicación se hará a la postura con el precio más bajo obtenido durante el proceso. El precio de referencia techo lo proporciona el INE. Debe tomarse en cuenta la compra por volumen que incida en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición. La puja mediante este tipo de procedimiento se autoriza únicamente cuando el número de postores habilitados sea mayor o igual a tres.
De las fianzas	Formalidades que deben observarse para su contratación, vigencia y actualización de las fianzas, publicaciones, registro.
Del Registro General de Adquisiciones del Estado	Concentración de los registros de precalificados de obras, de consultores, de proveedores, de contratos en un solo registro electrónico. Objeto: registrar a las personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para poder ser habilitadas como contratistas o proveedores del Estado, en las modalidades de adquisición pública establecidas en la Ley. El Registro es el responsable del control, actualización, vigencia, seguridad, certeza y publicidad de la información y derechos de las personas inscritas.
Prohibiciones	No podrán concursar o celebrar contratos con el Estado, o tener otra calidad referida a los proveedores y contratistas del Estado, quienes estén obligados a inscribirse en los registros establecidos en la presente Ley y que no se hayan inscrito o se encuentren inhabilitados; quienes tengan

Reforma	Contenido
	<p>obligaciones tributarias formales pendientes de cumplimiento, o que tengan saldos líquidos exigibles pendientes de pago ante la administración tributaria; quienes tengan pendientes obligaciones ante el IGSS; el privado por sentencia firme del ejercicio de sus derechos civiles; las entidades cuyos representantes legales, directivos o gerentes hayan sido condenados por la comisión de delitos; los dignatarios de la Nación, funcionarios públicos, empleados públicos o las autoridades de las entidades a que se refiere el artículo 1 de la ley, así como sus cónyuges y sus parientes dentro de los grados de ley; quienes hayan intervenido en los procedimientos de adquisición pública; quienes hayan financiado organizaciones políticas o campaña electoral en el proceso electoral inmediato anterior; los proveedores del Estado y otros.</p>
Del fraccionamiento	<p>Definición de cuándo existe fraccionamiento de compras como forma de evadir procesos de licitación y cotización.</p>
Transitorios	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobación de cambios al Reglamento de la ley dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 09-2015. 2. El Ministerio de Finanzas Públicas proveerá los recursos necesarios para el desarrollo progresivo del sistema GUATECOMPRAS, para lo cual presentará públicamente un cronograma y plan de desarrollo de actualización del sistema un (1) mes después de haber entrado en vigencia el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. 3. El Ministerio de Finanzas Públicas deberá construir la plataforma electrónica, dentro del sistema GUATECOMPRAS, para la operación de la subasta electrónica inversa y la oferta electrónica en todas las modalidades de adquisición pública, en un plazo no mayor a 24 meses a partir de la entrada en vigencia de la Ley. 4. En un plazo máximo de 36 meses a partir de la entrada en vigencia de la ley el Registro General de Adquisiciones del Estado debe estar en pleno funcionamiento y los registros actuales que regula la Ley de Contrataciones del Estado, serán absorbidos por este Registro. 5. La institucionalización de la Dirección General de Adquisiciones del Estado debe darse de forma progresiva, de conformidad con el plan de trabajo que incluya como mínimo un organigrama y recursos financieros, que deberá presentar el Ministerio de Finanzas Públicas

Reforma	Contenido
	<p>dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la ley. El Ministerio de Finanzas Públicas asignará los recursos necesarios para el cumplimiento del plan de trabajo y las funciones de la Dirección General de Adquisiciones del Estado.</p> <p>6. El Instituto Nacional de Estadística -INE-, en el plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la aprobación del reglamento de la ley, deberá contar con un sistema eficiente, estable y actualizado que satisfaga las necesidades de información que por mandato de esta Ley se le requieran.</p> <p>7. Para la elaboración del reglamento se deberá dar participación a la Contraloría General de Cuentas.</p>
Otros	Fluctuación de precios, prórroga contractual, pacto colusorio, pagos mediante acreditamiento bancario.

