



¡Marcando el rumbo!

Hacia un nuevo sistema nacional de adquisiciones públicas

Documento final

Guatemala, abril de 2019

“La contratación pública es la actividad pública más sujeta a derroche, fraude y corrupción debido a su complejidad, a la envergadura de los flujos financieros que genera y la estrecha interacción entre los sectores público y privado”.
(Tribunal de Cuentas Europeo, 2015)

Este documento forma parte de una serie de investigaciones en distintos campos en el marco del Proyecto Ruta para el Desarrollo de Guatemala 2020-2024. El mismo servirá como base de discusión para ser retroalimentado y mejorado por expertos. Investigador responsable: Francisco Quezada. Se agradece el apoyo financiero del Centro para la Empresa Privada Internacional -CIPE- y de la Fundación ATLAS.

Tabla de contenido

1.	Resumen Ejecutivo	3
1.1.	Desafíos a superar.....	3
1.2.	Prioridades.....	5
2.	Introducción	6
3.	Evolución histórica de las adquisiciones públicas	7
4.	El gasto público desligado del servicio	8
5.	El fantasma de la corrupción.....	10
5.1.	Cuatro principales tipos de corrupción	11
5.1.1.	Los poderes fácticos	11
5.1.2.	Los “grandes desfalcos”	12
5.1.3.	La corrupción gris	12
5.1.4.	La penetración del crimen organizado	12
5.2.	Daños que produce la corrupción.....	12
5.2.1.	Disminuye el ritmo de crecimiento económico	12
5.2.2.	Afecta la distribución de bienes y servicios	12
5.2.3.	Lesiona la confianza en las instituciones y en la democracia	12
5.3.	Distintos enfoques de la corrupción	12
5.3.1.	Enfoque institucional y administrativo	12
5.3.2.	Enfoque sistemático-normativo.....	13
5.3.3.	Enfoque comunicacional.....	13
5.3.4.	Enfoque económico.....	13
6.	Las adquisiciones públicas.....	13
7.	El marco normativo.....	16
8.	Temas relevantes.....	23
9.	Propuestas.....	39
10.	Bibliografía	41

1. Resumen Ejecutivo

La oferta de los servicios públicos a los ciudadanos, sin adquisiciones no puede existir. De esa cuenta, el primer objetivo en esta materia, es proveer de bienes, servicios y obras al Estado. Y el segundo objetivo, propender a apoyar políticas públicas en lo económico, social y medioambiental. En tal sentido, las adquisiciones públicas dejaron de ser una simple y secundaria labor de apoyo a las organizaciones, para convertirse en una actividad estratégica del Estado, es decir, algo que debe plantearse y medirse, pues sólo en América Latina y el Caribe, durante el año 2014 este aprovisionamiento abarcó alrededor del 17% del PIB.

Hoy día se enfrenta un modelo estatal con una tendencia expansiva irrefrenable del gasto público y su provisión la realiza principalmente con la contratación de más funcionarios públicos. Irremediablemente esto acarrea: 1. La utilización abusiva y arbitraria del poder. Y 2. La utilización legítima del gasto público, en cometidos no sustantivos del Estado o aplicados en éstos pero sin ninguna disciplina o sentido técnico.

En la actualidad, la desaceleración de la inversión, la insuficiente creación de plazas formales de empleo y la baja en el poder recaudador del Estado, representa pérdida en el poder adquisitivo de la población, por lo ésta traslada de manera creciente más demandas al Estado, aunque tenga considerados los servicios públicos como deplorables y de última opción. Así visto, la pérdida de credibilidad del sector público como gestor, se ve influida por la percepción de corrupción y falta de transparencia, sin embargo la sensibilidad más grande la desata el incumplimiento casi ilícito de la prestación de servicios públicos.

La burocracia estatal se transformó, a través de múltiples regulaciones en un mecanismo de coerción que, en nombre del control, resolver problemas aislados y sobredimensionados, limitó la iniciativa y la dinámica del mercado, creando un centralismo excesivo sin objetivos y ni metas.

De ello dos conclusiones: 1. La ineficiencia en la inversión de los recursos públicos implica el pago de un sobre costo, alguien deja de recibir recursos. Pero la administración suple su incumplimiento con el uso de mayores fondos públicos. Y 2. La calidad. Que el gasto sea para los ciudadanos.

1.1. Desafíos a superar

En Guatemala el sistema de adquisiciones públicas no cuenta con encargados gerenciales, sigue descansando en el correcto funcionamiento de controles legales. Necesariamente se debe asumir un nuevo modelo concentrado en los usuarios, los resultados y la rendición de cuentas.

Los principios clásicos fundamentales de las adquisiciones públicas, la publicidad, igualdad de los proponentes y competencia deben actualizarse y simplificarse, desarmando los excesivos trámites y pasos, optando por la rapidez y tratando de evitar seguir ciertas formas

sin razones sustantivas. La inversión eficiente implica obtener las mejores condiciones a través de una pugna entre los postores, el mejor precio por la mejor oferta.

La Ley de Contrataciones del Estado está contenida en el Decreto número 57-92 del Congreso de la República de fecha 5 de octubre de 1992. En la actualidad incluye una normativa desordenada y una basta cantidad de regímenes de adquisición, entre ellos: Suministros importados, licitación, cotización, contrato abierto, compra de baja cuantía, compra directa, contratación directa, adquisición con proveedor único, arrendamiento y compra de bienes inmuebles, subasta electrónica inversa, adquisición por entes especiales y un régimen de excepción.

En el año 2015, la Ley de Contrataciones del Estado abarcó, dentro de su alcance, a las entidades del derecho privado que administren o reciban fondos públicos, dentro de ellas: Organizaciones No Gubernamentales y sin fines de lucro, entidades de cualquier naturaleza, fideicomisos y adquisiciones que se realicen con recursos de préstamos externos. Ello sin cuestionar lo impracticable que resulta de enmarcar actividades privadas dentro del esquema del derecho público.

Problema adicional la generaron las múltiples reformas incorporadas a la Ley de Contrataciones del Estado, sin utilización de técnicas mínimas de redacción.

Tabla 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
2016	Decreto 46-2016

Fuente: CIEN, elaboración propia.



¡Marcando el rumbo!

1.2. Prioridades

Corto Plazo:

1. Análisis técnico del texto de la Ley de Contrataciones del Estado.
2. Caracterizar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado los diferentes tipos de contrataciones, con el fin de determinar los procedimientos que les son propios.
3. Contrastar la Ley de Contrataciones del Estado frente otras leyes de contenido común.

Mediano Plazo:

1. Hacer un levantamiento de los distintos procesos de contrataciones, para obtener un diagnóstico respecto el grado de eficiencia del sistema.
2. Discutir a nivel técnico los diversos problemas interpretativos de la Ley de Contrataciones del Estado y leyes afines, especialmente frente los equipos de las dependencias usuarias que demandan mayor grado de ejecución en materia de adquisiciones y la Contraloría General de Cuentas.
3. Solicitar a la Contraloría General de Cuentas, la identificación, recopilación y clasificación de los principales hallazgos o debilidades encontradas en sus distintos procesos de auditoría gubernamental.

Largo Plazo:

1. Con base en las evidencias encontradas en el levantamiento de información, determinar el grado de reformas que demanda el sistema, lo que puede incluir disposiciones legales.
2. Crear un sistema de adquisiciones públicas con énfasis gerencial, que priorice una racionalidad organizacional que adecúe los medios disponibles a los fines y objetivos a alcanzar.
3. Incorporar dentro de los objetivos estratégicos del Estado las adquisiciones, pues la optimización de la gestión de compras estatales, tiene una incidencia fundamental.

2. Introducción

Para encontrar el justo medio o un esquema saludable y eficiente para realizar adquisiciones públicas, se deben recorrer muchos y variados campos y enfoques, dentro de los que se puede considerar:

1. La concepción que las autoridades de turno conciben del Estado como prestador de bienes y servicios públicos. Lo que necesariamente transita por los campos político, ideológico y filosófico. De allí parte el volumen de demandas que ofrecen y espera la población del aparato gubernamental, desde un Estado benefactor, omnipresente o socialista, que compite, sustituye o elimina el emprendimiento privado, hasta modelos que persiguen reducir sus funciones a cometidos esenciales, básicos e indelegables, pasando por estadios intermedios que le otorgan un papel subsidiario, que permite liberar la creatividad humana, así como apoyar la consecución del bien común. Modelos político-económicos que de forma pura no se presentan, sin embargo y lo que sí se da, es una abundancia de activismo divorciado de un esquema planificador orientado en metas y resultados, para operar más como un anárquico impulsado por la improvisación y el sentido de supervivencia política.
2. Claridad de los servicios públicos que no puede desentenderse el Estado por su condición de único proveedor o su esencialidad, frente los que, a pesar de su alto impacto o incidencia en el bien común, también pueden ser prestados en situación de alternancia por proveedores privados. Aquí la mejor guía resulta ser la propia Constitución Política de la República, al definir en su preámbulo al Estado, como el ente responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.
3. Autoridades que expliciten su programa de gobierno nacional o local, basados en prioridades, racionalidades, capacidades y metas concretas, medibles y cuantificables. Único mecanismo con el que comienza a cobrar sentido la expresión “rendición de cuentas”.
4. Un presupuesto nacional público, que parta del sano equilibrio entre gasto e inversión, capacidad de pago, racionalidad y sentido técnico, elementos que únicamente gozarán de justificación al servir de contraprestación al sacrificio tributario del ciudadano.
5. Justificativos plausibles cuando se trate de erogaciones por medio de gastos corrientes, específicamente cuando se trate de costear la masa salarial. En tal sentido no considerar al Estado como fuente de empleo, en otras palabras, que el esfuerzo de los contribuyentes no sea considerado un flujo de efectivo destinado a sostener plazas de empleo que no tengan línea directa con la satisfacción inmediata de las necesidades de los servicios públicos.

6. Vinculación de las erogaciones y las adquisiciones públicas a resultados tangibles y predeterminados.
7. Un sistema de adquisiciones públicas que parta de esquemas de planificación y que se vacíe en plataformas sencillas y amigables de rendición de cuentas, y
8. Criterios objetivos para la selección de los proveedores, bajo procesos predecibles, abiertos, uniformes, preestablecidos, públicos, fiscalizables, objetivos y sencillos, donde prive y se fomente la libre competencia.

