



# **EL MARCO NORMATIVO DE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

**Natalia A. Volosin**

**Programa ICT4GP  
Documento de Trabajo N° 14  
Buenos Aires, Octubre de 2012**

# **EL MARCO NORMATIVO DE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

**Natalia A. Volosin** \* \*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este Capítulo tiene como objetivo contribuir al análisis del estado de las compras públicas<sup>1</sup> en América Latina y el Caribe (en adelante, ALC) mediante el estudio del marco normativo que las regula. Para una mayor claridad expositiva, el Capítulo mantiene la misma metodología de análisis que los demás capítulos que componen la investigación. En consecuencia, comenzamos realizando un estudio sistemático de todos los países que integran la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (en adelante, RICG o Red) mediante una serie de indicadores (SECCIÓN II). Luego de dicho análisis, desarrollamos un estudio de casos, indicando las prácticas positivas y negativas más significativas de la región (SECCIÓN III). En el RESUMEN EJECUTIVO de este Capítulo, al que puede accederse por separado, se formula un diagnóstico general y se presenta una serie de recomendaciones.

Antes de comenzar con el análisis, cabe indicar que, como es obvio, esta investigación parte de algunos presupuestos normativos. Si bien por razones de espacio no es posible justificarlos aquí, sí vale la pena al menos mencionarlos y, en algunos casos, explicarlos. Básicamente, asumimos normativamente que la democracia es la

---

\* Abogada y consultora especializada en políticas anticorrupción, derecho y desarrollo y prevención del fraude y del lavado de dinero (Natalia Volosin & Asociados). LL.M. Yale Law School, 2009.

Agradezco especialmente a Guillermo Rosenwurcel y a Gabriel Bezchinsky por confiarme esta investigación, y a Lorena Drewes, Colin Hodge, Karen Hughes, Joel Merchant, Sharlene Jo-Ann Shillingford McKlmon y Justin L. Simon por su colaboración en la recopilación de normas de compras.

\* Este documento se finalizó de escribir en febrero de 2011, la demora en la publicación obedeció a razones ajenas a la autora.

<sup>1</sup> Excepto que se indique de otro modo, en adelante se utilizan como sinónimos los términos “compras”, “contrataciones” y “adquisiciones”.

mejor forma de gobierno y que el desarrollo económico es un valor y un objetivo deseable<sup>2</sup>.

Como veremos, las compras públicas aparecen como relevantes en dicho marco. Antes de detallar esta cuestión, caben algunas aclaraciones. Por un lado, es importante subrayar que aunque las presuposiciones normativas acerca del valor de la democracia y del desarrollo pueden ser ampliamente aceptadas, el marco mencionado soslaya una serie de desacuerdos valiosos que existen con respecto a estas cuestiones normativas. En efecto, aun si asumimos que podemos coincidir ampliamente en que el análisis de los sistemas de compras públicas es relevante a la luz del valor de la democracia y del desarrollo, ello no necesariamente significa que coincidiremos ampliamente también en las conclusiones de dicho análisis y en su valoración (incluso si el análisis se basa en el mismo material empírico). Esto es aun más importante si luego del análisis se presentan consideraciones prescriptivas (recomendaciones). Si bien es probable que coincidamos sobre algunos puntos fundamentales, habrá algunos aspectos de las conclusiones, de su valoración y de las recomendaciones que dependerán de nuestras concepciones de la democracia y del desarrollo, esto es, de las razones por las cuales consideramos que la democracia y el desarrollo son valiosos.

En consecuencia, aunque por razones de espacio no es posible ofrecer una explicación detallada, es necesario al menos *mencionar* brevemente las razones por las que consideramos valiosos a la democracia y al desarrollo. Obviamente, ello no obsta a que quienes estén interesados en la investigación puedan coincidir con el análisis y las recomendaciones por razones distintas (o bien discrepar) y, de hecho, creemos que buena parte del análisis puede ser aceptado por razones diversas, pero las aclaraciones son ineludibles para comprender el origen de algunas consideraciones que presentaremos<sup>3</sup>.

Por un lado, asumimos una concepción deliberativa de la democracia, para la cual el valor de esta forma de gobierno es epistémico. Según esta concepción, elaborada por Carlos Nino, “*el procedimiento de la discusión y decisión colectivas constituido por el*

---

<sup>2</sup> La consideración de la democracia y del desarrollo de manera independiente no pretende indicar ninguna concepción en particular ni ninguna valoración específica de las posibles vinculaciones entre ambas cuestiones (democracia sin desarrollo, desarrollo sin democracia, etc.).

<sup>3</sup> Para una justificación de la necesidad de exponer las concepciones normativas que subyacen a determinadas herramientas de reforma institucional promovidas fundamentalmente a nivel internacional, ver la noción de “ausencia de rendición de cuentas discursiva” (*discursive accountability*) en Natalia A. Volosin, “The irrelevance of the rule of law: deliberative democracy, law, and development”, abril 2009, mimeo, presentado en el Yale Law School Aspiring Scholars Symposium, 17-18 de abril de 2009.

*discurso moral (...) es el método **más confiable** de aproximación a la verdad moral*<sup>4</sup>. Si bien es posible que un individuo alcance la verdad moral a través de su propia reflexión, ello es altamente improbable, debido a que la reflexión individual carece de las condiciones de imparcialidad presentes en el discurso moral. En el discurso moral, si una decisión es alcanzada de manera unánime luego de un proceso de deliberación en el cual todos los que podrían ser afectados por la decisión han participado, expresado libremente y justificado sus intereses, entonces dicha decisión tiene más probabilidades de ser imparcial y, en consecuencia, moralmente correcta.

Para esta concepción, la democracia es el sucedáneo regimentado del discurso moral. La democracia reproduce, aunque de modo imperfecto, las mismas características del discurso moral, con los dos principales déficits de que en lugar de que todos puedan participar del proceso de decisión tenemos representantes, y de que en lugar de alcanzar decisiones unánimes usualmente alcanzamos decisiones mayoritarias debido a que las limitaciones de tiempo exigen una regla de votación. En consecuencia, la democracia es la única forma de gobierno legítima debido a que se acerca, más que ningún otro procedimiento de toma de decisiones, a la verdad moral.

Por otra parte, adoptamos una concepción del desarrollo amplia, superadora del mero crecimiento económico, basada en buena medida en la visión del desarrollo de Amartya Sen. En este sentido, concebimos al desarrollo como un proceso de expansión de las libertades (*capabilities*) reales de las que disfrutaban los individuos, entendiendo que dichas libertades no sólo pueden ser incrementadas por las políticas públicas, sino que, además, la orientación de las políticas públicas puede ser influenciada por el uso efectivo de las libertades de participación por parte de la ciudadanía<sup>5</sup>.

En el marco simple de valoración positiva de la democracia y del desarrollo, esto es, más allá de las concepciones que se adopten, los sistemas de compras públicas aparecen como relevantes por dos razones. En primer lugar, porque constituyen (o pueden constituir) una política pública vinculada al desarrollo. En efecto, dado que las adquisiciones del Estado tienen como objetivo la provisión de bienes, servicios y obras públicas para la comunidad, el proceso de compras públicas es fundamental para el desarrollo de los países y de las personas. Además, debido a que el Estado es un gran comprador, lo que éste haga o deje de hacer en el marco de sus adquisiciones puede

---

<sup>4</sup> Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa 1997, p. 165. El resaltado es del original (en itálica).

<sup>5</sup> Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, 2000.

tener un alto impacto en acciones concretas vinculadas al desarrollo. Sin perjuicio de la valoración que podamos realizar de cada acción puntual, o del contenido que se le asigne a cada una en función de distintas concepciones del desarrollo, podemos mencionar, entre otras: el impulso de la competencia, la promoción de la industria local, el incremento de la participación de PYMES en el mercado público, el incentivo de determinadas prácticas o condiciones laborales (por ejemplo, perspectiva de género, prevención del trabajo infantil, etc.), medioambientales, etc.

En segundo término, los sistemas de compras aparecen como relevantes debido a que pueden generar un incremento de las capacidades de control y rendición de cuentas, principios considerados fundamentales en los sistemas democráticos<sup>6</sup>.

Como consecuencia de estos presupuestos normativos, concebimos al sistema de adquisiciones como un proceso que debe permitir generar el mayor valor posible para los ciudadanos, es decir, proveer el mayor valor posible en bienes, servicios y obras para la mayor cantidad de ciudadanos posibles (no consideramos aquí cuestiones distributivas), al menor costo posible e involucrando a los propios interesados en el proceso, todo ello con el objetivo de extender las libertades reales de las que gozan las personas.