Fuente: elaboración propia

4. Comentarios a reformas específicas

Desde el momento de la discusión y aprobación de las reformas y a través de todo su recorrido como normativa vigente, se ha venido analizando su texto, aplicabilidad teórica y práctica y su integración con el resto del ordenamiento legal. A continuación se comentan aquellos aspectos que se estiman fundamentales de la ley y sus reformas, así como se trasladan apreciaciones de ciertos funcionarios públicos y responsables de unidades ejecutoras del sector estatal, respecto el impacto de las reformas en las contrataciones y adquisiciones públicas.

4.1. Ámbito de aplicación de la ley

Según el texto de la Ley, tiene por propósito unificar los pasos y trámites para que los organismo del Estado, las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades, las entidades o empresas que reciban fondos del Estado, independientemente su forma de organización, aquellas cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado, y todas las entidades que conforman el Estado realicen las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública.

Observaciones:

1. Se incorpora a las entidades o empresas cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado. Las preguntas son: a) ¿Bastaría para estar exento de la aplicación de la Ley contar con el 50% de las acciones? b) ¿De tener mayoría el Estado, estaría sujeto solo el capital estatal o todo el capital?
2. Al incluir en el ámbito de aplicación de la ley a las ONG y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos incluiría, entre otros a fundaciones, cuotas de Organismos Regionales, cooperativas, etcétera. ¿Todos los mencionados, al recibir fondos públicos deberán celebrar contrataciones públicas, sin ser de naturaleza pública? Que 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.
3. También quedan sujetos a la ley, *toda entidad de cualquier naturaleza que tenga como fuente de ingreso, total o parcial, recursos, subsidios o aportes del Estado, respecto de los mismos (literal d, artículo 1)*. Esta es una literal que alude a entidades de cualquier naturaleza (pública o privada) por el hecho de recibir recursos públicos total o parcialmente. Así redactado podría incluir: el uso de espacios públicos, proveedores de servicios de energía eléctrica, usufructuarios del espectro radioeléctrico, minas y canteras, parcelamientos agrícolas, etcétera. Todos ellos reciben recursos o aportes públicos.
4. En el penúltimo párrafo, se establece que cuando existan fondos de contrapartida, sus adquisiciones se regirán por ésta ley, sin hacer la salvedad que afectación únicamente abarca a la contrapartida local. 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. De ello surge la pregunta: ¿Qué es un concurso público?

Comentarios de ejecutores:

1. No hay mucha presión en aplicar los procesos de contrataciones normados en la ley pues casi todos los grupos de gastos del Manual de Clasificaciones Presupuestarias que se utilizan están prohibidos por la contención de gasto instruida por Ministerio de Finanzas.
2. La reforma le resta agilidad a los fideicomisos, mecanismo o figura de ejecución diseñada precisamente para evitar los “cuellos de botella” presentes en los procesos de licitación y cotización y que retrasan significativamente las contrataciones públicas, principalmente en proyectos de infraestructura. Los fideicomisos ya no tienen ninguna ventaja comparativa, en términos de ejecución, respecto de

cualquier otra unidad ejecutora centralizada del Estado. Antes de la reforma a la ley, una cotización realizada por un fideicomiso se demoraba 8 días hábiles en estar adjudicada, ahora el mismo proceso requiere por lo menos de 45 días o sea el tiempo del proceso se quintuplicó. No tiene razón de existir ningún fideicomiso. El análisis que se debería hacer ahora es que a partir de la reforma a la ley, no hay justificación alguna para mantener activos los fideicomisos.

4.2. Autoridades Superiores

Las reformas introducen cambios al artículo 9 que norma las autoridades competentes o superiores de las distintas entidades del Estado y del sector privado que ejecute fondos públicos, y que son las responsables de los procesos de licitación y cotización que se requieren.

Observaciones:

1. Al reformar el numeral 1.1 del artículo 9, autoridades competentes o superiores, se otorgó un trato preferencial al Congreso de la República, pues su Junta Directiva era el órgano administrativo superior que aprobaba los eventos de licitación. Con la reforma es el Presidente quien los aprueba y hace inaplicable el artículo 161 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo que establece que las erogaciones y contrataciones superiores a un millón de quetzales, requerirán autorización expresa de la Junta Directiva o Comisión Permanente.
2. En el penúltimo párrafo del artículo reformado se lee: *“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, además de romper con el esquema previsto por el Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, relativo a los responsables de las unidades de administración financiera.
3. 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, (...)”* Ello es una contradicción que podría ser ilegal dado que los puestos públicos se desempeñan acorde al acuerdo de creación de la plaza y a su perfil, no a lo que se disponga un acto convencional o contractual. Esto podría propiciar se redacten contratos ad hoc para eludir responsabilidades.