En el presente trabajo se entra a considerar el modelo de adquisiciones públicas como vehículo imprescindible y vital para entregar los servicios públicos a la población, como función esencial del Estado. Ciudadanía quien demanda bienes y servicios como una contraprestación a su sacrificio contributivo y razón de vivir en sociedad. Necesariamente estas reflexiones sobre el tema, recorren su evolución histórica, nociones de gasto e inversión, el fantasma de la corrupción, necesidad de un diagnóstico, alcances y pertinencia del marco normativo frente sus frecuentes reformas, temas de especial relevancia, para concluir con una serie de recomendaciones y la posibilidad de su implementación dentro de los plazos que se proponen.

3. Evolución histórica de las adquisiciones públicas

Conforme el trabajo de Iván Ochsenius Robinson¹, el quehacer de las compras de bienes, servicios y obras por parte del Estado hay indicios que las primeras adquisiciones datan de 2500 años A.C., época en que se comenzaban a gestionar materiales para la construcción de las pirámides. Durante la Edad Media, las instituciones que desarrollaron las compras públicas, adquirieron bienes para construcción, guerra y tribunales.

Fue a finales del siglo XVIII que las legislaturas en Estados Unidos comenzaron a crear organismos o direcciones con relación al tema, empezando a otorgarle a esta tarea una institucionalización y lugar en el aparato público. Ya en la Segunda Guerra Mundial las compras pasaron a un siguiente nivel de sofisticación, moviendo la economía del país en esos años. Cercano a los años 70, muchos gobiernos fueron vistos como inefectivos, ineficientes y gastadores, especialmente cuando se comparaban con el sistema de compras del sector privado, comenzando entonces a implementarse más técnicas y enfoques de administración de empresas en la siguiente década.

Resultado de su evolución, las compras del Estado se convirtieron en una de las principales actividades económicas de los gobiernos, permitiendo no sólo cumplir su objetivo de entregar insumos, sino también aportar al desarrollo social, económico y ambiental de una

¹ Robinson, Iván Ochsenius. Objetivos de las adquisiciones del Estado desde una panorámica internacional. ¿Por qué controlar las compras y qué causa su deficiente medición? Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Zaragoza, España, 2016.

nación. Inclusive a través de demandar condiciones particulares, técnicas o especialidades a los proveedores públicos, puede incidir para alcanzar mejores estándares de producción y prácticas empresariales, desarrollar el talento humano e incentivar la economía de determinados sectores.

En consecuencia, las adquisiciones públicas dejaron de ser una simple y secundaria labor de apoyo a las organizaciones como se establecía en las antiguas escuelas de administración, sino se convirtieron en una actividad estratégica que debe articularse a través de un enfoque estratégico, es decir, debe plantearse y medirse. En América Latina y el Caribe, durante el año 2014 este aprovisionamiento abarcó alrededor del 17% de su PIB², cifra nada despreciable si resulta bien entendida.

4. El gasto público desligado del servicio

La oferta de los servicios públicos a los ciudadanos, sin adquisiciones no pueden entregarse, de ellas depende la capacidad del Estado para proveerlos. De esa cuenta un primer objetivo en esta materia, sería proveer de bienes, servicios y obras al Estado para que pueda desarrollar su labor social encomendada legal y constitucionalmente. Y, como un segundo objetivo, es propender a apoyar políticas públicas en lo económico, social, medioambiental, entre otros.

Los servicios públicos bajo la coyuntura económica que atraviesa Guatemala, desde los últimos años, presentan una creciente demanda, desafortunadamente no por su calidad, accesibilidad o prestigio, sino por la desaceleración de la inversión y la insuficiente creación de plazas formales de empleo³. Ello se explica así, la población al perder poder adquisitivo, por no mejorar su nivel de ingresos o no alcanzar estabilidad laboral, reducen su posibilidad para adquirir satisfactores con proveedores diversos, pues bajo el actual esquema nacional una señal de mejoría de la calidad de vida, implica poder costear al menos la educación escolar y salud a nivel privado, pero simplemente la población deja de elegir. En consecuencia la precariedad económica, hace que los ciudadanos trasladen cada vez más y de manera creciente sus demandas al Estado, aunque tengan considerados los servicios públicos como deplorables y de última opción. Lamentablemente, las estructuras administrativas del Estado siguen siendo incapaces de establecer claramente la misión y visión de sus cometidos o trazarse metas, donde la necesidad de una gestión por resultados se confunde con activismo, gasto, mala definición y clientelismo, a lo que se suma una baja en el poder recaudador del Estado.

La pérdida de credibilidad del sector público como gestor del bienestar ciudadano, indudablemente a nivel comunicacional se ve influida por la percepción de corrupción y falta de transparencia, pero la sensibilidad más grande la desata el sufrimiento que día a día enfrenta la población por la ineficiente prestación de los recursos públicos, lo que deviene

² Ibidem.

³ Publicación del 13 de febrero de 2019, Suplemento Mundo Económico, Prensa Libre, página 11.

inclusive en un incumplimiento casi ilícito cuando se trata de servicios esenciales, tal el caso de salud y nutrición. Así como la corrupción afecta negativamente la eficiencia del Estado y la asignación de los recursos, la ineficiencia por su lado a la inversión y el crecimiento económico. Esta causa es un mal endémico de la administración pública y no es sólo un problema de su función abastecedora. El que en las áreas de compras del Estado existan mayores decisiones políticas que técnicas quita fuerza al control y destruye la planificación, entregando como consecuencia bienes de menor calidad, innecesarios y tardíos a las instituciones, y por ende, a los ciudadanos.

Para Eduardo Cobas⁴ desafortunadamente y por perseguir un aparente objetivo loable, la burocracia estatal se transformó, a través de regulaciones en un mecanismo de coerción que, en nombre del control y la moral, limitó la iniciativa y la dinámica del mercado, estirando las líneas de decisión dentro de un centralismo excesivo, creando una estructura que pierde los objetivos y es incapaz de establecer metas, haciendo prevalecer la administración a través de un formalismo rígido y el control interno y externo que presume la deshonestidad en vez de los resultados.

De esa cuenta el régimen de adquisición estatal es netamente administrativo, es decir creado por reglamentos y decretos, tendientes a resolver problemas aislados y sobredimensionados, con el objetivo de posibilitar la corrección y ética, y como se apuntó presumiendo la irregularidad.

Así un marco jurídico complejo y excesivo, adiciona dificultad para entender el entramado jurídico de las compras, y con ello qué aspectos sustantivos se deben de controlar. Además, la no aplicabilidad completa de las disposiciones legales que resguardan y garantizan los recursos públicos también afecta a este control, ya que no lo respeta como es debido. Es aleccionador, no se debe gestionar y controlar las compras públicas sólo porque la legislación primeramente lo consagra, ni tampoco porque la ciudadanía lo reclama desde hace años, sino también porque el concepto de racionalidad organizacional implica adecuar los medios utilizados (disponibles) a los fines y objetivos que se desean alcanzar. Una organización es racional si se escogen los medios más eficientes para lograr los objetivos deseados.

Los controles de las contrataciones deben ser racionales y basarse ni en aspectos políticos ni personales, sino en los medios disponibles para optimizar el trabajo conjunto. Pero no existirá un control efectivo sin la voluntad de las autoridades políticas de utilizar los resultados. Si éstas no tienen intención de usar la información del control para mejorar sus decisiones, sólo habrá información procesada que no tendrá ningún valor. El control, por lo tanto, se debe valorar por su utilidad, y no por otras razones.

Esta perspectiva apunta a que se está viviendo dentro de un modelo estatal encaminado a realizar todo y en pocas palabras nada, eso es la tendencia expansiva irrefrenable del gasto

⁴ Cobas, Eduardo, La corrupción en los procesos de adquisiciones públicas y reforma del Estado.

público suponiendo una definición infinita de bien público y que su provisión debe realizarse a través de la contratación de más funcionarios públicos y la creación de instituciones y programas, para contrarrestar, supuestamente, la visión que un Estado pequeño representa disfuncionalidad. Concepción que irremediablemente acarrea dos marcadas falencias: por un lado, la que se origina en la utilización abusiva y arbitraria del poder, con diversos grados de ilicitud al generarse el incumplimiento de normas jurídicas (corrupción); y, por otro lado, la que se genera en la utilización legítima del gasto público, generalmente creciente, en cometidos no sustantivos del Estado o aplicados en éstos pero con poca disciplina, provocando distorsiones en el cumplimiento de los objetivos de la función pública (ineficiencia).

De todo ello se pueden extraer dos conclusiones: 1. La ineficiencia en la inversión de los recursos públicos implica el pago de un sobre costo, pues siempre tiene como contrapartida que alguien deje de recibir recursos. Desafortunadamente esta situación no presenta mayores complicaciones para las administraciones, ya que éstas suplen su incumplimiento con el uso de mayores fondos públicos, que como se dijo muy probablemente son drenados de otras prioridades sociales. Por eso un sistema de adquisiciones es crítico a la hora de devolver el valor por el dinero que se le entrega al Estado. Y 2. La calidad. Que el gasto sea eficiente y que al mismo tiempo logre un nivel de calidad aceptable para los ciudadanos. El objetivo final es lograr que el sistema de adquisiciones traslade o interprete las políticas del Estado en resultados⁵.

5. El fantasma de la corrupción

Desde una perspectiva genérica, el concepto de corrupción hace referencia a la descomposición o pérdida de la naturaleza original. Una de las manifestaciones más claras en el orden de la actual sintomatología moral lo constituye el problema de la corrupción, que por su frecuencia demuestra ya una fuerte generalización del fenómeno.

Toda actividad social se caracteriza por tender a alcanzar un tipo de bien. Los llamados bienes internos son los que dan sentido y legitimidad a un fin. Por otra parte, la realización de una actividad social conlleva otro tipo de bienes llamados externos, que vienen por añadidura, caso del dinero, el prestigio y el poder. La corrupción se produce cuando quienes participan en ellas no lo hacen por el aprecio e identificación con los bienes internos que dan sentido y legitimidad, lo hacen por los bienes externos que pueden conseguir: ventajas económicas, ventajas sociales y de poder, es la pérdida de legitimidad y credibilidad.