## **II. ANÁLISIS SISTEMÁTICO**

### **II.1. SISTEMA DE INDICADORES**

Esta sección tiene como objetivo estudiar de un modo sistemático el marco normativo de compras públicas de los 32 países que integran la RICG, a los efectos de proporcionarles a sus integrantes un panorama general de los aspectos fundamentales de sus sistemas de adquisiciones y del desarrollo que éstos presentan en la región. Como aspiración de máxima, se procura dar los primeros pasos tendientes a establecer un análisis sistemático y actualizable de los marcos normativos de compras que, eventualmente, forme parte de un Observatorio que le permita a los miembros de la Red “generar y difundir aprendizaje, discusión, intercambio de experiencias y de buenas prácticas en la materia”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ello sin perjuicio de que la rendición de cuentas (o algunas formas de rendición de cuentas) no parece fácilmente compatible (o demostrar que lo es requeriría de un esfuerzo considerable) con algunas concepciones de la democracia, como la elitista y la pluralista. El significado de estas clasificaciones se basa en Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit.

<sup>7</sup> Objetivos de la RICG según [extracto de su página de Internet](#).

Por razones de espacio, y debido también a que pretendemos formular un análisis accesible y funcional para los países de la Red, el estudio presenta una serie de restricciones. Básicamente, no es posible analizar en términos comparativos todas las disposiciones normativas de todos los países.

Ello por dos motivos. Primero, porque los marcos normativos de compras pueden adquirir una amplitud inabarcable dado que, en rigor, todas las disposiciones que un país quiera establecer para su sistema de compras pueden plasmarse en normas. Por lo tanto, no sería posible abarcar aquí el total del marco normativo para los 32 países de la Red. Segundo, porque la diversidad de regulaciones que pueden presentarse entre los países también es significativa.

En consecuencia, es necesario formular un recorte que nos permita concentrarnos en una serie de consideraciones fundamentales que, a la vez, resulten comparables entre los 32 países. A tal efecto, presentamos tres tipos de indicadores: **(a)** generales, **(b)** estructurales y **(c)** sustantivos. Los indicadores son analizados, respectivamente, en los ANEXOS A, B Y C.

Los **INDICADORES GENERALES** contienen, por un lado, tres primeras variables comparativas del sistema político y jurídico del país: **(a.1)** forma y sistema de gobierno; **(a.2)** forma de Estado; y **(a.3)** sistema jurídico. Consideramos que estas variables son indispensables para el análisis comparativo, pues los sistemas políticos y jurídicos tienen un fuerte impacto sobre la regulación de las adquisiciones en la región. En efecto, no es lo mismo regular las compras públicas en un país unitario que en un país federal; en un sistema parlamentario que en uno presidencialista; ni en un sistema jurídico del *common law* que en uno del *civil law*.

Por otra parte, presentamos cuatro variables más, por las cuales se analizan ciertas características fundamentales de la propia legislación: **(a.4)** autonomía de la norma<sup>8</sup>; **(a.5)** jerarquía de la norma legal y reglamentaria<sup>9</sup>; **(a.6)** fecha de la norma vigente y de la última reforma; y **(a.7)** propuesta concreta de reforma<sup>10</sup>. En este caso, procuramos conocer el tipo de instrumentos normativos que se utilizan para regular las

---

<sup>8</sup> Por “autonomía” nos referimos a que se trate de una norma específica para regular las compras públicas, en lugar de un capítulo dentro de una norma general de regulación de las finanzas públicas.

<sup>9</sup> El análisis sólo se concentra en las disposiciones de la legislación principal (norma legal y reglamentaria), no incluyendo normas inferiores (manuales, guías, etc.).

<sup>10</sup> Se analiza si el Gobierno realizó una propuesta concreta de reforma a la norma legal. No se incluyen, pues, propuestas de reforma realizadas por otros actores (por ejemplo, legisladores), ni propuestas de reforma de las normas reglamentarias.

adquisiciones en la región, así como la ubicación temporal de las normas vigentes y de las olas de reforma.

Los **INDICADORES ESTRUCTURALES** contienen cinco primeras variables referidas al alcance y ámbito de aplicación de la normativa, y tres variables más, referidas al marco institucional: **(b.1)** ámbito de aplicación; **(b.2)** organismos excluidos; **(b.3.)** alcance por tipo de adquisiciones<sup>11</sup>; **(b.4)** contratos comprendidos; **(b.5)** contratos excluidos<sup>12</sup>; **(b.6)** único órgano rector; **(b.7.)** organización del sistema; y **(b.8.)** registro de contratistas.

Los **INDICADORES SUSTANTIVOS** contienen diez variables indicativas de los aspectos que consideramos fundamentales para terminar de adquirir un panorama general de la regulación de las compras en la región: **(c.1.)** procedimientos de selección<sup>13</sup>; **(c.2.)** uso de procesos competitivos como regla general<sup>14</sup>; **(c.3.)** excepciones a uso de proceso competitivo<sup>15</sup>; **(c.4.)** publicidad de convocatoria e invitación como regla<sup>16</sup>; **(c.5.)** criterios de evaluación<sup>17</sup>; **(c.6.)** publicidad de adjudicación como regla<sup>18</sup>; **(c.7.)** regula mecanismo de impugnaciones; **(c.8.)** regula sistema electrónico; **(c.9.)** regula procesos novedosos; y **(c.10.)** regula compras sustentables.

Finalmente, cabe formular algunas aclaraciones con respecto al alcance del sistema de indicadores. Primero, debe tenerse presente que excluimos expresamente indicadores vinculados al control del proceso de compras, pues la investigación general presenta un Capítulo específico sobre Transparencia y Anticorrupción.

Segundo, es importante considerar que, en esta SECCIÓN, los indicadores no se presentan en términos prescriptivos, sino meramente descriptivos. Lo que se pretende es simplemente mostrar el cuadro de situación de los marcos normativos de compras en la

---

<sup>11</sup> En los casos en que el país regula por separado la obra pública, el análisis del sistema de indicadores sólo se concentra en la regulación de bienes y servicios.

<sup>12</sup> No se incluyen las disposiciones referidas a la disposición y administración de los bienes del Estado (excepto las concesiones de derechos, recursos naturales, obra pública y servicios públicos).

<sup>13</sup> Para los casos en que se incluyen procedimientos novedosos de selección (convenios marco, subasta inversa, etc.), éstos no son incluidos en este indicador, sino en el indicador correspondiente a la variable de procesos novedosos.

<sup>14</sup> Consideramos procesos competitivos sólo a las licitaciones públicas y, para la adquisición de bienes y servicios estandarizados, también a los convenios marco y la subasta inversa.

<sup>15</sup> Por razones de espacio, no se comparan los umbrales que utilizan los países para justificar las excepciones al uso de procesos competitivos, ni el contenido de las excepciones específicas que establecen.

<sup>16</sup> No se realizan distinciones por el medio de publicidad (cartelera, publicaciones en medios de comunicación, divulgaciones por Internet, etc.).

<sup>17</sup> No se incluye el análisis de márgenes de preferencia ni de prioridades (por ejemplo, a PyMES, producción nacional, etc.), ni tampoco los criterios referidos a las condiciones habilitantes o de precalificación.

<sup>18</sup> No se realizan distinciones por el medio de publicidad (cartelera, publicaciones en medios de comunicación, divulgaciones por Internet, etc.).

región. Al realizar el estudio de casos (SECCIÓN III) sí analizaremos de modo prescriptivo las prácticas que consideramos positivas y negativas.

Tercero, cabe destacar que los indicadores no expresan el grado de cumplimiento real de las disposiciones normativas. Así, por ejemplo, puede que el grado de excepcionalidad al uso de procesos competitivos de adquisiciones sea normativamente bajo, pero que ello no se respete efectivamente y que, en consecuencia, los procedimientos se realicen mayoritariamente por contratación directa; o que la normativa prevea la existencia de un único órgano rector, pero que en la práctica éste no tenga los recursos, la independencia o el apoyo político suficiente para operar de manera efectiva. Sin embargo, sería francamente imposible analizar el grado de *enforcement* o cumplimiento real de las normas en todos los países. De todos modos, a esos efectos pueden consultarse los *Compliance/Performance Indicators* (CPIs) de los *Country Procurement Assessment Reports* (Análisis del Sistema de Contratación Pública del País) que se encuentran disponibles para algunos países, y esperar a que se presenten dichos informes para los países que aún no los han realizado<sup>19</sup>.