Comentarios de ejecutores:

En cuanto a los cambios relacionados a las autoridades superiores para aprobar contratos, para el caso de los Ministerios no afecta. Sin embargo sí afecta la agilidad para la ejecución de fideicomisos. Por ejemplo, anteriormente el contrato que contiene la contratación de proyectos de infraestructura y el servicio de una firma supervisora del proyecto, la suscribía el banco fiduciario. Ahora el contrato lo debe suscribir el Ministro del ramo y la tiene que refrendar el Viceministro. Sólo ese cambio generó demoras de 3.5 meses en la firma de los contratos, algo que requería de un mes.

4.3. De la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas

Se crea la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, nuevo ente rector del sistema, el que teóricamente vendría a sustituir a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –DNCAE- del mismo ministerio. Sin embargo, no se deroga expresamente a la DNCAE ni se reformaron los artículos 28 y 33 de la Ley y los atinentes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Acuerdo Gubernativo 1056-92). Tampoco se normó lo relativo a su liquidación y el traspaso de información, personal y bienes a la nueva dirección general.

Observaciones:

1. Es importante definir un rector del proceso de adquisiciones y contrataciones del Estado. Sin embargo, se debe de tomar en cuenta los artículos 23, 27 y 35 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República y sus reformas, dice:

“ARTÍCULO 35.- Ministerio de Finanzas Públicas. Al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado; para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones: (...) t) Coordinar el sistema de contrataciones y adquisiciones del Gobierno Central y sus entidades descentralizadas y autónomas.”

Otorgar toda la rectoría a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, pareciera viola el texto constitucional al pretender que una dependencia del Organismo Ejecutivo regule a otros organismos o entidades autónomas, tal como el Organismo Judicial, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Municipalidades, etcétera. Especialmente en

temas tales como establecer procedimientos específicos en materia de adquisiciones públicas y certificar a los funcionarios o empleados públicos responsables de las adquisiciones en las entidades públicas.

2. No resulta clara la función certificadora de funcionarios y empleados públicos, otorgada a la Dirección General, específicamente si tiene efectos habilitantes para formar parte en los eventos de adquisiciones. Se cuestiona si, en cumplimiento de este artículo, debiera certificarse al Ministro o autoridad superior de las entidades públicas y privadas que responsables de las adquisiciones. Por lo que la pregunta de fondo es ¿Cuál es el alcance y el objeto de certificar?

Comentarios de ejecutores:

1. En el tema de la integración de las juntas de licitación se evidencian serios problemas. Uno de los más importantes es que no se pueden integrar, pues con la reforma a la ley se deben nombrar 5 titulares y 5 suplentes (todos cuentadantes y del renglón presupuestario 011 o 022). Si ya era difícil conseguir personal con el conocimiento y experiencia técnica en materia de infraestructura, conseguir el nombramiento de 10, se vuelve sumamente complicado. Se tendría que acudir a otras instituciones para pedir apoyo.
2. Se han caído los procesos pues no se logran conformar las juntas de licitación. Tampoco se pueden crear plazas nuevas para contratar gente con las características necesarias para integrar juntas de licitación, debido a la contención de gasto.

4.4. Del pacto colusorio en las adquisiciones públicas

La reforma a la Ley de Contrataciones introduce el artículo 25 BIS mediante el cual se tipifica el delito de pacto colusorio en las adquisiciones públicas, cuya sanción es de prisión, su penalidad de uno a cuatro años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.