En la era democrática se instala la idea de lo público, que los fondos públicos son de los ciudadanos, y quienes los manejan son simplemente administradores. “La apropiación indebida del patrimonio colectivo o público”, como desviación significa una pérdida de oportunidades u opciones de desarrollo humano para todos los miembros de la comunidad, en consecuencia implica un delito que requiere de la intervención activa de un funcionario

⁵ Malta, Joao N. Veiga, Gerente Regional de Adquisiciones para América Latina del Banco Mundial, 11 de julio de 2017.

público que abusa de su cargo para incurrir en “soborno” o en “cohecho”. Desde un punto de vista analítico, la “corrupción” comparte tres elementos esenciales, a saber: (a) La obtención irregular de ventajas –económicas o de cualquier otra índole-; (b) la violación de un deber oficial, y (c) el desconocimiento de los derechos de otros.

En las posiciones legales o “legalistas”, la corrupción produce una ganancia tangible (dinero casi siempre) donde se viola un deber expreso de un funcionario y que afecta derechos ciudadanos directamente asociados con el erario. Por otro lado frente a las posiciones morales, la corrupción existe aun si las ventajas no son muy tangibles (“le hago un favor a cambio de su voto”).

Según cuál sea el umbral de sensibilidad ciudadana, la “corrupción” es un motivo universal de indignación sin embargo no tiende a percibirse como una forma de inseguridad. Como las víctimas son todos, nadie se siente la víctima y esto mismo diluye la percepción del daño y de la urgencia de combatir el fenómeno.

5.1. Cuatro principales tipos de corrupción

Son cuatro tipos principales de corrupción, según algunos autores: (a) El primero establece que es la usurpación de funciones y recursos del Estado que realizan los “poderes fácticos”. Y los otros tres en sentido estricto: (b) Grandes “negociados” o desfalcos del erario; (c) La corrupción “gris” o de pequeña escala, y (d) La penetración del Estado por crimen organizado.

5.1.1. Los poderes fácticos

Existen poderes que limitan la actuación del Estado en áreas que debe controlar porque afectan seriamente el interés público. Estos son los denominados “poderes fácticos” que practican la corrupción en tanto se apropian indebidamente de bienes públicos.

Los poderes fácticos son grupos de presión cuyas acciones habituales están dentro de la ley. Son actores nacionales –familias influyentes, empresarios, sindicatos, gremios, iglesias, ONG’s, medios de comunicación-, actores internacionales –gobiernos extranjeros, empresas multinacionales, mecanismo internacionales de financiamiento – que defienden sus intereses legítimos pero que incurrir en corrupción cuando abusan de su capacidad de influir sobre las autoridades para beneficiarse de sus decisiones.

La presión de los poderes fácticos se ejerce de maneras diversas. Aunque difícilmente acuden al soborno, los poderes fácticos actúan dentro de la ley y los usos sociales, de manera que no es claro cuándo usan y cuándo abusan. Quienes pueden incidir sobre temas tan sensibles como el “modelo de desarrollo”, tributación, destinación del gasto público, etcétera.

5.1.2. Los “grandes desfalcos”

Se trata de operaciones que logran beneficios significativos gracias a la actuación ilegal de un funcionario. Entre sus modalidades más comunes están la asignación de contratos o licitaciones a cambio de pagos.

5.1.3. La corrupción gris

La corrupción gris, es aquella que opera en las esferas administrativas, en la cotidianidad de los trámites y en la prestación de servicios públicos, casi siempre se da en forma bilateral. La corrupción gris tiene dos variedades:

- La venta de un decisión o de un servicio público rutinario (un cupo en la escuela, evitar la imposición de una multa, una “mordida”). En este caso, el derecho del ciudadano se cobra como un favor —es la asignación preferencial de un bien divisible.
- El clientelismo, que reparte servicios o puestos públicos a cambio de lealtad política o electoral. El clientelismo domina la vida política en Latinoamérica.

5.1.4. La penetración del crimen organizado

El crimen organizado, necesitan neutralizar o cooptar a las autoridades para llevar a cabo muchas de sus actividades.

5.2. Daños que produce la corrupción

5.2.1. Disminuye el ritmo de crecimiento económico

Varios estudios han documentado la relación estadística entre el menor nivel de inversión que ocasiona la corrupción y el crecimiento del ingreso per cápita.

5.2.2. Afecta la distribución de bienes y servicios

La corrupción es una especie de impuesto arbitrario que interfiere con la eficiencia en la asignación de los recursos productivos.

5.2.3. Lesiona la confianza en las instituciones y en la democracia

La corrupción es un obstáculo para la adhesión ciudadana a los valores del Estado de derecho y de igualdad ante la ley. Profundiza los sentimientos de indefensión de quienes ven los comportamientos corruptos premiados o cubiertos por la impunidad.

5.3. Distintos enfoques de la corrupción

5.3.1. Enfoque institucional y administrativo

La corrupción puede darse en instituciones públicas o privadas, y no debe considerarse como una conducta desviada, sino como el comportamiento económico calculado dentro de un sistema corrupto. Por lo que en lugar de considerar la reforma legal como respuesta preferente, se debe pensar en reformar los sistemas.

La oportunidad que tiene el funcionario de procurarse ganancias ilícitas depende del grado de monopolio que posee, de ello la fórmula:

$$C=M+D-Orc$$

Corrupción es igual a monopolio de las decisiones, más discrecional menos obligación de rendir cuentas.

5.3.2. Enfoque sistemático-normativo

En todo sistema normativo coexisten al menos dos tipos de estándares: las normas míticas, que establecen qué está permitido y qué está prohibido; y otro, los códigos operativos, que explican qué personas en qué circunstancias pueden hacer lo que las normas míticas prohíben sin que les pase nada. La corrupción implica conflictos entre diferentes códigos normativos.

5.3.3. Enfoque comunicacional

Cuando se habla de corrupción, no hay que perder de vista que el derecho penal es el último sistema de control. La magnitud del problema supera los límites del derecho penal, que por definición llega cuando los hechos negativos ya se produjeron, sin modificar los modelos organizacionales que producen la corrupción. La corrupción no se resuelve sólo con y desde el Poder Judicial.

5.3.4. Enfoque económico

El impacto de la corrupción no depende solamente de la magnitud del soborno, sino también de los efectos distorsionantes en la economía. Las ocasiones más usuales para la corrupción ocurren cuando el Estado es comprador de bienes y servicios, o proveedor de servicios limitados.

6. Las adquisiciones públicas

En América Latina, al año 2013 la Organización de los Estados Americanos (OEA) junto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), realizaron el estudio llamado “Evaluación del Impacto y de los Beneficios de las Reformas en los Sistemas de Contratación Pública en América Latina y el Caribe” del que destacan importantes hallazgos, tales como:

- La mayoría de los países publican información sobre sus adquisiciones.
- Se busca reducir los tiempos en los procesos de adquisiciones y mejoras en las condiciones de entrega.
- La mayoría de los Estados han adoptado por una mayor difusión de información sobre planes y procedimientos de contratación, existiendo a la vez esfuerzos importantes por estandarizar manuales, catálogos, procedimientos, plazos, entre otros.
- Y finalmente, se ha visto un uso de la contratación como herramienta para la consecución de objetivos estratégicos, aunque con resultados moderados,

existiendo aún importantes brechas tecnológicas por cubrir, donde sólo Chile y México hacen un uso estratégico de la información de contratación.

El citado estudio evidencia a nivel regional un sensible avance y concientización respecto el tema, especialmente en los sistemas de publicidad, la reducción de tiempos y adquisiciones emanadas de procesos de planificación, para dejar como punto pendiente, seguir sin ligar los procesos de adquisiciones públicas a los objetivos estratégicos del Estado. Se insiste, la única manera de alcanzar una mejoría en la eficacia y eficiencia de la gestión pública, es visibilizar y tener claridad de los objetivos estratégicos hacia las que se orientan las políticas públicas, solo allí se pueden encontrar puntos de congruencia entre gasto público y expectativas. La optimización de la gestión de compras estatales, no tienen razón de ser, si detrás de ellas no se evidencia una incidencia directa en el nivel de vida de los ciudadanos.

Desafortunadamente en Guatemala, el sistema de adquisiciones públicas pese contar con mayores sistemas y plataformas de control y publicidad, tal el caso de GUATECOMPRAS, CoST, SICOIN, SIAF, SINIP, portales de Información Pública de Oficio, entre otros, y el papel fiscalizador y planificador de instancias como la Dirección General de Adquisiciones del Estado, el Registro General de Adquisiciones del Estado, la Dirección de Contabilidad del Estado, la Dirección Técnica del Presupuesto, dependencias del Ministerio de Finanzas Públicas, la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia (SEGEPLAN), la Contraloría General de Cuentas, las Comisiones de Probidad, de Finanzas Públicas y Moneda y Extraordinaria Nacional de Transparencia del Congreso de la República, la Procuraduría de los Derechos Humanos, evidencia la inexistencia de liderazgo o encargados gerenciales permanentes para sacar adelante los procesos, todo sigue insistentemente descansando en el correcto funcionamiento de los sistemas de control enfocados más en la legalidad, que en la eficiencia. Paralelamente, la gestión pública sigue desarrollándose sin una efectiva planificación de la función de compras y en la mayoría de los casos sin una real programación de caja que dé celeridad a los pagos, reduzca los sobrepagos y libere el acceso de proveedores y calidad de las ofertas. Disfunciones que requieren de un cambio que redefina su misión dentro del sector público, adecuando a un funcionamiento más gerencial que procure el equilibrio entre los intereses de los beneficiarios finales de los servicios públicos y los de la administración.

Para Eduardo Quintana Sánchez⁶, es importante clarificar, que las compras de productos y servicios por el Estado normalmente se realizan bajo un sistema de selección, invitando a distintas empresas a presentar ofertas, con la finalidad de elegir la mejor propuesta en términos de precios, calidad, oportunidad, entre otros parámetros. Mecanismo esencial para la compra de bienes sin un valor estándar o cuando el mismo es difícil de determinar. La inversión eficiente implica obtener las mejores condiciones a través de una pugna entre los postores, en términos simples, el mejor precio por la mejor oferta. En ese sentido la competencia es un valor vital en los procesos de adquisiciones y sólo garantiza que los

⁶ Quintana Sánchez, Eduardo, Adquisiciones Públicas: “¿Se requiere competencia en la compras del Estado?”, Themis 41.

jugadores actúen según las reglas o sea sin influir en el resultado final del juego, puesto que ello depende del mercado.