Cuarto, es fundamental considerar que el sistema de indicadores que presentamos no sólo es limitado por la cantidad de variables que no cubre, sino también por la profundidad con la que se analizan las variables que sí incluye. Como es obvio, por cada ítem incluido podría realizarse un análisis comparativo en sí mismo, que el alcance de este capítulo no permite formular. Sin embargo, el cuadro de situación que se presenta bien puede constituir un primer paso en este sentido. La propuesta, pues, es utilizar este análisis para que luego la RICG y/u otras organizaciones puedan comenzar a realizar estudios comparativos de distintos ítems puntuales como, por ejemplo, publicidad, pliegos, tipos de contratación, órganos rectores, sistemas de registro, etc., e incluso de variables no alcanzadas por este análisis, tales como plazos, planificación de compras, sistema de sanciones, nulidades, etc.

## **II.2. ANÁLISIS**

### **A) INDICADORES GENERALES**

Las primeras tres variables -(a.1) forma y sistema de gobierno, (a.2) forma de Estado y (a.3) sistema jurídico- sólo serán utilizadas para extraer algunas conclusiones generales

---

<sup>19</sup> Ver OCDE, [“Methodology for assessing procurement systems \(MAPS\)”](#), Febrero de 2010. Los BLIs son indicadores de base que cubren las características formales y funcionales del sistema existente, mientras que los CPIs son indicadores de cumplimiento que analizan la medida en la que el sistema real satisface los requerimientos del sistema formal.



de los demás indicadores. A continuación se formula un análisis comparativo de las características fundamentales de las legislaciones de compras (tipo de instrumentos normativos, ubicación temporal y olas de reforma).

#### **(a.4) Autonomía de la norma**

La autonomía de la norma, esto es, si el país cuenta con una norma específica para regular las compras públicas o si, en cambio, sólo las incluye como un capítulo o apartado de una norma general de administración financiera, es un indicador fundamental del grado de desarrollo del sistema de compras.

En términos generales, la regulación de las compras dentro de una norma general de administración financiera indica que el país aún concibe a las adquisiciones como una actividad meramente administrativa, sometida a los controles propios de las finanzas públicas, en lugar de entenderlas como un ámbito estratégico para el desarrollo y para el fortalecimiento de los controles democráticos.

Como consecuencia de ello, las disposiciones sobre compras suelen ser bastante acotadas, limitándose a asignar competencias para contratar y controlar, soslayando los aspectos esenciales del sistema de compras (procedimientos, criterios de selección, publicidad, transparencia, impugnaciones, sanciones, etc.) y, en general, impidiendo el desarrollo del sistema hacia procesos y prácticas modernas (sistema electrónico, procesos novedosos, regulación de compras sustentables, etc.).

En la región, la situación de este indicador es relativamente positiva. De los 32 países analizados, 10 (31,2%) carecen de una norma autónoma: Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Dominica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Uruguay. En cuanto a las consecuencias de la falta de autonomía de la norma, si se observan todos los demás indicadores puede apreciarse que, excepto por Bolivia y Uruguay, todos los demás países tienden a presentar sistemas de compras limitados y obsoletos.

Si bien no es posible establecer con seguridad por qué Bolivia y Uruguay tienen sistemas relativamente avanzados a pesar de carecer de regulaciones autónomas, pueden considerarse, tentativamente, otros dos indicadores que los diferencian de los demás países en cuestión, a saber: (a) los dos tienen sistemas jurídicos de *civil law* (también lo tiene Suriname, pero proveniente del sistema holandés) en lugar de *common law*; y (b) los dos tienen sistemas presidencialistas en lugar de parlamentarios. Por último, las fechas de la norma original y de la última reforma también podrían incidir en el

desarrollo de los sistemas de Bolivia y Uruguay en comparación con los demás países que carecen de regulaciones autónomas, pues sus normas han sido modificadas muy recientemente (2009 y 2010, respectivamente).

#### **(a.5) Jerarquía de la norma legal y reglamentaria**

La jerarquía de las normas aplicables, que incluye tanto la jerarquía de la “norma legal” (norma con rango material de ley) como la de su norma reglamentaria, también constituye un indicador significativo.

Con respecto a la “norma legal”, evidentemente no es lo mismo regular las compras públicas por una ley formal del órgano legislativo que por una norma dictada por el órgano ejecutivo, aun si se trata de un funcionario electo. La regulación del sistema de compras a través de una ley formal no sólo tiene las ventajas democráticas obvias que, sin perjuicio de su contenido, tiene cualquier norma sancionada por el órgano deliberativo frente a la dictada por un solo individuo<sup>20</sup>. Además, una ley formal tiende a adquirir mayor estabilidad, dado que no puede ser reformada discrecionalmente por la simple voluntad de un gobernante. Y, considerando que las compras públicas constituyen una actividad del Estado altamente vulnerable a la corrupción, ello es bastante significativo.

Algo similar ocurre con la norma reglamentaria, pues la reglamentación por parte de un ministro designado políticamente tiene un mayor déficit democrático y un menor grado de *accountability* que una reglamentación dictada por un funcionario electo como el Presidente.

Para analizar la situación de este indicador, debemos distinguir lo que ocurre con la “norma legal”, por un lado, y con la norma reglamentaria por el otro. Pero previo a ello es necesario destacar los casos excepcionales de Brasil, Ecuador, Guyana y Honduras, que regulan sus sistemas de compras a través de una norma de jerarquía aun mayor que una ley formal: la Constitución. Si bien se trata obviamente de disposiciones parciales, la regulación constitucional de las compras públicas es un hecho claramente significativo. Guyana utiliza la Constitución para crear una Comisión Especial Parlamentaria de control. Brasil y Honduras lo hacen para establecer el uso de procesos competitivos como regla general en todas las contrataciones. Por último, Ecuador establece constitucionalmente criterios generales con los que deben cumplir todas las

---

<sup>20</sup> Ver, al respecto, Carlos S. Nino, *op.cit.*

compras públicas y, además, establece un estándar de preferencia para los productos nacionales, con especial énfasis en lo que denomina “economía popular y solidaria”, así como en las micro, pequeñas y medianas empresas.

Con respecto a la norma legal, la región presenta un cuadro claramente positivo. De los 32 países, prácticamente todos (29) regulan las compras públicas por una ley formal emitida por el órgano legislativo. Las 3 excepciones las constituyen Argentina, Perú y Venezuela, que legislan sus sistemas de adquisiciones mediante decretos delegados, esto es, normas legislativas dictadas unilateralmente por el Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el órgano legislativo. De todos modos, el caso de Venezuela es distinto, debido a que el decreto presidencial fue reformado por ley en dos ocasiones y, en consecuencia, convertido en ley.

Notoriamente, estos tres países tienen sistemas presidencialistas, aunque otros países de la región que poseen sistemas presidencialistas y cuyas constituciones también prevén el dictado de decretos delegados (por ejemplo, Brasil<sup>21</sup>) regulan las compras públicas mediante una ley formal.

En cuanto a la norma reglamentaria, la situación está claramente dividida entre los países del *civil law* y los del *common law*. De los 32 países, los 20 que tienen sistemas de *civil law* reglamentan sus normas legales a través de decretos dictados por el Presidente, mientras que los países con sistemas de *common law* lo hacen a través de normas financieras o reglamentos dictados por los Ministros de Finanzas<sup>22</sup>. La única excepción en el *common law* la constituye Trinidad y Tobago, cuya ley es reglamentada por el Presidente.

#### **(a.6) y (a.7) Fecha de la norma vigente, fecha de la última reforma y propuesta de reforma concreta**

El análisis comparativo de la fecha original en que fue sancionada la legislación de compras vigente y su última reforma es interesante pues nos permite tener una idea general de las diversas olas de reforma que se han ido presentando en la región.

Al respecto, se observa que, de los 32 países, 16 (50%) tienen en vigencia una norma legal originalmente dictada desde el año 2000 en adelante<sup>23</sup>. Del 50% restante, 10 países

---

<sup>21</sup> Ver [art. 68 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil](#).

<sup>22</sup> Cabe notar que Antigua y Barbuda no ha reglamentado su ley de compras, aunque la competencia para hacerlo es asignada al MOF.

<sup>23</sup> Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guyana, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas y Venezuela.

dictaron su norma legal vigente durante la década de los 90'<sup>24</sup>, y 6 lo hicieron entre los años 50' y 80'<sup>25</sup>. Es decir que la gran mayoría de los países (26) reformó por completo su norma legal durante la década de los 90', o bien durante la última década, y sólo 6 países mantuvieron sus antiguas normas.

Cuando se analizan las reformas parciales que sufrieron dichas normas originales, esto es, la fecha de la última reforma, se confirma aun más la existencia de una fuerte ola de reformas ocurrida desde el año 2000 en adelante. En efecto, 27 de los 32 países reformaron parcialmente su norma vigente luego del año 2000 (o mantuvieron una reforma realizada en el mismo período); 4 lo hicieron durante la década del 90'<sup>26</sup>; y sólo 1 país reformó su norma legal por última vez en el período de los años 50' a 80' (Suriname, en 1969). Es decir que, de los 16 países cuyas normas originales fueron dictadas antes del año 2000, sólo 5 no participaron de la ola de reformas iniciada luego de ese año.