Observaciones:

1. Según el primer párrafo del artículo, *“Comete el delito de pacto colusorio en las adquisiciones públicas, quien realice un convenio, acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, en la presentación de ofertas en procesos de adquisición pública, que tenga por objeto o produzca el efecto de impedir, restringir o afectar la libre competencia en un determinado proceso o acto. También se entenderá que existe pacto colusorio, cuando dos o más sociedades que formen parte de un mismo grupo empresarial o corporativo, según la definición de partes relacionadas, contenida en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, participen en el mismo proceso de adquisición pública (...).”* De allí algunas observaciones:

- a. Según su texto, los responsables pueden ser: a) los que participan coludidos en un evento; o b) cuando concurran sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial o corporativo. Y su artificio impedir la libre competencia, aunque no se evidencie ningún daño o perjuicio por el acto de la colusión, pues basta se impida, restrinja o afecte la libre competencia.
- b. Lo tutelado es la libre competencia, lo que resulta positivo, sin embargo lo más importante debería de ser proteger los intereses del Estado.
- c. El término “(...) grupos empresariales o corporativos (...)” no están definidos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta; es más, ésta Ley fue derogada por la Ley de Actualización Tributaria (Decreto número 10-2012) pues pasó a ser su Libro I.

4.5. Modalidades de contratación

Con anterioridad a noviembre de 2015, la Ley de Contrataciones establecía 5 formas de contratación, dependiendo del monto y tipo de la contratación o adquisición: compra directa, cotización, adquisición con proveedor único, licitación y contrato abierto. Con las reformas, las modalidades se amplían a 11 así:

Tabla No. 3
Modalidades de adquisición

Modalidad	Descripción
Licitación	Modalidad que se emplea para cualquier adquisición de bienes, obras, suministros o servicios por montos que sobrepasen los Q. 900,000.01
Cotización	Modalidad que se utiliza cuando el monto total de la adquisición excede los Q.90,000.01 y es menor de Q.900,000.00.
Compra directa	Modalidad de adquisición de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema GUATECOMPRAS, prescindiendo de los procedimientos de licitación o cotización, cuando la adquisición sea por montos mayores Q.10,000.00 y que no supere los Q.90,000.00. La decisión de adjudicación se hace tomando en cuenta precio, la calidad y otras condiciones que se definan previamente en la oferta electrónica, cuando corresponda. Esta modalidad de compra se realizará bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición.
Compra de baja cuantía	Adquisición de bienes, suministros, obras y servicios de manera directa, prescindiendo de procesos competitivos, cuando la adquisición sea hasta por el monto de Q.10,000.00. La compra de baja cuantía se realizará bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición pública.
Adquisición con	Modalidad de adquisición en la que el bien, servicio, producto o

Modalidad	Descripción
proveedor único	insumos a adquirir, por su naturaleza y condiciones, solamente pueda ser adquirido de un solo proveedor. El organismo, dependencia o entidad interesada debe publicar en el Diario Oficial, en diarios de mayor circulación en el país y en GUATECOMPRAS, invitando a los interesados a ofertar. Debe designarse una comisión receptora de ofertas formada por tres miembros nombrados por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada en la negociación, y quien hace constar la recepción de una o más ofertas.
Arrendamiento	Los arrendamientos de bienes muebles, con o sin opción de compra, deben sujetarse a la modalidad de cotización. En todos los contratos de arrendamiento se incluirá la obligación de realizar como mínimo una vez al año inspecciones físicas del bien. Los arrendamientos con proveedor único se rigen conforme a la modalidad de adquisición con proveedor único.
Arrendamiento de bienes inmuebles	Contrato que puede efectuarse siempre que el organismo, dependencia o entidad interesada carezca de ellos, los tuviera en cantidad insuficiente o en condiciones inadecuadas. Para el efecto, la dependencia o unidad interesada debe justificar la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación a los existentes en el mercado.
Compra de bienes inmuebles	La compra de bienes inmuebles que sean indispensables por su localización, para la realización de obras o prestación de servicios públicos, que únicamente puedan ser adquiridos de una sola persona, cuyo precio no sea mayor al avalúo que practique el Ministerio de Finanzas Públicas. Modalidad de adquisición respecto de la cual la Ley no reguló su modalidad de tramitación.
Dragado	Modalidad de adquisición definida como <i>“La limpieza del fondo de los ríos, puertos y zonas navegables que requieran las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, únicamente se podrán realizar por administración; salvo situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público (...)”</i>
Contrato abierto	Se denomina “contrato abierto” al procedimiento coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas para seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hayan convocado a concurso público. La contratación mediante la celebración de contrato abierto está exonerada de los requisitos de licitación y cotización, por lo que las entidades del Estado pueden realizar la compra directamente con los proveedores seleccionados en dicho concurso.
Subasta electrónica inversa	Modalidad de adquisición pública de bienes y servicios estandarizados u homologados; modalidad dinámica, que operará en el sistema GUATECOMPRAS. Los postores habilitados pujan de forma