De esa cuenta, la transparencia en defensa del interés público y la inversión eficiente de los recursos son los dos objetivos principales que se buscan al realizar las adquisiciones del Estado a través de procesos de selección. A su vez, los dos comportamientos que también pueden impedir se alcancen dichos objetivos, son por un lado, las irregularidades en el comportamiento de los funcionarios encargados de dirigir los procesos de selección, que eliminan la transparencia y, por otro, el comportamiento concertado de las empresas postoras, que impiden la inversión eficiente. Este último tipo de comportamiento se conoce genéricamente como licitaciones colusorias.

Por tal razón, el Estado necesariamente debe asumir un nuevo modelo en la administración pública, ahora concentrado en los usuarios, los resultados y la rendición de cuentas sobre éstos, lo que determina un replanteamiento en los sistemas de control. Evolucionar a una cultura más gerencial de auditoría, tendiente a realzar un autocontrol, un cambio del concepto de responsabilidad y del sistema sancionatorio, basados en una gestión por resultados, centrando los dictámenes en la calidad de las prácticas y un control externo que pase de una de vigilancia concomitante, a una con mayor presencia posterior y selectiva para asegurar la calidad del control interno de cada unidad pública, evitando ser un factor de demora.

Ahora, los mencionados principios clásicos de las adquisiciones públicas -publicidad, igualdad de los proponentes y competencia- deben actualizarse y simplificarse, desarmando los excesivos trámites y pasos, optando por la rapidez y tratando de evitar seguir ciertas formas sin razones sustantivas, a manera de reducir el desaliento y el establecimiento de verdaderas barreras a la entrada, donde un mayor número de oferentes permita desarrollar nuevos negocios o mejorar los existentes en beneficio del usuario final.

Para el cometido anterior la tecnología de la información y de las comunicaciones siguen siendo las llaves fundamentales para la transformación de la gestión pública y de la forma que la función de compras es prestada; la noción de un gobierno electrónico e interconectado intra e inter organizaciones e instituciones, a nivel internacional, nacional, regional y local; transformándose en la columna vertebral de los servicios públicos, accediendo a los recursos y conocimientos informáticos en forma colectiva y desde cualquier localización; buscando como resultado programas diseñados más hacia la eficiencia de los procesos, el bienestar de los ciudadanos y la competitividad, que a las viejas estructuras o a la conveniencia de los servidores públicos.

Como se apuntó las compras públicas constituyen un factor clave para la economía, donde la eliminación de la burocracia y mejora de la productividad deberían ser objetivos prioritarios para las administraciones. Las compras gubernamentales inciden en la economía nacional en razón a las ganancias que se producen con la adjudicación de los diferentes contratos, lo cual lleva a que el ingreso per cápita en ciertos sectores

socioeconómicos se eleve al punto de impactar directamente en los niveles económicos de un país, siendo ellas un motor importante en el movimiento de capital.

Las adquisiciones públicas deben evolucionar, y sus formas de adquirir bienes y servicios deben perseguir las tendencias y velocidad que marca un mercado cambiante. La administración pública debe adaptarse a esa rapidez, lo tecnológico y la transparencia, y no seguir propiciando prácticas obsoletas que lo único que provocan es continuar deslegitimando las acciones del gobierno. El tiempo en que el gobierno se demore en darse cuenta, será el período que el sistema siga paralizado y subdesarrollado. Probablemente muchos se atengan a que la administración pública nunca quebrará económicamente como sucede con las empresas, sin embargo lo que hoy en día se está quebrando es la confianza y esperanza de los ciudadanos.

7. El marco normativo

La Ley de Contrataciones del Estado se encuentra contenida en el Decreto número 57-92 del Congreso de la República, de fecha 5 de octubre de 1992, en sustitución de la Ley de Compras y Contrataciones regulada por el Decreto número 35-80 del Congreso de la República, de fecha 24 de junio de 1980. La ley vigente utiliza la misma estructura y orden normativo que su antecesora y rescata instituciones y figuras tales como: el mismo objeto, los regímenes de licitación y cotización, compras menores, requisitos para las bases, órganos competentes, casos de excepción y de no obligatoriedad de la utilización de los regímenes, el contrato abierto, los contratos y su registro, garantías, prohibiciones y sanciones. En buena medida la Ley de Contrataciones del Estado actualiza los conceptos utilizados por su antecesora y a explicitar y desarrollar su contenido, con algunas novedades que incorpora como la Enajenación y Transferencia de Bienes del Estado (Título VIII), Concesiones (Título IX) y los Recursos (Capítulo X). Por lo que salvo la incorporación de los tres apartados antes descritos, la ley vigente pareciera actualiza y puntualiza la normativa de su antecesora, por lo que la distancia entre una y otra ley no asomó ser profunda.

Ahora bien y lo que si vino a marcar distancia, no fue la transición entre la Ley de Compras y Contrataciones y la Ley de Contrataciones del Estado, pues como se apuntó no evidencian cambios sustanciales, sino las múltiples reformas que ha sufrido la ley vigente, para lo que los legisladores sin utilizar una técnica medianamente aceptable, insertaron textos sin resguardar su contexto, ni percatarse de la necesaria concordancia y armonización que debían de observar con el resto del articulado de la propia ley y la legislación en general, lo que a la fecha sigue provocando serios conflictos interpretativos de leyes en el tiempo y el espacio, frente a la imposibilidad material de concretarse determinada institucionalidad que únicamente nació a nivel legislativo, pero no opera. Efectivamente se maneja una ley que con una vigencia de casi 22 años, que ha absorbido nueve (9) distintos decretos de reformas, más de 112 artículos han sido modificados, cuando paradójicamente únicamente cuenta con 108. Todo bajo muy distintas coyunturas y consideraciones, acciones y reacciones. En la Tabla 2 se muestra la cronología de los cambios.

Tabla 2. Reformas a la Ley de Contrataciones del Estado

Año	Decretos que reforman la Ley de Contrataciones del Estado	Contenido Básico
1997	Decreto 20-97 (Reforma 10 artículos)	Efectúa, entre otras, dos grupos de reformas sustanciales a su contenido: -TÍTULO VIII CAPITULO UNICO Enajenación y Transferencia de Bienes del Estado. Y -TÍTULO IX CAPÍTULO ÚNICO Concesiones
2001	Decreto 34-2001 (Reforma 15 artículos)	Reforma los temas siguientes: - Amplía el monto que deben conocer las autoridades superiores. - Eleva el monto de la compra directa, cotización y contrato escrito. - Regula nuevamente el tema de la enajenación y transferencia de bienes inmuebles, muebles o materiales del Estado. - Casos especiales de enajenación. - El destino fiscal de los ingresos resultantes de la enajenación. - Regula nuevamente el tema de la concesión. Últimos cuatro casos que se podrían considerar un regreso o contra reforma a las producidas por el Decreto número 20-97 del Congreso de la República.
2001	Decreto 73-2001 (Reforma 1 artículo)	Equipara a las Municipalidades al resto de las instituciones del Estado, en cuanto al techo para poder efectuar los eventos de cotización.
2006	Decreto 11-2006 (Reforma 13 artículos)	La reformas emanan de la firma del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América, y abordó principalmente los siguientes temas: - El objeto de la Ley. - Modificaciones de las bases de licitación o cotización. - Especificaciones generales, técnicas, disposiciones especiales y planos de construcción. - Publicaciones. - Del derecho de prescindir.

		<ul style="list-style-type: none"> - Del formulario de Cotización. - De los recursos de revocatoria y de reposición. - De la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. - Del arbitraje. - De la jurisdicción ordinaria.
2009	Decreto 27-2009 (Reforma 15 artículos)	<p>Las reformas emanan sustancialmente de la implementación del sistema GUATECOMPRAS y los temas adicionales siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adición al tema de la disponibilidad presupuestaria. - Aspectos de aclaraciones y muestras. - Se eleva el piso para las Cotizaciones o el techo para la Compra Directa. - Se establece un sistema de inconformidades. - Modificaciones en el Contrato Abierto. - Se establecen nuevas prohibiciones para participar en los concursos. - Se incorporan al sistema de GUATECOMPRAS las siguientes actividades de adquisiciones: <ul style="list-style-type: none"> -- Eventos, publicación y modificaciones a las Bases de Licitación y Cotización. -- Notificación y resolución de las inconformidades. -- La adjudicación. -- Adjudicaciones por Compra Directa, salvo sea menor de Q.10,000.00. -- Negociaciones de compras por excepción. -- Adquisiciones de organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, cooperativas, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y toda entidad privada o mixta, nacional o extranjera que reciba y/o administre fondos públicos.
2010	Decreto 45-2010 (Reforma 5 artículos)	<p>Sus reformas se enfocan en el Contrato Abierto, de lo que destaca:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El caso de medicamentos, donde una vez calificado el cumplimiento de los requisitos sanitarios, se utilizaría el precio más bajo como criterio único de calificación, siempre y cuando no sea igual o superior al precio del mercado privado nacional registrado por la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

		<ul style="list-style-type: none"> - Concibe como sobrevaloración cuando un bien adjudicado tiene precio mayor al mercado privado nacional. - Incorporan como un caso de adquisición por excepción, las vacunas compradas en forma directa a la Oficina Panamericana de la Salud - OPS-. - Se modifica el Contrato Abierto, para que dos instituciones puedan solicitar el concurso, y la obligatoriedad del registro de los precios de referencia por parte de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. - Se agrega un artículo para tramitación del concurso de Contrato Abierto, lo que no contenía la Ley.
2011	Decreto 06-2011 (Reforma 2 artículos)	<p>Nuevamente se producen reformas adicionales al Contrato Abierto, consistentes en:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se adicionan nuevos insumos al tratamiento especial de adquisiciones que reciben los medicamentos, para lo que deberán utilizar el precio más bajo como criterio de calificación, siendo éstos: material médico quirúrgico, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes y productos sucedáneos de la leche materna. Lo que se utilizará también para los eventos de cotización, licitación pública, compra directa o cualquier mecanismo de adquisición. - Con esta reforma, la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debe verificar si se cuenta con el registro de precios en el mercado privado nacional, cuando no, debe crearlo. A diferencia de la anterior reforma que debía solicitarlo al Instituto Nacional de Estadística -INE-.
2015	Decreto 09-2015 (Reforma 35 artículos)	<p>Este grupo de reformas ha sido el más ambicioso, por su cantidad, redefinición de conceptos, trámites, temas institucionales, alcances, enfoques, entre otros. Pareciera pretender insertar una nueva ley dentro de otra. Aquí algunos temas relevantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vincula como sujetos obligados a organizaciones privadas lucrativas y no