Finalmente, si se analiza la existencia de propuestas concretas de reforma, los 5 países mencionados se reducen a 3 (Bolivia, San Kitts y Nevis y Suriname), dado que los gobiernos de Bahamas y Dominica presentaron nuevos proyectos de ley luego del año 2000. El análisis de las propuestas de reforma muestra, además, que las reformas de los sistemas de compras de la región ocurren cada vez con mayor frecuencia, fundamentalmente durante la última década, lo cual podría ser indicativo de los rápidos cambios que se presentan en la materia. En este sentido, 12 de los 32 países (37%) han propuesto nuevas reformas<sup>27</sup>, y 9 de esos 12 países<sup>28</sup> están proponiendo reformas a leyes que en promedio fueron dictadas sólo 3 años antes.

Para concluir, podemos decir que: **(a)** el 50% de los países analizados dictó una norma de compras completamente nueva desde el año 2000 en adelante; **(b)** más del 84% reformó parcialmente su norma vigente en el mismo período; **(c)** si se agregan los países que han propuesto reformas aún no aprobadas, más del 90% de los países tendría normas de compras parcial o totalmente dictadas en la última década; y **(d)** las reformas se producen cada vez con mayor frecuencia. La situación de la región es, pues,

---

<sup>24</sup> Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Guatemala, San Kitts y Nevis y Santa Lucía.

<sup>25</sup> Bahamas, Barbados, Jamaica, Suriname, Trinidad y Tobago y Uruguay. Los dos países con normas originales vigentes más antiguas son Jamaica (1959) y Suriname (1952).

<sup>26</sup> Bahamas, Bolivia, Dominica y San Kitts y Nevis.

<sup>27</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Brasil, Dominica, Ecuador, Grenada, Panamá, Santa Lucía, San Vicente, Trinidad y Tobago y Uruguay.

<sup>28</sup> Los mencionados en la nota anterior, excepto Bahamas, Brasil y Dominica.

claramente positiva, observándose una amplia tendencia hacia el desarrollo de normas de compras modernas.

## **B) INDICADORES ESTRUCTURALES**

### **(b.1) y (b.2) Ámbito de aplicación y organismos excluidos**

El ámbito de aplicación de la norma es seguramente el indicador más relevante de todos. Ello por dos motivos interrelacionados.

Primero, porque si el ámbito de aplicación es reducido, poco importa lo inclusiva que pueda ser la legislación en sus regulaciones sustantivas. El país contará con una excelente ley sólo aplicable a unos pocos organismos.

Segundo, porque aun si las regulaciones especiales que rigen a los organismos no comprendidos son sustantivamente razonables, de todos modos se verán afectados los dos principios fundamentales del sistema de compras: la transparencia y la concurrencia. Ello por cuanto la dispersión de normas aplicables a distintas entidades dificulta el acceso de los posibles oferentes (que deben aprender a lidiar con distintos regímenes, incrementándose así sus costos de transacción) y, por su naturaleza de sistemas especiales (de excepción), incrementa la discrecionalidad de los funcionarios.

En la región, la situación de este indicador es la siguiente. De los 32 países, sólo 4 no regulan el ámbito de aplicación de la norma y, por lo tanto, se encuentran en una posición negativa: Bahamas, Barbados, Dominica y Santa Lucía. A estos países deben agregarse 3 países más que, si bien regulan el ámbito de aplicación, lo hacen a través de una única cláusula cuya vaguedad es tan significativa que los acerca a una posición de ausencia total de regulación: Grenada, Guyana y San Vicente y las Granadinas. Es decir que el 21,8% de los países no regula la cuestión.

Como se ve, todos los países cuya normativa no regula el ámbito de aplicación o lo regula con demasiada vaguedad pertenecen a la región del Caribe, aunque debe destacarse que los otros seis países del Caribe (Belize, Haití, Jamaica, San Kitts y Nevis, Suriname y Trinidad y Tobago) sí regulan expresamente el ámbito de aplicación de sus normas de compras.

Para analizar los 24 países restantes, a continuación se mencionan diez categorías de organismos, indicando para cada una la cantidad de países que la incluyen en el ámbito

de aplicación de sus normas y, de corresponder, la cantidad de países que la excluyen expresamente<sup>29</sup>.

- 1. Administración central (ministerios, departamentos y agencias):** todos<sup>30</sup>.
- 2. Gobiernos provinciales/estatales/locales:** 20 países<sup>31</sup>.
- 3. Poderes Legislativo y Judicial:** 15 países<sup>32</sup>.
- 4. Organismos públicos creados por ley o independientes (Contralorías, Banco Central, Superintendencias, Universidades, etc.):** 22 países<sup>33</sup>. Nótese que Argentina, Barbados y México los excluyen expresamente.
- 5. Empresas públicas o empresas mixtas con participación estatal mayoritaria:** 20 países<sup>34</sup>. Nótese que las excluyen expresamente: Argentina,

<sup>29</sup> Cabe notar que sólo se considera que la categoría se encuentra incluida si la norma la menciona expresamente. En algunos casos, es posible que la norma sea igualmente aplicable a un organismo aunque no se encuentre expresamente mencionado en la legislación por quedar comprendido en una categoría distinta.

<sup>30</sup> En Bolivia, excepto el Ministerio de Defensa Legal del Estado para la contratación de abogados. En Jamaica, excepto las adquisiciones de la agencia fiscal.

<sup>31</sup> Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico (sólo cuando utilicen fondos federales y no aplicable a recursos federales condicionados a cumplimiento de objetivos específicos), Nicaragua (sólo regiones, no municipios), Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay (sólo gobiernos departamentales) y Venezuela. Se destaca que, de los países federales (5), sólo Argentina y San Kitts y Nevis no incluyen a los gobiernos estatales y municipales.

<sup>32</sup> Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador (refiere a los poderes del Estado), El Salvador (refiere a los poderes del Estado), Guatemala (refiere a los poderes del Estado), Haití (refiere a los poderes del Estado), Honduras (sólo para actividades administrativas), Nicaragua (sólo para actividades administrativas), Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Además de estos 15 países, los siguientes 5 países de habla inglesa refieren a los órganos del *Government*, lo que podría indicar que incluyen a los poderes Legislativo y Judicial: Antigua y Barbuda, Belice, Jamaica, Suriname y Trinidad y Tobago.

<sup>33</sup> Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica (salvo que utilicen fondos autogenerados), Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua (sólo para actividades administrativas), Panamá (excepto la Caja de Seguro Social), Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname (excepto agencia de telecomunicaciones y autoridad de caminos), Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>34</sup> Antigua y Barbuda (sólo compañías de responsabilidad limitada con participación estatal mayoritaria), Belice, Bolivia (excepto Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos para la contratación de abogados, peritos, árbitros y actividades de la cadena hidrocarburífera), Brasil, Colombia (excepto que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional, o que desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, y excepto las que prestan el servicio de telecomunicaciones, los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal y las empresas públicas del sector defensa), Costa Rica (excepto que el capital social pertenezca en su mayoría a particulares), Ecuador (excepto instituciones del sistema financiero y de seguros del Estado y excepto para actividades específicas en sectores estratégicos), El Salvador, Guatemala (excepto entidades mixtas que reciban y/o administren fondos públicos), Haití, Jamaica, México (excepto actividades sustantivas de carácter productivo que realice Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios), Nicaragua (excepto que estén en situación de competencia, en cuyo caso la ley no se aplica al giro ordinario y contratos conexos), Panamá (sólo para sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria), Paraguay, Perú (pero Agencia de la Promoción de la Inversión Privada puede exceptuar de aplicación de la ley a la inversión privada en empresas del Estado, y a las asociaciones público-privadas

Barbados, Chile, Guyana (permite exceptuarlas) y Uruguay (la ley se aplica si sus leyes orgánicas no prevén expresamente regímenes especiales).

**6. Personas jurídicas públicas o con participación estatal mayoritaria:** 9 países<sup>35</sup>.

**7. Personas jurídicas públicas o privadas que reciban o utilicen fondos públicos:** 9 países<sup>36</sup>. Nótese que Guatemala las excluye expresamente<sup>37</sup>.

**8. Asociaciones público-privadas sin límite de participación estatal mayoritaria:** 2 países<sup>38</sup>.

**9. Fondos especiales y fondos fiduciarios:** 4 países<sup>39</sup>. Nótese que los excluyen expresamente Argentina y Guatemala<sup>40</sup>.