Modalidad	Descripción
	<p>pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso. La adjudicación se hace a la postura con el precio más bajo obtenido durante el proceso. El precio de referencia techo lo proporcionará el INE. Debe tomarse en cuenta la compra por volumen que incida en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición. La puja mediante este tipo de procedimiento deberá ser autorizada únicamente cuando el número de postores habilitados sea mayor o igual a tres.</p>

Fuente: elaboración propia

Las ofertas presentadas bajo las modalidades de cotización, licitación y contrato abierto deben ser recibidas, analizadas y adjudicadas por la juntas de cotización, licitación o de calificación nombradas para el efecto, según el caso. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley, los miembros titulares y suplentes de las juntas deben ser servidores públicos, nombrados por la autoridad competente de las entidades, según cada modalidad de adquisición, misma que será la responsable de verificar la idoneidad de los servidores públicos nombrados para integrar las juntas. La idoneidad se verifica mediante la acreditación de la experiencia o el conocimiento suficiente en alguno de los ámbitos legal, financiero y técnico del negocio a adjudicar, debiendo la junta contar con miembros idóneos en cada uno de estos ámbitos. En caso la o las entidades no cuenten con personal idóneo, se podrá nombrar a servidores públicos de otras dependencias del Estado, toda vez se verifique y asegure su idoneidad.

En el caso de la modalidad de licitación pública, la junta de licitación estará integrada por cinco miembros titulares y cinco suplentes nombrados por la autoridad superior de la entidad contratante. En el caso de la modalidad de cotización pública, la junta de cotización estará integrada por tres miembros titulares y tres suplentes, nombrados por la autoridad administrativa superior de la entidad contratante. En el caso de la modalidad de compra por contrato abierto, la junta de calificación estará integrada por representantes titulares y suplentes de las entidades u organismos que hayan solicitado o requerido el concurso, nombrados por la autoridad superior de cada una de las entidades u organismos solicitantes o requirentes. La junta de calificación podrá solicitar asistencia de asesores, tanto de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, como de las entidades requirentes, cuando lo considere necesario.

Un requisito final que no fue objeto de reforma es la suscripción del contrato. De conformidad con el artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado, debe suscribirlo:²

² En cuanto a la aprobación de los contratos, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado le corresponde a la misma autoridad que determina el artículo 9 de esta ley, según el caso. Sin embargo, quedan claros

- a. Ministro de ramo en representación del Estado, cuando las negociaciones sean para dependencias sin personalidad jurídica. El ministro puede delegar la firma del contrato en viceministros, directores generales o directores de unidades ejecutoras.
- b. Autoridad correspondiente, cuando los contratos los celebren entidades descentralizadas y las municipalidades, y con observancia de la ley orgánica de la entidad o el Código Municipal.
- c. Secretario General de la Presidencia, cuando se trate de negociaciones que deban efectuar las dependencias de la Presidencia de la República. El secretario puede delegar la suscripción del contrato en los titulares de dichas dependencias.
- d. Para las negociaciones de los organismos Legislativo y Judicial, del Tribunal Supremo Electoral y Corte de Constitucionalidad, el contrato deberá ser suscrito por el presidente de cada organismo.

Este aspecto es relevante, puesto que puede observarse que la contratación finalmente es una responsabilidad de autoridades que no necesariamente están presentes durante todo el proceso, desde la publicación del evento de contratación hasta la recepción del bien o servicio, o que existe escasa delegación en otros funcionarios. Es por ello que puede decirse que el proceso de adquisición y contratación se encuentra más bien desconcentrado y no descentralizado en la administración pública.