		<p>lucrativas, que tengan como fuente total o parcial de ingresos recursos públicos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vincula al procedimiento las adquisiciones los préstamos internacionales. - Establece de forma general que toda junta de Cotización, Licitación o Calificación, deberá estar integrada por servidores públicos, sin considerar el caso de las entidades privadas. - Se demanda el INE elabore anticipada y ofrezca mensualmente los precios de referencia. - La autoridad superior podrá designar al funcionario que figurará como autoridad administrativa superior, en lugar de ser la inmediata inferior a la autoridad superior. -La rectoría del proceso de adquisiciones y contrataciones del Estado la tendrá la Dirección General de Adquisiciones del Estado, aún sobre las entidades autónomas y demás organismo del Estado. - Los funcionarios públicos responsables de los eventos deberán certificarse. - No se establece si la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones seguiría vigente. - Convierte en infuncional la figura del proveedor único. - Contempla la cotización para todo arrendamiento. - Deja sin procedimiento a la adquisición de inmuebles. - No considera adquisiciones por casos de emergencia, únicamente deja las emanadas de una declaratoria de estado de excepción - Prohíbe la posibilidad de celebrar contratos abiertos con proveedores únicos. - Castiga con consecuencias penales omitir actualizar las fianzas de cumplimiento. - Sustituye el Registro de Contratos de la Contraloría General de Cuentas. - Restringe las condiciones para que compita una empresa extranjera. - Presenta una confusa definición de fraccionamiento y de pacto colusorio.
--	--	---

2016	Decreto 46-2016 (Reforma 18 artículos)	<p>En una buena medida persiguen enmendar los errores que provocó el Decreto 09-2015, de lo que destaca:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Persigue aclarar lo relativo los préstamos internacionales. - Relativiza las atribuciones encomendadas al INE. - Regula y recompone nuevamente el tema de las autoridades competentes. - Busca facilitar el tema para integrar las Juntas de Licitación y Cotización. - Vuelve a regular el tema de medicamentos en el Contrato Abierto. - Regula de una manera más expedita el tema de los arrendamientos. - Legisla el tema de la compra de inmuebles. - Se regula nuevamente el caso de la prórroga contractual. - Añaden temas aclaratorios para viabilizar la Subasta Electrónica Inversa. - Disminuye el monto por infracciones a la Ley. - Incorpora la temática de las normas de transparencia COST. - Eleva el monto de la baja cuantía. - Fija una multa por la interposición de recursos administrativos frívolos.
------	---	--

Fuente: CIEN, elaboración propia.

Las citadas reformas, vistas en perspectiva, en muchos casos implicó modificar la ley en sentidos opuestos, una y otra vez, ello cuando las corrientes políticas o los prejuicios así lo aconsejaban, adelantos y retrocesos. Ello casi siempre en sacrificio de criterios técnico jurídicos y un soporte adecuado, para privilegiar coyunturas o intereses de proveedores. Ejemplos bastante ilustrativos son los atientes a la Enajenación de Bienes del Estado y sus Entidades Descentralizadas y Autónomas (Título IX) y los Contratos y Concesiones Sobre Servicios Públicos (Título X) ambos de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, la recurrencia más grande se la lleva la modalidad de adquisición por medio del Contrato Abierto, accionando y reaccionando, yendo y viniendo, dado siempre este mecanismo ha sido visto por los legisladores como vehículo responsable de elegir proveedores de medicamentos, para bien o para mal, sin que a la fecha se encuentre un solución viable. De allí se han venido incorporando temas tales como, la baja cuantía, la subasta electrónica inversa, elevar los montos de la baja cuantía y la compra directa, tratar de distintas maneras temas de medicamentos e infraestructura, incorporar el sistema de GUATECOMPRAS, tipificar delitos, añadir temas de transparencia, presupuestarios y anticorrupción, restringir las compras por excepción, ampliar los sujetos obligados, crear la Dirección General de

Adquisiciones del Estado y el Registro General de Adquisiciones Públicas y de manera constante replantear el papel del Instituto Nacional de Estadística (INE), por solo citar algunos ejemplos. En esa constante se aprecia una dinámica de ensayo y error, sin validación.

De igual forma, con base en disposiciones legales, se demanda crear una compleja institucionalidad pública en materia de adquisiciones, sin dotar de recursos financieros, materiales y económicos para implementarla, tal el caso de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, el Registro General de Adquisiciones Públicas y el creciente rol del INE.

De esa cuenta, en la actualidad se tiene una Ley de Contrataciones del Estado, que incluye de forma inconexa y desordenada, temas tan diversos, como:

- Objeto y ámbito de aplicación
- Autoridades responsables
- Disposiciones presupuestarias
- Regímenes de adquisición:
 - Suministros importados, licitación, cotización, contrato abierto, compra de baja cuantía, compra directa, contratación directa, adquisición con proveedor único, arrendamiento y compra de bienes inmuebles, medicamentos, subasta electrónica inversa y adquisición por entes especiales.
- Mecanismos de publicidad
- GUATECOMPRAS
- Comunicación y rendición de cuentas
- Precios e índices de referencia
- Instituto Nacional de Estadísticas –INE–
- Dirección General de Adquisiciones del Estado
- Registro General de Adquisiciones Públicas
- Régimen sancionatorio
- Casos de excepción
- Instrumento contractual, su prórroga y ampliación
- Recepción y liquidación de pagos
- Seguros y garantías
- Enajenación de bienes del Estado
- Concesión de servicios públicos
- Impugnaciones y recursos administrativos

Como se indicó, los temas enunciados en el párrafo anterior forman parte del contenido de la Ley de Contrataciones del Estado. Basta regulación que en muchos casos no debería de formar parte de ésta, por ser materia de otras leyes y especialidades. Lo que ha derivado en regulaciones jurídicas duplicadas, paralelas e incluso contradictorias. Véase especialmente la interrelación con el propio Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado, la Ley Orgánica del Presupuesto y su Reglamento, las distintas Leyes del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de diversos ejercicios fiscales, la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, por solo citar algunas, donde se abarca materia de adquisiciones públicas.

8. Temas relevantes

Conforme lo comentado anteriormente, se destacan los siguientes hallazgos, como de especial relevancia:

1. Según se apuntó, la Ley de Contrataciones del Estado aborda muy distintas materias bajo el mismo cuerpo normativo, trata aspectos tan dispares como disposiciones de planificación presupuestaria, transparencia, figuras delictivas y contratos tan disímiles como los de obra física, medicamentos, servicios técnicos y profesionales, concesiones de servicios públicos, etcétera. Formas de contratación, que sólo en casos excepcionales se presentan en capítulos separados por especialización, donde el desafío mayor resulta que comparten las mismas disposiciones generales o comunes, pese a que en muchos casos resultan incompatibles. Lo que en la práctica crea diversidad de criterios respecto del alcance de la normativa. Puede apreciarse en el siguiente cuadro, un ejemplo de lo que provoca la impropia y ligera utilización de terminología presupuestaria en materia de contrataciones, lo que culminó con una norma a nivel reglamentario que persigue desatar el entuerto provocado, véase:

<p>Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>ARTICULO 4.- Programación de negociaciones. Para la eficaz aplicación de la presente ley, las entidades públicas, antes del inicio del ejercicio fiscal, deberán programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo.</p>	<p>Comentarios:</p> <p>1. Conforme la Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>ARTICULO 4 Bis.- Sistema de información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.</p> <p>(...)</p> <p>Las programaciones de las adquisiciones públicas y sus modificaciones deberán publicarse en GUATECOMPRAS, pudiendo ser ajustados cuando sea necesario por la autoridad superior, mediante resolución debidamente justificada.</p> <p>(...)</p>
--	--

	<p>ARTÍCULO 15.- Dirección General de Adquisiciones del Estado. (...) Entre sus funciones se encuentra:</p> <p>(...)</p> <p>h. Requerir a todas las entidades del sector público, por medio del sistema GUATECOMPRAS, su programación anual de compras, para su optimización y elaboración de estadísticas y sus modificaciones;</p> <p>(...)</p> <p>2. Conforme el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>ARTÍCULO 2.- Definiciones. Para la correcta aplicación de lo dispuesto en la Ley y en este Reglamento, se entiende por:</p> <p>(...)</p> <p>o) Programación de Negociaciones. Se refiere a la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir y/o contratar las instituciones y entidades afectas a la Ley y este Reglamento durante el año fiscal para cumplir con los objetivos y resultados institucionales. Igual significado tendrán las acepciones 'Programa Anual de Compras', 'Plan Anual de Compras', 'Plan Anual de Compras y Contrataciones', 'Programación Anual de Compras', 'Programa Anual de Adquisiciones y Contrataciones Públicas' y 'Programa Anual de Adquisiciones Públicas'.</p> <p>ARTICULO 3. Programación de Negociaciones. En cumplimiento del artículo 4 de la Ley, los organismos o entidades del Estado y sus dependencias y las demás establecidas en el artículo 1 de la</p>
--	---

	<p>Ley, deben elaborar antes del inicio del ejercicio fiscal, la Programación de Negociaciones, la cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año fiscal siguiente para cumplir con los objetivos y resultados institucionales mediante resolución de la autoridad superior. (...)</p> <p>ARTICULO 14.- Requisición. Previo a dar inicio al proceso de contratación, la adquisición deberá estar incluida en el Programa Anual de Adquisiciones Públicas, (...)</p>
--	---

2. Del afán de las reformas del año 2015 a la Ley de Contrataciones del Estado, incluyeron dentro de sus regulaciones, entre otros, a entidades o empresas cuyo capital mayoritariamente estén conformados con aportaciones del Estado, Organizaciones No Gubernamentales y sin fines de lucro, entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, total o parcialmente recursos del Estado, fideicomisos y adquisiciones que se realicen con recursos de préstamos externos provenientes de operaciones de crédito público. Sin embargo, dichos legisladores no entraron en la disquisición de lo impracticable que podría resultar tratar de enmarcar la operatoria de figuras del derecho privado o internacional, frente esquemas muy propios del derecho administrativo. Tema que a la fecha han tratado de salvar a través de disposiciones reglamentarias o circulares conjuntas. Véase el siguiente cuadro la problemática concreta que comprende:

<p>Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>ARTICULO 1.- REFORMADO por el Art. 1 de DECRETO No. 9-2015 del CONGRESO DE LA REPUBLICA de fecha 17 de Noviembre de 2015, el cual queda así:</p> <p>Objeto de la ley y ámbito de aplicación. Esta Ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realicen:</p>	<p>Comentarios a la Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>1. La literal c) del artículo, establece que la presente Ley aplica a las entidades o empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital "mayoritariamente" esté conformado con aportaciones del Estado. De ello surgen los cuestionamientos siguientes: ¿Qué se debe de entender por "mayoritariamente"? ¿Al tener una minoría el Estado quedaría las adquisiciones fuera del alcance de la</p>
--	---

<p>(...)</p> <p>c) Las entidades o empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado;</p> <p>d) Las Organizaciones No Gubernamentales y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos. (...)</p> <p>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;</p> <p>f) Los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales;</p> <p>(...)</p> <p>El reglamento establecerá los procedimientos aplicables para el caso de las entidades incluidas en las literales d), e) y f).</p> <p>(...)</p>	<p>presente Ley? ¿A qué se refieren con capital y aportaciones del Estado?</p> <p>2. La amplitud de la literal d) puede involucrar muchos sujetos, tal como fundaciones, organizaciones no lucrativas, PYMES, cuotas de Organismos Regionales (ver art. 6 Decreto 22-2014), cooperativas y cualquier otra organización que reciba, administre o ejecute fondos públicos. Las mencionadas organizaciones, al recibir fondos públicos, independientemente la cantidad, deben utilizar la Ley, aunque por su naturaleza no le sea practicable mucha de la normativa concebida para entidades públicas. Aquí un ejemplo:</p> <p>Los artículos 10 y 11 de la Ley, establecen que las Juntas de cotización, licitación o calificación son los únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio. Cuyos integrantes deberán ser servidores públicos</p> <p>¿Qué sucederá cuándo entidades de naturaleza privada traten de celebrar un evento de adquisición e integrar una junta de licitación o cotización y carecen de servidores públicos?</p> <p>3. El inciso e) de la Ley, sujeta a cualquier entidad que reciba ingresos del Estado, aunque sea un mínimo monto. Ello también abre la posibilidad los proveedores del Estado, resulten obligados por recibir recursos de fuente pública. A su vez involucraría a quienes hacen uso de espacios públicos, proveedores de servicios de energía eléctrica, usufructuarios del espectro radioeléctrico, minas y canteras, parcelamientos agrícolas, etcétera.</p>
--	--

3. Adicional a ello, la Ley de Contrataciones del Estado de manera errática, en determinados pasajes faculta para que los recursos de préstamos externos provenientes de operaciones de crédito público o donaciones a favor del Estado, se rijan por sus propios procesos de adquisición, sin embargo en otras disposiciones de la misma ley establece que es complementaria. Una falta de celo y técnica legislativa que en la práctica ha repercutido en la baja ejecución de los préstamos. Véase aquí lo relativo a tal disposición:

<p>Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>ARTICULO 1.- REFORMADO por el Art. 1 de DECRETO No. 9-2015 del CONGRESO DE LA REPUBLICA de fecha 17 de Noviembre de 2015, el cual queda así:</p> <p>Objeto de la ley y ámbito de aplicación. Esta Ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realicen:</p> <p>(...)</p> <p>PARRAFO 3 Y 4 REFORMADOS por el Art. 1 de DECRETO No. 46-2016 de fecha 11 de Octubre de 2016, los cuales quedan así:</p> <p>En los procesos de adquisiciones que se realicen con recursos de préstamos externos provenientes de operaciones de crédito público o donaciones a favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades, se aplicarán las políticas y los procedimientos establecidos por los entes financieros o donantes considerándose estas disposiciones como norma especial. Se deberá aplicar de forma complementaria, las disposiciones contenidas en la presente Ley, siempre que éstas no afecten o contradigan las políticas y procedimientos de adquisiciones establecidos por los entes financieros o donantes. Si dichos entes</p>	<p>Comentarios a la Ley de Contrataciones del Estado:</p> <p>El penúltimo párrafo del artículo, establece que en todas las adquisiciones que se realicen con recursos de préstamos externos provenientes de operaciones de crédito público, se deberán aplicar de forma complementaria la Ley de Contrataciones del Estado, y cumplir con un proceso de concurso competitivo. De lo que surgen varias preguntas: ¿Dónde y cuándo se da esa complementariedad? ¿Qué es un concurso competitivo? ¿Qué sucede con las prácticas de “llave en mano” o listados cortos de oferentes, llenarán los requisitos de un “concurso competitivo”? ¿Qué sucedería con la contratación de consultores?</p>
---	--

<p>financieros o donantes no tienen regulación establecida para tal fin, se aplicará lo establecido en la presente Ley.</p> <p>En todas las adquisiciones que se realicen con recursos de préstamos externos provenientes de operaciones de crédito público, se deberá cumplir con un proceso de concurso competitivo, bajo responsabilidad del organismo ejecutor.</p> <p>En todos los casos, deberá utilizarse el sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado GUATECOMPRAS. En el caso de Obra física, debe respetarse y cumplirse todos los indicadores de divulgación de la Iniciativa de Transparencia en el Sector de la Construcción (COST por sus siglas en inglés).</p> <p>Las disposiciones contenidas en el párrafo anterior, serán aplicables, de igual forma, en los casos que exista contrapartida nacional en efectivo.</p>	
--	--

4. Con aspiraciones legislativas pretender que el Instituto Nacional de Estadística –INE-, al mantener y publicar mensualmente en GUATECOMPRAS aspectos tales como precios de referencia, promedio de los salarios e índices que requieran los procesos de adquisición pública, inclusive respecto bienes y servicios que aún no ha adquirido el Estado, se corrija el tema de sobreprecios, es iluso. Bajo un entendido práctico resulta inalcanzable. Es irreal concebir la existencia de catálogo de precios a futuro, frente la diversidad de productos, precios, calidades y características de los bienes, servicios, en un mercado complejo y dinámico. Atribuciones que le asignaron a dicha institución, inclusive sin un período de transición y sin dotarle recursos financieros extraordinarios para alcanzar tan ambicioso nivel, lo que originó se vieran obligados a reformar nuevamente la Ley y su Reglamento. Véase en la siguiente tabla, la utilización errática del término “precios”.

<p>ARTICULO 8.- REFORMADO por el Art. 3 de DECRETO No. 46-2016 de fecha 11 de Octubre de 2016, el cual queda así:</p> <p>'Precios e índices. El Instituto Nacional de Estadística -INE-, elaborará y publicará mensualmente en GUATECOMPRAS y en su página web, los precios de referencia o precios promedio, salarios e índices que se requieran en las modalidades de contrato abierto y subasta electrónica inversa.</p> <p>Las entidades sujetas a la presente Ley, quedan obligadas a proporcionar la información de precios de los bienes y servicios en la forma y frecuencia que el Instituto Nacional de Estadística -INE- les requiera.</p> <p>En el caso de bienes y suministros importados, el precio lo establecerá una comisión conformada por un representante del Instituto Nacional de Estadística -INE-, un representante de la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, y un representante de las entidades interesadas.</p> <p>La autoridad contratante deberá solicitar al Instituto Nacional de Estadística -INE-, los precios e índices necesarios para los procesos de contrato abierto y subasta electrónica inversa. El reglamento establecerá la forma y especificaciones en las que se deberán hacer estas solicitudes. El Instituto Nacional de Estadística -INE- debe publicar mensualmente en GUATECOMPRAS, en su página web y por los medios a su alcance, las notas metodológicas y procedimientos utilizados.</p>	<p>Comentarios:</p> <p>1. De conformidad con la Ley:</p> <p>ARTICULO 28.- CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE OFERTAS. (...) Para el caso de productos medicinales, material médico quirúrgico, dispositivos médicos, (...) que sean adquiridos a través de contrato abierto o subasta electrónica inversa, una vez calificado el cumplimiento de los requisitos que establece el Reglamento para el Control Sanitario de los Medicamentos y Productos Afines, en lo que se refiere a seguridad, eficacia y calidad, se utilizará el precio más bajo como criterio de calificación, siempre y cuando este precio no sea igual o superior al precio de referencia otorgado por el Instituto Nacional de Estadística -INE-.</p> <p>ARTICULO 33.- ADJUDICACIÓN. (...) En el caso del contrato abierto, no se llevará a cabo la adjudicación si el precio de la oferta es igual o superior a los precios de referencia que proporcione el Instituto Nacional de Estadística -INE-.</p> <p>En ningún caso se llevarán a cabo adjudicaciones, si existe sobrevaloración del suministro, bien o servicio ofertado. Para los efectos de esta Ley, sobrevaloración significa ofertar un producto, bien, servicio o suministro a un precio mayor al que los mismos tienen en el mercado privado nacional, tomando en cuenta las especificaciones técnicas y la marca del mismo.</p> <p>ARTICULO 46.- CONTRATO ABIERTO. (...) Las unidades ejecutoras, previo a emitir la orden de compra para adquisiciones por</p>
---	---

Las autoridades de conformidad a esta Ley, serán responsables que los precios e índices que se apliquen en las demás modalidades de adquisición pública correspondan a los precios de un mercado en condiciones de competencia. Las autoridades serán responsables de velar porque en el sistema GUATECOMPRAS se publiquen todos los documentos que sustenten los precios empleados en la adjudicación de concursos o empleados en modalidades no competitivas o de excepción.

El Instituto Nacional de Estadística -INE- deberá asesorar a las entidades sobre las metodologías estándar de cálculo de índices de precios y otros instrumentos técnicos propios de su especialidad y competencia.

En el marco de su mandato y competencia, la Contraloría General de Cuentas, deberá fiscalizar el cumplimiento de estas disposiciones.

contrato abierto, deben verificar los precios de referencia que publica el Instituto Nacional de Estadística -INE- y dejar constancia de dicha verificación para garantizar que en el mercado, los precios de los bienes a adquirir son iguales o mayores a los de contrato abierto.