**10. Fuerzas armadas y policiales:** 3 países<sup>41</sup>.

Del análisis de estas categorías puede colegirse que<sup>42</sup>, más allá de la obvia aplicación de la norma a la administración central, los países de la región coinciden ampliamente en incluir a los organismos públicos creados por ley o independientes (91,6%), a los gobiernos provinciales, estatales o locales (83,3%) y a las empresas públicas o empresas mixtas con participación estatal mayoritaria (83,3%).

En un menor nivel de acuerdo queda la aplicación a los poderes Legislativo y Judicial (casi 62,5%).

---

para la generación de empleo productivo), República Dominicana, Suriname (excepto empresa petrolera estatal, empresa pública de agua y empresa pública de energía), Trinidad y Tobago (no las incluye expresamente, pero debido a que excluye expresamente a empresa pública de desarrollo de exportaciones, asumo que como regla general sí incluye a las empresas públicas) y Venezuela.

<sup>35</sup> Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Haití, Nicaragua, Suriname, Uruguay y Venezuela.

<sup>36</sup> Costa Rica (incluye personas físicas), Ecuador (para corporaciones, fundaciones y sociedades civiles, siempre que utilicen recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del contrato), El Salvador, Haití, Honduras (sólo para organismos estatales), Nicaragua (sólo para universidades privadas), Panamá (incluye donaciones del Estado o de Estados extranjeros u organismos internacionales con fines públicos), República Dominicana y Venezuela (sólo para organizaciones comunitarias de base).

<sup>37</sup> Sí les son aplicables, de todos modos, las disposiciones referidas a publicidad, controles y contratación directa.

<sup>38</sup> El Salvador y Haití (sólo para empresas mixtas con participación estatal minoritaria cuando se beneficien de la asistencia financiera o de garantías estatales).

<sup>39</sup> Brasil (sólo fondos especiales), Colombia (incluye encargos fiduciarios y fiducia pública en el indicador de “contratos comprendidos”), Méjico (sólo cuando el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal) y Perú (incluye, en general, proyectos, programas y fondos).

<sup>40</sup> En el caso de Guatemala sí les son aplicables, de todos modos, las disposiciones referidas a publicidad, controles y contratación directa.

<sup>41</sup> Bolivia, Chile y Perú.

<sup>42</sup> Los porcentajes se obtienen sobre el cálculo de los 24 países que regulan expresamente el ámbito de aplicación de la normativa.

En un nivel minoritario aparece la aplicación a las personas jurídicas públicas o con participación estatal mayoritaria (37,5%) y a las personas jurídicas públicas o privadas que reciban o utilicen fondos públicos (37,5%).

Y, por último, es claramente excepcional la aplicación a los fondos especiales y fondos fiduciarios (16,6%), a las fuerzas armadas y policiales (12,5%) y a las asociaciones público-privadas sin límite de participación estatal mayoritaria (8,33%).

Con respecto a los organismos expresamente excluidos por la legislación, se destaca que:

(a) de las 4 categorías que presentan exclusiones, Argentina integra 3, mientras que Guatemala y Barbados integran 2; y

(b) de los 20 países que incluyen a las empresas públicas o empresas mixtas con participación estatal mayoritaria, 3 disponen excepciones para sus empresas petroleras (Bolivia, Méjico y Suriname) y 2 para las empresas que se encuentren en situación de competencia (Colombia y Nicaragua).

### **(b.3) Alcance por tipo de adquisiciones**

La dispersión de normas a la que se hizo referencia en el acápite anterior puede presentarse no ya con respecto a los organismos incluidos en el ámbito de aplicación, sino al tipo de adquisiciones y contratos alcanzados.

Si la legislación sólo se aplica a la adquisición de bienes y servicios, pero no a la obra pública, pueden presentarse serios déficits para los principios de transparencia y de concurrencia. Ello sin perjuicio de que, por su propia naturaleza, la obra pública requiera de regulaciones específicas, pues éstas bien pueden ser establecidas en una norma de alcance general.

En la región, la situación es claramente positiva, observándose que, de los 32 países, 27 regulan en una misma norma la adquisición de bienes y servicios y la obra pública. Los países cuya norma excluye la obra pública son: Argentina<sup>43</sup>, Chile, Méjico y Suriname.

### **(b.4.) y (b.5) Contratos comprendidos y contratos excluidos**

---

<sup>43</sup> Las disposiciones generales de la ley sí se aplican a la obra pública, aunque sólo supletoriamente. Esta aclaración debe ser especialmente considerada al analizar las categorías de contratos referidas a obra pública que incluye este país.



El mismo problema de dispersión normativa puede presentarse en cuanto a los contratos, dado que aun si la norma es relativamente comprehensiva respecto de los organismos incluidos (acápito b.2) pero excluye más contratos que los que razonablemente pueden ser excluidos, el país tendrá un alto nivel de dispersión de regímenes, con las consecuencias que ello genera en términos de discrecionalidad y concurrencia. Para analizar lo que ocurre en la región, debemos distinguir el estudio de los contratos comprendidos y de los contratos expresamente excluidos.

#### **(b.4) Contratos comprendidos**

Con respecto a los contratos comprendidos, sólo 5 países -todos del Caribe- no regulan la cuestión: Bahamas, Barbados, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. A estos países deben agregarse 4 más, que sólo contienen cláusulas generales referidas a todos los contratos o adquisiciones: Dominica, Guyana, Nicaragua y Uruguay. Es decir que sólo el 28,1% no regula los contratos comprendidos o los regula con demasiada vaguedad.

Para analizar los 23 países restantes, a continuación se mencionan 6 categorías de contratos, indicando para cada una la cantidad de países que la incluyen<sup>44</sup>. También se indica aquí, de corresponder, aquellos países que excluyen expresamente una categoría. De todos modos, cabe notar que sólo se indican las excepciones a estas categorías generales de contratos, dado que las excepciones específicas son tratadas por separado, al analizar las categorías de contratos excluidos.

- 1. Adquisición/suministro de bienes:** todos<sup>45</sup>.
- 2. Servicios generales:** todos<sup>46</sup>.
- 3. Ejecución de obras públicas:** 19 países<sup>47</sup>. Los 4 países que no incluyen esta categoría son, naturalmente, aquellos cuya normativa no se aplica a la obra pública.

<sup>44</sup> Cabe notar que sólo se considera que la categoría se encuentra incluida si la norma la menciona expresamente. En algunos casos, es posible que la norma sea igualmente aplicable a un contrato aunque no se encuentre expresamente mencionado en la legislación, por quedar comprendido en una categoría distinta.

<sup>45</sup> En el caso de Haití, sólo para las adquisiciones superiores a un umbral objetivo.

<sup>46</sup> En el caso de Brasil, incluye expresamente los servicios de publicidad. En el caso de Haití, sólo se aplica a los servicios superiores a un umbral objetivo. En el caso de Perú, excluye locación de servicios o de servicios no personales con personas naturales (excepto consultoría), incluyendo contratos con presidentes de directorios o consejos directivos de entidades o empresas del Estado. En el caso de Uruguay, excluye la contratación de servicios por iniciativa privada.

<sup>47</sup> Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador (excepto obras de construcción bajo administración de consejos municipales), Grenada, Guatemala, Haití (sólo para

**4. Concesiones:** 10 países<sup>48</sup>. Además, 6 países excluyen expresamente las concesiones<sup>49</sup>.

**5. Arrendamiento:** 9 países<sup>50</sup>. Cabe notar que Venezuela lo excluye expresamente.

**6. Servicios de consultoría:** 9 países<sup>51</sup>.

Del análisis de estas categorías puede colegirse que<sup>52</sup>, más allá de la obvia aplicación total de las normas a la adquisición de bienes, a la prestación de servicios y -con las excepciones propias de los países que no regulan la obra pública en la misma norma- a la ejecución de obra pública, los países de la región sólo coinciden relativamente en incluir expresamente los contratos de concesiones (52,6%)<sup>53</sup>, y en menor medida los de arrendamiento (39,1%) y los servicios de consultoría (39,1%).

#### **(b.5) Contratos excluidos**

Con respecto a los contratos expresamente excluidos por la legislación, sólo 8 países no regulan la cuestión: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia, Dominica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y Suriname. A estos países debe sumarse San Vicente y las

---

obras superiores a un umbral objetivo), Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela.

Cabe notar que si bien Argentina incluye entre los contratos comprendidos a la ejecución de obra pública, ello no es considerado aquí debido a que las normas de la ley general sólo se aplican supletoriamente al ámbito de la obra pública.