Observaciones:

1. Con relación a la obligatoriedad de publicar toda “compra de baja cuantía” en GUATECOMPRAS, (literal a del artículo 43) puede saturar el sistema si no se realizan los ajustes para soportar el volumen de información que deberá administrar. Es paradójico ordenar que se publique en el caso de “compra de baja cuantía” *“(...) la documentación de respaldo conforme al expediente administrativo que ampare la negociación realizada por constituir información pública de oficio. (...)”*, y que en el caso de la compra directa la obligación se limite a *“(...) se publicará en GUATECOMPRAS, como mínimo, el número de identificación tributaria y el nombre o razón social del proveedor adjudicado y el monto adjudicado (...)”*. O sea, el contenido a subir en GUATECOMPRAS en el caso de las compras de baja cuantía podría ser superior al de la compra directa.
2. Respecto los arrendamientos (literal d, artículo 43):
 - a. No se diferencia el arrendamiento financiero del operativo, y así evitar encubrir la compraventa a plazos.
 - b. Constituir una garantía al momento de ejercerse la opción a compra puede ser difícil de llevar a cabo pues probablemente la vida útil del bien terminó y no tendría entonces sentido una garantía.

vacíos en el artículo 9, especialmente en lo relacionado con entes privados que deben aplicar la Ley de Contrataciones del Estado.

- c. Sujetar todo arrendamiento a cotización, independientemente de su valor, reduce la agilidad.
3. En la literal e) del artículo, bajo el título “Arrendamiento de bienes inmuebles”, en su segundo párrafo se lee: *“La compra de bienes inmuebles que sean indispensables por su localización, para la realización de obras o prestación de servicios públicos, que únicamente puedan ser adquiridos de una sola persona, cuyo precio no sea mayor al avalúo que practique el Ministerio de Finanzas Públicas.”* Al haber cambiado de artículo dicha disposición (anteriormente en el artículo 44, inciso 1.8) fue sacado de contexto y se trasladó incompleto, por lo que ahora no puede inferirse qué procedimiento debe seguir la compra de inmuebles, pues anteriormente estaba bajo los procesos exentos de cotización y licitación.
4. Relativo al tema del dragado (literal f, artículo 43), no deja en claro lo que implica “realizar por administración”. Menos sentido hace 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) que ahora no puede ejecutarse por terceros bajo la modalidad de contratación.

Comentarios de ejecutores:

1. En general, la reforma a la ley produjo que se elevara el uso de la figura de compra directa. Pasó de ser de Q90,000 al año, con un mismo proveedor, a ser de Q90,000 al cuatrimestre, lo cual se convierte en Q270,000 al año. Esto alivió muchos de los problemas que tenían por gastos menores para los cuales se debía hacer cotización y se demoraba mucho; con las reformas se pueden hacer compras directas (ejemplo: gastos corrientes como los servicios de limpieza, seguridad de algunas oficinas y otros insumos).
2. Sin embargo, a pesar de lo anterior, se tiene el problema de que si algo fue comprado directamente en un cuatrimestre y surgiera la urgente necesidad de comprar nuevamente, no se puede volver hacerlo pues se estaría violando la ley.
3. La reforma también complica llevar a cabo compras de bienes como el combustible. Por ejemplo, de acuerdo con el Fondo Social del MICIVI, la compra de combustible para los convoyes regionales de supervisión de obra genera muchos problemas. Se cae en doble incumplimiento a la ley: por un lado en fraccionamiento y por otro lado se incurre en violación a la modalidad de compra. Esto sucede cuando sólo se pueden comprar vales de combustible, pero en los lugares donde van los convoyes si no hay proveedores de combustible que den vales al gobierno, se debe dar viáticos para combustible. Eso genera que se comenta fraccionamiento por un lado y por el otro se viola la modalidad de compra.

4.6. Excepciones

Con el objeto de transparentar las adquisiciones del Estado y cerrar las puertas a la discrecionalidad y el abuso en el uso de excepciones para obviar procesos públicos como la licitación y cotización, se reforma el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, pasando de 16 a seis casos:

1. La adquisición de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público, que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.
2. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social podrán adquirir, de manera directa, vacunas, medicamentos antirretrovirales, métodos de planificación familiar, fármacos, micronutrientes, suministros quirúrgicos y de laboratorio, al amparo de convenios o tratados internacionales suscritos con la Oficina Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud -OPS/OMS-; agencias del Sistema de Naciones Unidas, el Fondo Mundial -FM-; el Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA- o por negociación regional de precios que efectúe la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica y República Dominicana -SE-COMISCA-.
3. Adquisiciones en el extranjero por parte de las entidades del Estado.
4. El Banco de Guatemala podrá de manera directa contratar la acuñación de moneda metálica terminada, la compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, la compra de sistemas, de equipos y la impresión de formas de billete de banco y de títulos valores.
5. Los sujetos obligados de conformidad con la presente Ley, podrán realizar de manera directa, la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general.
6. El Tribunal Supremo Electoral podrá, durante el ejercicio fiscal en el que se realicen procesos electorales y de consulta popular, realizar de manera directa, las adquisiciones públicas directamente vinculadas a la realización de estos eventos.