ARTICULO 46 BIS.- PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PARA LA MODALIDAD DE CONTRATO ABIERTO. (...)

Una vez elaboradas las bases, se procederá de la siguiente forma:

(...)

f) **Registro:** El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, llevará un registro informático, mediante una base de datos, de los bienes, suministros o servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, que necesite el sector público y que sean requeridos en la modalidad de compra por contrato abierto. (...) contener, como mínimo, (...) precio y proveedor adjudicado (...) en cada uno de los concursos de oferta de precios que se lleven a cabo bajo esta modalidad. (...)

g) **Precios de referencia:** La Dirección General de Adquisiciones del Estado, una vez solicitado el concurso de contrato abierto y aportadas las especificaciones técnicas, deberá solicitar los precios de referencia al Instituto Nacional de Estadística -INE-, (...) Una vez recibidos estos precios, (...) publicará en GUATECOMPRAS los precios de referencia y los trasladará a la junta de calificación. Para aquellos renglones en los cuales el Instituto Nacional de Estadística -INE-, no cuente con un precio de referencia, en un

	<p>plazo no mayor a cinco (5) días, de conformidad con el artículo ocho de esta Ley, requerirá a las entidades solicitantes, a la Dirección General de Adquisiciones del Estado y a toda entidad que estime pertinente, información y datos que permitan determinar el precio de referencia. Una vez realizado este procedimiento, el Instituto Nacional de Estadística -INE- trasladará a la Dirección General de Adquisiciones del Estado estos precios de referencia.</p> <p>(...)</p> <p>La junta de calificación no llevará a cabo la adjudicación, si el precio de la oferta es igual o superior a los precios de referencia registrados por el Instituto Nacional de Estadística -INE-, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la presente Ley.</p> <p>(...)</p> <p>I) Prohibiciones: Las autoridades indicadas en el artículo 9 de esta Ley, no deberán autorizar el pago de adquisiciones hechas por otras modalidades de compra, si los precios son iguales o superiores a los que figuren en los listados de bienes y suministros adjudicados, en contrato abierto, así como la compra de productos de contrato abierto, si estos no se encuentran vigentes; (...)</p> <p>ARTICULO 54 Bis.- La subasta electrónica inversa (...) los postores habilitados pujan (...) con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso. (...)</p>
--	--

	<p>El precio de referencia techo lo proporcionará el Instituto Nacional de Estadística -INE-, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de esta Ley y su reglamento.</p> <p>(...)</p> <p>2. Reglamento de la Ley:</p> <p>ARTÍCULO 2. DEFINICIONES: Para la correcta aplicación de lo dispuesto en la Ley y en este Reglamento, se entiende por:</p> <p>(...)</p> <p>n. Precio de Referencia: Valor pecuniario en que se estima un bien, insumo, material o servicio y que sirve de límite superior en los procesos y procedimientos establecidos en la Ley. Igual significado tendrán las acepciones “Precio de Mercado Privado Nacional”, “Precio de Referencia Techo”, o “Precio Promedio”.</p> <p>ARTÍCULO 6. PRECIOS E ÍNDICES. Para los efectos de lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 de la Ley, los precios de referencia, precios promedio e índice de referencia corresponderán a los publicados y proporcionados mensualmente por el Instituto Nacional de Estadística, para las modalidades de Contrato Abierto y Subasta Electrónica Inversa.</p> <p>Asimismo, para las modalidades distintas a las referidas en el párrafo anterior, las entidades contratantes serán las responsables de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley.</p> <p>ARTÍCULO 7. SOLICITUD DE PRECIOS DE REFERENCIA. Los organismos del Estado, sus dependencias y las entidades mencionadas en el artículo 1 de la Ley,</p>
--	---

	<p>proporcionarán toda la información y apoyo técnico que el Instituto Nacional de Estadística les requiera para la elaboración de los precios de referencia, y procederán de acuerdo a lo siguiente:</p> <p>a. Los organismos, entidades y sus dependencias deberán realizar sus solicitudes de precios e índices de referencia para los eventos de Subasta Electrónica Inversa o Contrato Abierto, adjuntando sus fichas técnicas, conforme a los formatos que el Instituto Nacional de Estadística pondrá a disposición en su página WEB.</p> <p>(...)</p> <p>ARTÍCULO 81.- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Para la aplicación del último párrafo del artículo 8 de la Ley y segundo párrafo del artículo 41 transitorio del Decreto 9-2015, cuando el Instituto Nacional de Estadística -INE- no cuente con precios de referencia actualizados deberá en un plazo no mayor a cinco (5) días a partir de la solicitud, proveer a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, las notas metodológicas aplicables para que las entidades requirentes del contrato abierto, generen los precios de referencia para dichos procesos.</p>
--	--

5. Crean la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, como ente rector y centralizador de las adquisiciones públicas, la que tendrá, entre otros, capacidad de propuesta normativa, procedimental e interpretativa de la legislación vigente, certificar a los funcionarios o empleados públicos responsables de las adquisiciones, requerir programaciones anuales de compras, estandarizar los procesos de contrataciones de las entidades públicas, inhabilitar proveedores, etcétera. Extremo que deja serias dudas respecto si tales prerrogativas pueden subordinar jerárquicamente a los demás Organismos del Estado, entidades autónomas y municipalidades. Adicionalmente el esfuerzo centralizador todos los registros de precalificados en un solo ente, demanda de medidas administrativas profundas, capacidad instalada, recurso humano especializado y una amplitud significativa de presupuesto.

ARTICULO 15.- REFORMADO por el Art. 11 de DECRETO No. 9-2015 del CONGRESO DE LA REPUBLICA de fecha 17 de Noviembre de 2015, el cual queda así:

Dirección General de Adquisiciones del Estado. La Dirección General de Adquisiciones del Estado es el ente rector de las adquisiciones públicas, responsable de facilitar procesos, proponer o aprobar la normativa en el ámbito de su competencia. El objeto de la Dirección General de Adquisiciones del Estado 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 se encuentra:

- a. Ser el **órgano rector de las adquisiciones públicas y** del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado **GUATECOMPRAS**;
- b. Diseñar, administrar, normar e implementar políticas destinadas para el desarrollo de **GUATECOMPRAS**;

Comentarios generales:

De conformidad con la ley:

ARTICULO 16.- Recursos privativos de la Dirección General de Adquisiciones del Estado. El **régimen económico financiero para la Dirección General de Adquisiciones del Estado** está constituido con los siguientes recursos:

(...)

ARTICULO 33.- Adjudicación. (...)

En el caso del **contrato abierto**, no se llevará a cabo la **adjudicación** si el **precio** de la oferta es **igual o superior** a los precios de **mercado privado nacional** que tenga registrados la **Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**.

(...)

ARTICULO 46.- Contrato abierto. **Contrato abierto** es la modalidad de adquisición **coordinada** por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la **Dirección General de Adquisiciones del Estado**, (...)

<p>c. Establecer procedimientos para la adecuada aplicación de la legislación en materia de adquisiciones públicas;</p> <p>d. Coordinar la modalidad de compra por contrato abierto;</p> <p>e. Decidir el destino de los fondos privativos de la Dirección, para el fortalecimiento, desarrollo y modernización de los sistemas, procesos y procedimientos de adquisiciones públicas;</p> <p>f. Capacitar periódicamente a las entidades del sector público en materia de procedimientos para las adquisiciones públicas;</p> <p>g. Certificar a los funcionarios o empleados públicos responsables de las adquisiciones, en las entidades sujetas a la presente Ley;</p> <p>h. Requerir a todas las entidades del sector público, por medio del sistema GUATECOMPRAS, su programación anual de compras, para su optimización y elaboración de estadísticas y sus modificaciones;</p> <p>i. Estandarizar los procesos de contrataciones de las entidades públicas;</p> <p>j. Generar y mantener actualizadas estadísticas, las cuales serán de acceso público; y,</p> <p>k. Otras que establezca el reglamento, la ley y el despacho ministerial, en el ámbito de su competencia.</p>	<p>ARTICULO 46 BIS.- Procedimiento de contratación para la modalidad de contrato abierto. (...)</p> <p>a) Convocatoria: El proceso de contrato abierto se iniciará con la solicitud, por escrito, a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, (...)</p> <p>Para el caso de productos medicinales, (...) las bases del concurso y especificaciones técnicas serán elaboradas por las entidades requirentes, (...), en coordinación con la Dirección General de Adquisiciones del Estado, (...)</p> <p>3. Analizada la opinión jurídica, (...) trasladarán el expediente a la Dirección General de Adquisiciones del Estado.</p> <p>4. Una vez recibido el expediente, la Dirección General de Adquisiciones del Estado podrá aprobar o improbar las bases, (...)</p> <p>En el caso de no aprobación, (...) la Dirección General de Adquisiciones del Estado devolverá a las entidades requirentes el expediente (...)</p> <p>f) Registro: El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, llevará un registro informático, mediante una base de datos, de los bienes, (...) que sean requeridos en la modalidad de compra por contrato abierto. (...)</p> <p>g) Precios de referencia: La Dirección General de Adquisiciones del Estado, (...) deberá solicitar los precios de referencia al Instituto Nacional de Estadística -INE-, (...)</p>
---	---

	<p>Para cualquiera de los supuestos establecidos en los párrafos anteriores, el expediente documentado deberá ser trasladado a la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, para que aplique las sanciones (...)</p> <p>Los incumplimientos de calidad serán conocidos por la Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, (...) trasladará la sanción correspondiente a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, (...)</p> <p>k) Ejecución: Para la eficaz ejecución de los contratos abiertos (...) se integrará en forma coordinada una Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, (...) conocerá los casos de incumplimiento de calidad, (...) trasladará la sanción temporal a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, para las gestiones que correspondan, (...)</p> <p>2. Reglamento de la Ley:</p> <p>ARTICULO 3. Programación de Negociaciones.</p> <p>(...)</p> <p>La Dirección General de Adquisiciones del Estado establecerá los procedimientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar y presentar la Programación de Negociaciones.</p> <p>(...)</p> <p>ARTICULO 4.- Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En cumplimiento del Artículo 4 Bis y 54 de la Ley, la Dirección General de</p>
--	--