<sup>48</sup> Belice, Brasil (excluye concesiones de líneas aéreas y, además, licencias y concesiones de servicios públicos, a los que la ley se aplica supletoriamente), Colombia (excluye exploración y explotación de recursos naturales), Costa Rica (de obras públicas y de servicios públicos), El Salvador (excluye concesión de derechos de imagen, patentes y similares), Guatemala (de servicios públicos), Haití (de obras y de servicios públicos), Jamaica, Panamá y República Dominicana.

Cabe notar que si bien Argentina incluye entre los contratos comprendidos a la concesión de obras públicas y de servicios públicos, ello no es considerado aquí debido a que las normas de la ley general sólo se aplican supletoriamente al ámbito de la obra pública.

<sup>49</sup> Chile (excluye concesión de obras públicas); Honduras (dispone aplicación supletoria a contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de servicios u obras públicas); Nicaragua (excluye licencias o concesiones administrativas de cualquier tipo y concesión de obra pública); Paraguay (excluye concesiones de obras y servicios públicos); Perú (excluye concesión de recursos naturales y de obras públicas y permite que una agencia excluya la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos); y Uruguay (excluye concesión de obra pública por iniciativa privada).

<sup>50</sup> Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador (sólo aplicable a bienes muebles), Méjico (sólo aplicable a bienes muebles), Panamá (excepto consultorías inferiores a umbral objetivo), Paraguay y República Dominicana.

<sup>51</sup> Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá (excepto las inferiores a un umbral objetivo), Paraguay y República Dominicana.

<sup>52</sup> Los porcentajes se obtienen sobre el cálculo de los 23 países que regulan expresamente las categorías de contratos incluidas en la normativa.

<sup>53</sup> Este porcentaje se obtiene sobre el cálculo de sólo 19 países, pues 4 de los 23 no regulan obra pública ni, por tanto, contratos de concesión.

Granadinas, que sólo contiene una disposición general que permite que, en casos excepcionales, el Ministerio de Finanzas (en adelante, MOF<sup>54</sup>) autorice la no aplicación de la normativa. Es decir que sólo el 28,1% no regula los contratos excluidos o los regula con demasiada vaguedad.

Para analizar los 23 países restantes, a continuación se mencionan 17 categorías de contratos excluidos, indicando para cada una la cantidad de países que la regulan<sup>55</sup>.

- 1. Contratos con, o que se financien de, Estados extranjeros, empresas públicas extranjeras, entidades de derecho público internacional, instituciones multilaterales de crédito o bajo tratados comerciales:** 21 países<sup>56</sup> (no los excluyen expresamente Barbados y Bolivia).
- 2. Contratos inter-administrativos:** 14 países<sup>57</sup>.
- 3. Empleo público:** 11 países<sup>58</sup>.
- 4. Cláusulas residuales, de emergencia o que asignan discrecionalidad:** 9 países<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Por sus siglas en inglés (*Ministry of Finance*), que respeto aquí debido a que es un término que sólo tiene influencia respecto de los países de habla inglesa.

<sup>55</sup> Cabe notar que sólo se considera que la categoría se encuentra incluida si la norma la menciona expresamente. En algunos casos, es posible que la norma igualmente no sea aplicable a un contrato aunque no se encuentre expresamente mencionado en la legislación, ya sea porque queda comprendido en una categoría distinta o en una cláusula residual de exclusión de contratos.

<sup>56</sup> Argentina, Brasil (agencia oficial de cooperación extranjera u organismo financiero multilateral), Chile (organismo internacional), Colombia (en cuanto a organismos multilaterales de crédito, sólo si lo financian mayoritariamente), Costa Rica, Ecuador (préstamos y cooperación internacional e incluye empresas públicas internacionales, en cuyo caso la ley se aplica supletoriamente, pero sí se aplica por completo al giro común), El Salvador, Grenada (incluye organizaciones regionales del Caribe), Guatemala, Guyana, Haití (sólo si es financiado con recursos exteriores), Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago (contratos con otro Estado), Uruguay (sólo para organismos internacionales de crédito, y resultan aplicables los principios de igualdad de los oferentes y de concurrencia) y Venezuela (acuerdos internacionales de cooperación).

<sup>57</sup> Chile, Costa Rica, Ecuador (para giro común si es aplicable la ley), El Salvador, Grenada, Guatemala (sí les es aplicable el reglamento de la ley), Honduras, Jamaica, Méjico, Paraguay, Perú (sólo para convenios de cooperación, gestión y similares sin fines de lucro), República Dominicana, Trinidad y Tobago (sólo si se contrata con una empresa estatal) y Venezuela (únicamente no son aplicables las modalidades de selección).

<sup>58</sup> Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Méjico, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela (únicamente no son aplicables las modalidades de selección).

<sup>59</sup> Costa Rica (actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla; actividades que resulten excluidas de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes; y otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación), Ecuador (contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados), Grenada (MOF puede decidir, para cualquier contrato, que se utilicen otros procedimientos por razones de interés público), Haití (compras por aplicación de la Ley del Estado de Emergencia), Jamaica (excepciones que determine el MOF), Perú (contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor y contratos por ejecución presupuestal directa, salvo para bienes y servicios), República Dominicana (adquisición de insumos, materiales y repuestos de características especiales que no permitan aplicación de la ley en su totalidad por parte de empresas públicas e instituciones descentralizadas y

- 5. Operaciones de crédito público:** 8 países<sup>60</sup>.
- 6. Contratos vinculados al sistema financiero y bursátil:** 8 países<sup>61</sup>.
- 7. Compras por caja chica o de escasa cuantía:** 7 países<sup>62</sup>.
- 8. Contratos vinculados a, o sensibles para, la seguridad interior y exterior:** 7 países<sup>63</sup>.
- 9. Determinados servicios públicos básicos:** 7 países<sup>64</sup>.
- 10. Contratos celebrados en el exterior o que deban cumplirse o ejecutarse en el extranjero:** 7 países<sup>65</sup>.
- 11. Servicios jurídicos, notariales, de auditoría o de conciliación y arbitraje:** 5 países<sup>66</sup>.
- 12. Adquisición de medicamentos o alimentos:** 3 países<sup>67</sup>.
- 13. Servicios de publicidad/comunicación social:** 3 países<sup>68</sup>.

autónomas, aunque no las exime de los requerimientos de publicidad), Trinidad y Tobago (situación de emergencia que requiere bienes, servicios u obras de manera inmediata) y Venezuela (alianzas comerciales y estratégicas para compra de bienes o prestación de servicios, así como para servicios básicos indispensables para el funcionamiento del contratante).

<sup>60</sup> Argentina, Costa Rica, El Salvador (sólo para colocación en mercado internacional), Honduras, Jamaica (sólo para servicios relativos a la deuda pública), Paraguay, Perú (incluye administración de deuda y asesoría legal y financiera y otros servicios especializados vinculados a endeudamiento) y República Dominicana.

<sup>61</sup> Chile, El Salvador, Honduras, Méjico, Nicaragua, Paraguay, Perú (excepto transferencia de acciones y activos del Estado por proceso de privatización) y Venezuela (únicamente no son aplicables las modalidades de selección).

<sup>62</sup> Argentina (caja chica), Costa Rica (caja chica y caja chica y actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios, Grenada (escasa cuantía), Haití (compras directas inferiores a umbral objetivo), Paraguay (adquisiciones menores), Perú (contrataciones inferiores a umbral objetivo, excepto que sean bienes y servicios incluidos en Catálogo de Convenios Marco) y República Dominicana (caja chica).

<sup>63</sup> Chile (se trata de una excepción llamativa, dado que el país incluye a las fuerzas armadas y policiales expresamente en el ámbito de aplicación de la normativa), Ecuador, Guyana, Haití, Jamaica, Panamá y Trinidad y Tobago.

<sup>64</sup> Colombia (servicios de telecomunicaciones, televisión y telefonía), Costa Rica (prestación última o final de la administración frente al usuario o destinatario final), Ecuador (servicios básicos y servicios de telecomunicaciones), El Salvador (distribución de energía eléctrica y servicio público de agua potable), Honduras (servicios públicos que impliquen el pago de una tarifa o de una tasa de aplicación general y operaciones para el expendio de papel sellado, timbres, alcohol u otras especies fiscales), Nicaragua (servicios públicos a usuarios indeterminados a cambio de tarifa o tasa de aplicación general) y Perú (servicios públicos sin posibilidad de contratar con más de un proveedor).

<sup>65</sup> Colombia, Costa Rica (sólo para sólo para construcción, instalación o provisión de oficinas o servicios en el exterior), Ecuador, El Salvador (sólo para contratos del servicio exterior en el extranjero), Méjico, Nicaragua (sólo para contratos del servicio exterior en el extranjero) y Perú (para contrataciones con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor se realice en el extranjero y para contratos del servicio exterior en el extranjero).