Observaciones:

1. De manera irreflexiva se derogó el inciso 1.3. del artículo 44 que decía:

“La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, siempre que ello se declare así, mediante acuerdo, tomado por el respectivo presidente de cada uno de los organismos del Estado.”

En la práctica, las situaciones de emergencia no forzosamente caben en los estados de excepción regidos por la Ley de Orden Público, tal cómo una inundación o un terremoto. Ello obligaría, ante una inminente necesidad de abastecimiento a falsear los motivos para decretar un estado de excepción.

2. Para estas excepciones se establece la posibilidad de contratar de manera directa. La pregunta sigue siendo: ¿a qué “manera directa” se está haciendo referencia?

4.7. Prórroga contractual

De conformidad con la reforma al artículo 51, *“A solicitud del contratista, el plazo contractual para la terminación de las obras, la entrega de bienes y suministros, o el inicio en la prestación de un servicio, 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.”* (El subrayado es propio)

Observaciones:

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

Comentarios de ejecutores:

Lo normal en la obra pública es que los trabajos se retrasen por una gran diversidad de causas (siendo las principales la lluvia, la falta de presupuesto en las instituciones, requerimientos de la supervisión de la obra, faltas presupuestarias de los proveedores, etc.). Esto genera que se detengan los trabajos y obviamente que se tramiten modificaciones a la temporalidad del contrato para continuar con la obra³. Además del problema de temporalidad en una obra, se ha generado un problema serio con el tema de las fianzas. En ese caso, las fianzas no encajan exactamente con el período de vigencia de los contratos, y cuando se modifican una vez, como lo manda la ley, se incumple también con este requisito.

³ En un análisis elaborado para la Dirección General de Comunicaciones del MICIVI, de un total de 200 contratos de infraestructura carretera, un 99.8% de los mismos son modificados en temporalidad y monto. Es decir que los ejecutores están en lo correcto cuando hacen la afirmación de que la dinámica normal de la obra pública en Guatemala es de prorrogar contratos. Flores, Irene (2016)

4.8. Contratación de fianzas

La contratación de bienes o servicios enfrenta obstáculos, en parte, por una ley ambigua que inhibe la participación de más oferentes y provoca que los eventos sean menos competitivos. Un ejemplo, es el requisito de afianzarse o constituir garantías. Lo que representa un aumento en el costo por participar.

Contratación de fianzas y garantías. Para poder participar en procesos de cotización y licitación se exige que el oferente contrate una serie de fianzas para participar, así como constitución de garantías para que se adjudique y celebre contrato administrativo. El oferente debe contratar las siguientes fianzas:

- I. Fianza de sostenimiento de oferta por un porcentaje no menor al 1% ni mayor al 5% del valor del contrato. Cubre el período comprendido desde la recepción y apertura de pliegos hasta la aprobación de la adjudicación.
- II. Fianza de cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato. También puede cubrirse con depósito en efectivo o constitución de garantía hipotecaria. La fianza cubre fallas o desperfectos que puedan aparecer durante la ejecución del contrato.
- III. Fianza de anticipo que debe constituirse previo a que el contratista reciba cualquier suma de dinero por concepto de anticipo. La fianza o garantía hipotecaria debe cubrir el 100% del anticipo.
- IV. De conservación de obra, de calidad o de funcionamiento, que cubra el valor de las reparaciones de las fallas o desperfectos que son responsabilidad del contratista, y que aparezcan durante el tiempo de responsabilidad de 18 meses contados a partir de la fecha de recepción de la obra. La garantía debe otorgarse por el equivalente al 15% del valor original del contrato. La constitución de esta fianza o garantía es un requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro.
- V. De saldos deudores que puedan resultar a favor del Estado, de la entidad correspondiente o de terceros en la liquidación. La fianza o garantía debe cubrir el 5% del valor original del contrato. Esta garantía debe otorgarse simultáneamente con la de conservación de obra como requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro.