	<p>Adquisiciones del Estado deberá emitir y actualizar constantemente las normas de uso aplicables al Sistema de información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS, (...)</p> <p>ARTÍCULO 7. SOLICITUD DE PRECIOS DE REFERENCIA. (...)</p> <p>b. Para la modalidad de Contrato Abierto, la Dirección General de Adquisiciones del Estado deberá realizar la solicitud de precios de referencia, (...)</p> <p>ARTICULO 13.- Dirección General de Adquisiciones del Estado y Registro General de Adquisiciones del Estado. Para efectos de lo regulado en los artículos 15, 16 y del 71 al 79 de la Ley, el Ministerio de Finanzas Públicas definirá en su Reglamento Orgánico Interno, aquellas funciones adicionales a las reguladas en la Ley que deban desarrollar la Dirección General de Adquisiciones del Estado (...)</p> <p>La Dirección General de Adquisiciones del Estado deberá emitir la normativa aplicable a los fondos privativos (...)</p> <p>ARTICULO 25.- Procedimiento de Contratación para Entes y Sujetos regulados en las literales d), e) y f) del artículo 1 de la Ley. Los sujetos regulados en las literales d), e) y f) del Artículo 1 de la Ley deberán crear un Manual de Adquisiciones específico, siguiendo los lineamientos que establezca la Dirección General de Adquisiciones del Estado, (...)</p> <p>ARTICULO 33.- Administración del Módulo de Subasta Electrónica Inversa. La administración del módulo de Subasta Electrónica Inversa, será operado en el sistema GUATECOMPRAS por el Ministerio</p>
--	---

	<p>de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Contrataciones del Estado, (...)</p> <p>ARTÍCULO 78. PRECALIFICACIÓN DE PROVEEDORES PARA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA. El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, pondrá a disposición de las entidades afectas al cumplimiento de la Ley, un módulo informático para llevar a cabo procesos de precalificación de proveedores para la Subasta Electrónica Inversa.</p> <p>(...)</p>
--	--

6. Por otra parte, las severas limitaciones que se hicieron en el año 2015 a la Ley de Contrataciones del Estado, respecto los procesos de adquisición por excepción de bienes, suministros, obras y servicios necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, por medio de acuerdos tomados por los presidentes de cada organismo del Estado, dejó vulnerable al Estado para afrontar imprevistos y situaciones de emergencia, ya que ahora el único camino para adquirir de manera expedita es ligar la necesidad a la Ley de Orden Público, cuando hay situaciones urgentes que no están forzosamente vinculadas con dicha declaratoria.
7. Por el afán de convertir la Ley de Contrataciones del Estado en un instrumento para combatir la corrupción, hoy resulta adolecer de una serie de complejos, intrincados y muchas veces insalvables procedimientos, los que lejos de atraer nuevos participantes y por ende fomentar la competencia, reduce el número de oferentes a aquellos que se han especializado en salvar barreras burocráticas, llenar múltiples formas y acompañar un sinfín de actas, lo que impacta directamente en la calidad y precio de los bienes y servicios, especialmente al ser el Estado un pésimo pagador, lo que en el menor de los males incrementa el costo financiero para la adquisición de bienes y servicios.
8. Es falsa percepción que la corrupción se combate con modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, la que después de nueve reformas no se evidencia mejoría alguna, salvo casos dignos de mención como la transparencia que fomenta el portal de GUATECOMPRAS. Por el contrario, su dificultosa y contradictoria redacción y leyes asociadas al tema, ha propiciado el aumento de discrecionalidad.

9. Temas tan abiertos, ambiguos y subjetivos, naturalmente propician el aumento de la discrecionalidad por parte de los auditores gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas y su capacidad sancionadora, lo que primariamente ha provocado conductas de resistencia y pasividad por parte de los empleados y funcionarios públicos responsables de adjudicar eventos de adquisición, que se niegan a ser sancionados, ello en consecuencia redundando en una baja ejecución. Extremo que indudablemente se ha agravado por la indiscriminada utilización de denuncias penales en vez de agotar la vía administrativa. Y
10. Por último y quizá lo más importante, el Estado se ha tornado en inconsecuente frente a su misión de ofrecer bienes y servicios oportunos y de calidad a una población que demanda por ellos, en retribución por su sacrificio tributario. En términos prácticos y presupuestarios, el Estado se ha convertido en un creciente dispensador de gastos ordinarios en sacrificio de la inversión pública. Los recursos públicos los destina el Gobierno para sostener esencialmente una masa burocrática que en la mayoría de casos ha sido contratada y es sostenida por intereses o un botín político, en sacrificio del mérito y en menoscabo de una verdadera carrera en el servicio civil. ¿Cuánto impacto produciría hoy día un excelente sistema de adquisiciones aun cuando se cuenta con menos recursos para inversión, contra el aumento del gasto público destinado a pagar planillas y pactos colectivos?

9. Propuestas

Corto Plazo (1 año)

- 1) **Realizar un análisis técnico, completo e integral del contenido del articulado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.** Ejercicio que deberá partir de la comprensión y alcance de cada uno de sus artículos y su vinculación, frente al resto del texto normativo. Todo ello para tratar de determinar la intencionalidad de cada disposición, su redacción y su relación, complementariedad, vinculación y conexión con aquellas disposiciones que resulten afines, lo que incluye denotar inconsistencias, contradicciones y antinomias. Dicho trabajo deberá ser emprendido por un equipo multidisciplinario afín a la materia.
- 2) **Caracterizar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado los diferentes tipos de eventos de adquisiciones,** con el objetivo de determinar aquellas disposiciones y procedimientos que le son aplicables y lo que supletoriamente les resulte atinente conforme su naturaleza. En todo ello, haciendo esa distinción dentro de la parte general de la Ley y su Reglamento.

- 3) **Distinguir, conforme la naturaleza de cada uno de los sujetos obligados por la Ley de Contrataciones del Estado, sean estos de derecho privado o público, las disposiciones que les son aplicables.**
- 4) **Contrastar la Ley de Contrataciones del Estado frente demás leyes de contenido común y fijar un criterio interpretativo o de prevalencia entre éstas, con** vistas a resolver aquellos conflictos legales en el tiempo y el espacio que ha generado contar con tanta normativa dispersa y muchas veces contradictoria.

Mediano Plazo (4 años)

- 1) **Hacer un levantamiento de los procesos de contrataciones** en instituciones seleccionadas, para determinar el flujo de los distintos eventos, así diagnosticar y medir la eficiencia del sistema. A través del seguimiento de la ruta crítica de los expedientes, se podrá determinar todas aquellas acciones que detienen o demoran el desenvolvimiento de los eventos, para así empezar a generar las acciones correctivas y deshacer cuellos de botella.
- 2) **Discutir al nivel más especializado y participativo, los diversos problemas interpretativos que afronta la Ley de Contrataciones del Estado y leyes afines,** especialmente con la intervención de aquellas dependencias usuarias que demandan un mayor grado de ejecución en materia de adquisiciones, donde la Contraloría General de Cuentas deberá jugar un rol preponderante y de liderazgo para empezar a documentar los criterios más aceptados y uniformes.
- 3) **Solicitar a la Contraloría General de Cuentas, la identificación, recopilación y toda una compilación ordenada por temas de los principales hallazgos levantados** o las debilidades encontradas por sus equipos de auditores gubernamentales, en las distintas revisiones practicadas a los entes obligados. Ello para empezar a crear criterios preventivos basados en los casos de estudio.

Largo Plazo (Más de 4 años)

- 1) Con base en las evidencias que se encuentren en el levantamiento de procesos, se debe determinar el grado de **medidas correctivas y gerenciales que el sistema requiere para convertirse en ágil y expedito,** sin perder la transparencia y fomentar la arbitrariedad, lo que puede incluir la revisión de las disposiciones legales vigentes.
- 2) **Crear un sistema de adquisiciones públicas con énfasis gerencial,** que priorice una racionalidad del gasto público a nivel organizacional, que adecúe los medios disponibles a los fines y objetivos a alcanzar.
- 3) **Incorporar dentro de los objetivos estratégicos del Estado las adquisiciones,** pues la optimización de la gestión de compras, tiene una incidencia fundamental.

10. Bibliografía

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Ley de Contrataciones del Estado (Decreto número 57-92 del Congreso de la República).
3. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Acuerdo Gubernativo 122-2016).
4. Ley Orgánica del Presupuesto (Decreto número 101-97 del Congreso de la República).
5. Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto (Acuerdo Gubernativo 540-2013).
6. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Diecinueve (Decreto número 25-2018).
7. Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto número 114-97 del Congreso de la República).
8. Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadística (Decreto Ley número 3-85).
9. Ley Orgánica del Organismo Legislativo (Decreto número 63-94 del Congreso de la República).
10. Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas (Acuerdo Gubernativo 112-2018).
11. Normas para el uso del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -GUATECOMPRAS- (Resolución número 11-2010 del 22 de abril de 2010).
12. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas (Decreto número 31-2002 del Congreso de la República).
13. Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas (Acuerdo Gubernativo 308-2003).
14. Ley de Probidad y de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios Públicos (Decreto número 89-2002 del Congreso de la República).
15. Ley de Compras y Contrataciones (Decreto número 35-80 del Congreso de la República).
16. Circular conjunta del Ministerio de Finanzas Públicas y la Contraloría General de Cuentas, relativa la regulación de contención y otros lineamientos para modalidades específicas de baja cuantía y compra directa con oferta electrónica, de fecha 22 de marzo de 2018.
17. Oficio circular número 05-2018 de la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, relativa las entidades reguladas en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado y Proveedores del Estado, de fecha 15 de noviembre de 2018.
18. Robinson, Iván Ochsenius. Objetivos de las adquisiciones del Estado desde una panorámica internacional. ¿Por qué controlar las compras y qué causa su deficiente medición? Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Zaragoza, España, (2016).
19. Suplemento Mundo Económico, Prensa Libre, página 11 (publicación del 13 de febrero de 2019).



¡Marcando el rumbo!

20. Cobas, Eduardo, La corrupción en los procesos de adquisiciones públicas y reforma del Estado, Secretario Ejecutivo para la Reforma del Estado (CEPRE), 8th International Anti-Corruption Conference (IACC), (2012).
21. Malta, Joao N. Veiga, Gerente Regional de Adquisiciones para América Latina del Banco Mundial, (publicación del 11 de julio de 2017).
22. Quintana Sánchez, Eduardo, Adquisiciones Públicas: “¿Se requiere competencia en la compras del Estado?”, Revista de Derecho Thémis 41, número 41 (2000).