<sup>66</sup> Ecuador (servicios jurídicos), Honduras (servicios profesionales o técnicos especializados que no sean de consultoría), Jamaica (servicios jurídicos para actividades no rutinarias y litigio), Méjico (servicios de notarios públicos sujetos a régimen de aranceles) y Perú (auditorías externas, contratación de notarios públicos, servicios de la función conciliatoria y arbitral y servicios de abogados, asesores legales y cualquier asesoría para la defensa del Estado en controversias internacionales sobre inversión).

<sup>67</sup> Barbados y Ecuador (sólo para medicamentos) y Uruguay (medicamentos y alimentos).

**14. Obras artísticas, literarias o científicas:** 3 países<sup>69</sup>.

**15. Transporte de correo interno e internacional:** 2 países<sup>70</sup>.

**16. Adquisición de inmuebles:** 2 países (Jamaica y Venezuela).

**17. Otros contratos excluidos:** 4 países<sup>71</sup>.

Del análisis de estas categorías se desprende que<sup>72</sup> los países de la región coinciden casi completamente en excluir los contratos celebrados con, o que se financien de, otros Estados o entidades internacionales (91,3%).

Además, concuerdan ampliamente en excluir los contratos inter-administrativos (60,8%) y, en un nivel menor, los de empleo público (47,8%).

En un nivel menor observamos que los países excluyen las operaciones de crédito público (34,7%); los contratos vinculados al sistema financiero y bursátil (34,7%); las compras por caja chica o de escasa cuantía (30,4%); los contratos vinculados a, o sensibles para, la seguridad interior y exterior (30,4%); determinados servicios públicos básicos (30,4%); y, por último, los contratos celebrados en el exterior o que deban cumplirse o ejecutarse en el extranjero (30,4%).

Y en un nivel claramente excepcional encontramos que los países excluyen los servicios jurídicos, notariales, de auditoría o de conciliación y arbitraje (21,7%); la adquisición de medicamentos o alimentos (13%); los servicios de publicidad/comunicación social (13%); las obras artísticas, literarias o científicas (13%); el transporte de correo interno e internacional (8,7%) y la adquisición de inmuebles (8,7%).

Por otra parte, es significativo que el 17,4% de los países excluye otro tipo de contratos de lo más variados y, por lo demás, es altamente preocupante que casi el 40% de los países establece cláusulas residuales, de emergencia o que asignan

---

<sup>68</sup> Brasil, Ecuador y Bolivia.

<sup>69</sup> Ecuador, Trinidad y Tobago (sólo compra de libros para fines oficiales) y Venezuela.

<sup>70</sup> Ecuador y Paraguay.

<sup>71</sup> Ecuador (repuestos o accesorios, excepto que estén en catálogo electrónico, y permuta), Jamaica (compras para producción de medallas e insignias, servicios de viaje y hotelería, y vehículos para funcionarios), Perú (compra de bienes por remate público) y Uruguay (servicios de capacitación laboral, transporte con chofer, control vehicular de flotas oficiales, cobranza de facturas, contratación de servicios por iniciativa privada, equipamiento y mantenimiento de central eléctrica, saneamiento de complejos habitacionales y contratación de seguro de activo fijo).

<sup>72</sup> Los porcentajes se obtienen sobre el cálculo de los 23 países que regulan expresamente las categorías de contratos incluidas en la normativa.

discrecionalidad a los funcionarios para incorporar otras exclusiones a la aplicación de la normativa.

Finalmente, se destaca que, sobre los 23 países que regulan expresamente los contratos excluidos, se presenta un promedio de 6,9 excepciones.

#### **(b.6) Único órgano rector**

La existencia de un único órgano rector es fundamental para el éxito de cualquier sistema de compras públicas. Si el sistema carece de un organismo central con suficientes recursos, autonomía, jerarquía, facultades (como mínimo, de planeamiento, regulación, dirección, información, capacitación, control y sanción) y apoyo político del más alto nivel posible, las compras públicas no podrán constituirse en un área estratégica para el desarrollo del país y para el fortalecimiento de los controles democráticos.

Ello por cuanto, aun si la normativa es sustantivamente adecuada, de todos modos las adquisiciones no estarán orientadas por los objetivos de desarrollo del Estado, serán desordenadas, carecerán de instrumentos de unificación de reglas tales como los pliegos únicos, no generarán información estadística agregada que retroalimente la planificación y oriente las operaciones de los posibles oferentes y, en general, serán deficitarias por la ausencia de funcionarios capacitados, controlados, motivados y coordinados por una política central.

No obstante, cabe aclarar que, en el caso del análisis que formulamos, la pretensión es mucho menor a la mencionada, por cuanto aquí sólo se procura conocer si la normativa de los países establece o no un único órgano rector, hecho normativo que, como es obvio, de ningún modo garantiza su funcionamiento en los términos previamente enunciados.

En la región, se observa que exactamente el 50% de los países analizados cuenta con un único órgano rector<sup>73</sup>, mientras que el 50% restante distribuye funciones entre diversos organismos<sup>74</sup>.

#### **(b.7.) Organización del sistema**

---

<sup>73</sup> Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

<sup>74</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Brasil, Colombia, Dominica, Guyana, Jamaica, Méjico, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago y Uruguay.

El indicador referido a la organización del sistema es significativo, aunque las ventajas de una u otra forma de organización no son tan evidentes. Por un lado, sí es coherente con la visión que se viene sosteniendo aquí la noción de que las compras públicas deben estar *normativamente centralizadas*, evitando de ese modo la dispersión normativa.

Sin embargo, la situación no es tan clara con respecto a la organización *operativa* del sistema. En términos generales, consideramos que la organización operativa debe ser descentralizada. Si se procura, como aquí se lo ha definido<sup>75</sup>, que el sistema de adquisiciones sea un proceso que permita generar el mayor valor posible para los ciudadanos, parece sensato establecer un sistema descentralizado. Ello pues sería prácticamente imposible que un organismo operativo centralizado pudiera acceder a la información que se necesita para orientar las adquisiciones hacia la satisfacción de las necesidades e intereses particulares de distintas comunidades de usuarios y consumidores de bienes, servicios y obras públicas.

Sin embargo, la opción por la descentralización debe ser calificada. Como en muchos otros ámbitos, la descentralización tiene un altísimo potencial de entrar en conflicto con otro tipo de consideraciones fundamentales, y principalmente con los requisitos de control y transparencia indispensables para prevenir hechos de corrupción. En ausencia de un órgano rector dotado de las características ya mencionadas (acápite b.6), y especialmente en ausencia de documentos estandarizados (definición de las mismas reglas de juego para la compra de los mismos bienes y servicios en todos los organismos), la descentralización puede convertirse en un remedio peor que la enfermedad.

De todos modos, ello de ningún modo significa que la centralización operativa resuelva, *per se*, los riesgos de corrupción. Por el contrario, en ocasiones la prevención de la corrupción puede operar como una buena excusa para centralizar adquisiciones y, de ese modo, reducir la concurrencia a unos pocos oferentes, precisamente para beneficiar a ciertos grupos concentrados<sup>76</sup>.

En la región, la situación es la siguiente. De los 32 países, 20 (62,5%) tienen sistemas normativamente centralizados y operativamente descentralizados<sup>77</sup>. De los 12

---

<sup>75</sup> Ver *supra* p. 4.

<sup>76</sup> Un claro ejemplo de ello puede observarse en el contrato para la provisión y distribución de medicamentos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver Natalia A. Volosin, [Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo](#), Fundación Poder Ciudadano, 2010, pp. 208-209.

<sup>77</sup> Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

países restantes, 6 países (18,7%) tienen sistemas normativa y operativamente centralizados<sup>78</sup>. Y, de los 6 restantes, 5 países (15,5%) tienen sistemas normativamente centralizados y, en términos operativos, centralizan algunas compras y descentralizan otras<sup>79</sup>. Por último, Suriname tiene un sistema bastante insólito y en absoluto recomendable, que es normativamente cuasi-descentralizado (diversos organismos comparten funciones normativas) y operativamente descentralizado por regla general, excepto para las contrataciones que conciernen a varios departamentos o que son de naturaleza general.

Finalmente, cabe destacar una práctica de organización bastante común entre los países del Caribe: la creación de comités de compras centrales (*Tenders Boards*). De los 32 países analizados, 13 (40%) cuentan con este tipo de organismos<sup>80</sup>. Sin embargo, no todos los comités funcionan del mismo modo. En 8 países el comité realiza determinadas adquisiciones por sí mismo<sup>81</sup>, mientras que en los otros 5 realiza recomendaciones a otra autoridad sobre la adjudicación de los contratos, o bien aprueba las adjudicaciones que formula otra autoridad<sup>82</sup>. También se destaca que, de los 13 países, 6 tienen comités de compras departamentales o ministeriales que, al igual que los comités centrales, realizan determinadas adquisiciones por sí mismos, o bien formulan recomendaciones sobre la adjudicación de los contratos<sup>83</sup>.