Observaciones:

1. Se castiga con severidad y consecuencias penales al funcionario que omite exigir la actualización de las fianzas otorgadas por los contratistas o proveedores, al considerarlo un “incumplimiento de deberes”. Véase el Código Penal:

***“ARTÍCULO 419.- Incumplimiento de deberes.** Comete delito de incumplimiento de deberes, el funcionario o empleado público que omitiere, rehusare o retardare realizar algún acto propio de su función o cargo. El*

responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial.”

2. Se obliga formalizar las garantías prendarias a través de escritura pública, cuando la Ley de Garantías Mobiliarias establece que puede otorgarse en escritura pública, documento privado con firmas legalizadas, en forma electrónica o en cualquier medio que deje constancia permanente.
3. Se pretende hacer responsable a los miembros de las juntas y autoridades suscriptoras de la autenticidad de las fianzas, cuándo no es una potestad acorde a su competencia.

4.9. Del Registro General de Adquisiciones del Estado

Se crea un Registro General de Adquisiciones del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas. De conformidad con el artículo 71 de la Ley, su objeto es *“registrar a las personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para poder ser habilitadas como contratistas o proveedores del Estado, en las modalidades de adquisición pública establecidas en esta Ley. El Registro verificará la capacidad financiera y técnica, así como la experiencia y especialidad necesarias para ser contratista o proveedor del Estado y relacionadas con los negocios con el Estado de que se trate (...)”*. Es decir, concentra en él los registros de precalificados de obras, de consultores, de proveedores, de contratos en un solo Registro y electrónico. El Registro es el responsable del control, actualización, vigencia, seguridad, certeza y publicidad de la información y derechos de las personas inscritas.

Observaciones:

En varios de sus pasajes se establecen funciones tales como:

1. Operar las solicitudes de inhabilitación a proveedores o contratistas de conformidad con la ley y mediante el proceso que se establezca en el reglamento.
2. Imponer las sanciones que corresponda de conformidad a la ley y su reglamento.

Lo anterior lleva a preguntar:

a) ¿Dónde se dejan los artículos 102 y 103 de la propia Ley?

“ARTÍCULO 102.- Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. *Salvo lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley, toda Controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de las entidades a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”*

“ARTICULO 103.- Arbitraje. Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, 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 se deja la capacidad sancionadora de la Contraloría General de Cuentas, lo que inclusive puede dar lugar a dobles sanciones?

Por otra parte, de conformidad con las reformas al artículo 75 de la Ley, se establece que los libros electrónicos mínimos que debe llevar el Registro serán: 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 y por ende un elemento fiscalizador de la Contraloría General de Cuentas.

4.10. Fraccionamiento

De conformidad con la reforma al artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado, se considera que existe fraccionamiento *“(...) cuando una misma unidad ejecutora realice varias adquisiciones con el propósito de evadir la cotización y licitación públicas. Se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice compras directas de baja cuantía o compras directas del mismo bien o servicio, durante un mismo cuatrimestre del ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la cotización pública es obligatoria. También se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice varias cotizaciones de un mismo bien o servicio, dentro de un mismo ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la licitación pública es obligatoria (...).”*

Observaciones:

1. En el concepto de fraccionamiento pareciera no tomarse en cuenta que la asignación de los recursos durante el año es gradual, lo que obliga a las autoridades (en casos justificados), a celebrar varios eventos, por no contar con la asignación total para realizar un evento de mayor cuantía.
2. Surge la duda si el fraccionamiento también aplica para el caso de compra por subasta electrónica inversa.

5. 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.

6. Recomendaciones

1. Es necesario impulsar un cambio que permita contar con 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 soporta la Ley de Contrataciones del Estado, para luego pensar en un modelo de adquisiciones y de contrataciones, que combine eficiencia y transparencia.
4. La falta de soporte técnico, de análisis presupuestario, de estudio de campo y de técnica legislativa evidenciada por las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 9-2015), hace aconsejable no solo su revisión integral, sino incluir en la agenda legislativa, como una prioridad, una nueva normativa que corrija sus falencias en el corto plazo.