#### **(b.8.) Registro de contratistas**

La existencia de un registro central de contratistas es fundamental a los efectos de asegurar los principios de concurrencia y de transparencia, así como de control de los proveedores y contratistas sancionados. Para asegurar la más amplia competencia en los procesos de selección, es necesario que tanto los potenciales oferentes como la ciudadanía en general puedan saber quiénes contratan con el Estado, así como con qué frecuencia y en qué condiciones. Además, todos los compradores deben poder acceder a

---

<sup>78</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados (aunque en la práctica se encuentra descentralizado), Grenada (aunque el órgano central operativo puede delegar determinadas adquisiciones a comités de compras departamentales), San Kitts y Nevis y San Vicente y las Granadinas.

<sup>79</sup> Dominica, Guyana, Jamaica, Santa Lucía y Trinidad y Tobago.

<sup>80</sup> Antigua y Barbuda (*Tenders Board*), Bahamas (*Tenders Board*), Barbados (*Tenders Committee*), Belice (*Tenders Committee*), Dominica (*Public Tenders Board*), Grenada (*Board*), Guyana (*National Board*), Jamaica (*National Contracts Commission*), San Kitts y Nevis (*Tenders Board*), Santa Lucía (*Central Tenders Board*), San Vicente y las Granadinas (*Central Supply Tenders Board*), Suriname (*Board for Tenders and Licenses*) y Trinidad y Tobago (*Central Tenders Board*).

<sup>81</sup> Antigua y Barbuda, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago.

<sup>82</sup> Bahamas, Barbados, Jamaica, San Kitts y Nevis y San Vicente y las Granadinas.

<sup>83</sup> Belice, Dominica, Grenada, Guyana (además de los ministeriales y departamentales, también tiene comités regionales y distritales) Santa Lucía y Trinidad y Tobago.



un sistema central que les informe qué oferentes han sido inhabilitados o suspendidos, a los efectos de proceder en consecuencia.

En la región, la situación es relativamente negativa, pues de los 32 países sólo 19 (59,3%) establecen un registro de proveedores<sup>84</sup>. De los 13 restantes, 6 países no establecen ningún tipo de registro<sup>85</sup>, mientras que 7 disponen registros específicos o limitados a determinados tipos de contrataciones<sup>86</sup>.

## **C) INDICADORES SUSTANTIVOS**

### **(c.1.) Procedimientos de selección**

Los procedimientos de selección que suelen utilizarse son la licitación pública, la licitación privada y la contratación directa<sup>87</sup>. En algunos casos, además, los países establecen otro tipo de procedimientos.

En la región, de los 32 países analizados, sólo Bahamas no regula los procedimientos de selección. De los 31 restantes, todos establecen la licitación pública y la contratación directa, y 26 países (81,2%) establecen la licitación privada (se exceptúan Bolivia, Dominica, El Salvador, Perú y Santa Lucía).

Por otra parte, 10 países (31,2%) disponen de procesos de cotización<sup>88</sup>; 2 países (Argentina y Brasil) tienen sistemas de subasta o remate; y, por último, República Dominicana tiene un sistema único de sorteo para obras públicas.

En consecuencia, los tres procedimientos de selección mayoritariamente establecidos en los países de la región son, en orden descendente, la licitación pública, la contratación directa y la licitación privada.

### **(c.2.) Uso de proceso competitivo como regla general**

Sin perjuicio de qué tipo de procedimientos se prevean, el indicador fundamental respecto de los procesos de selección es, sin duda, si se establece expresamente el uso

---

<sup>84</sup> Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada (en rigor, la norma no establece un registro de proveedores, pero sí obliga a publicar una base de datos de proveedores, contratistas y consultores y de sus antecedentes), Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Méjico, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>85</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Dominica, Guyana, San Vicente y las Granadinas y Suriname.

<sup>86</sup> Barbados (registra compras que realiza el órgano operativo central), Belice (sólo para obras), Bolivia (sólo para micro y pequeñas empresas, asociaciones de pequeños productores, organizaciones económicas campesinas y similares), Paraguay (sólo registro de inhabilitados para contratar, y facultativamente cada contratante puede llevar un registro de proveedores y contratistas), San Kitts y Nevis (sólo para obras), Santa Lucía (sólo registro de contratos) y Trinidad y Tobago (sólo registro de consultores).

<sup>87</sup> No se analizan aquí, aunque sí se incluyen en los cuadros de indicadores, los procedimientos de concurso público o privado, debido a que muy pocos países los distinguen específicamente.

<sup>88</sup> Barbados, Bolivia, Brasil, El Salvador, Grenada (sólo para bienes y obras), Guyana, Haití, Nicaragua, República Dominicana (sólo para bienes comunes con especificaciones estándares, servicios y obras menores) y Venezuela.

de procesos competitivos como regla general, relegando a los demás procedimientos al ámbito de la excepcionalidad.

En la región, la situación al respecto es bastante negativa. De los 32 países, sólo el 50% dispone expresamente el uso de procesos competitivos como regla general<sup>89</sup>. De los 16 restantes, sólo 3 países (9,3%) establecen el uso de procesos competitivos como regla general al menos para algunos tipos de adquisiciones<sup>90</sup>, mientras que 13 países (40,6%) directamente no prevén el uso de procesos competitivos como regla ni siquiera para algunas adquisiciones. De estos 13 países, se destaca especialmente el caso de Suriname, cuya normativa dispone que el Presidente puede exceptuar el uso de la licitación pública si ello es en interés nacional, estableciendo así una insólita discrecionalidad.

### **(c.3.) Excepciones a uso de procesos competitivos**

Además de contar con una regla general de uso de procesos competitivos, también es esencial que la normativa establezca estándares acotados y un nivel de discrecionalidad razonable para el uso excepcional de procesos no competitivos, pues, de lo contrario, aquella regla general se vaciaría de contenido y las excepciones se convertirían en la regla.

Antes de comenzar a analizar la situación en la región, cabe formular la siguiente precisión. Sin perjuicio de que sería necesario analizar puntualmente los umbrales objetivos y las excepciones específicas establecidos en cada caso -ejercicio que no podemos realizar aquí por razones de espacio- a priori podemos decir que, tanto para la licitación privada como para la contratación directa y la cotización, en orden de discrecionalidad ascendente se ubican los siguientes estándares de regulación:

1. Estándar de monto presunto con umbral objetivo como único criterio (el monto presunto del contrato debe ser inferior al umbral) o estándar de monto presunto con umbral objetivo combinado con excepciones específicas (el contrato debe caer en la excepción y, además, ser inferior al umbral).
2. Estándar de monto presunto con umbral objetivo junto con excepciones específicas (puede utilizarse tanto si el contrato cae en la excepción como

---

<sup>89</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Dominica, Ecuador, Grenada, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Méjico, Panamá, San Kitts y Nevis y Uruguay.

<sup>90</sup> Costa Rica (para adquisición de bienes inmuebles), El Salvador (para contratos de concesión) y República Dominicana (para concesiones).

si su monto presunto es inferior al umbral, operando el criterio de monto presunto como una excepción más) o estándar de excepciones específicas como único criterio (el contrato debe caer en la excepción).

3. Estándares generales que autorizan a determinada autoridad a decidir bajo criterios amplios, tales como que la autoridad lo considere expeditivo, conveniente o recomendable, o que considere que no más de una determinada cantidad de contratistas podría ejecutar el contrato.

### **(c.3.1) Licitación privada**

Al analizar la situación de la región en materia de licitación privada, observamos que, de los 26 países que prevén este procedimiento, 13 establecen un estándar de monto presunto con umbral objetivo como único criterio<sup>91</sup>, y sólo 2 utilizan un estándar de monto presunto con umbral objetivo combinado con excepciones específicas<sup>92</sup>. Es decir que el 57,7% de los países utiliza estándares de discrecionalidad baja.

Por otra parte, 5 países utilizan un estándar de monto presunto con umbral objetivo junto con excepciones específicas<sup>93</sup>, y 2 países utilizan un estándar de excepciones específicas como único criterio<sup>94</sup>. Es decir que el 26,9% de los países utiliza estándares de discrecionalidad media.

Por último, 4 países utilizan estándares generales que autorizan a determinada autoridad a decidir bajo criterios amplios<sup>95</sup>. Es decir que el 15,4% de los países utiliza estándares de discrecionalidad alta.

Finalmente, es interesante destacar que, sobre el total de 9 países que establecen excepciones, se presenta un promedio de 6,1 excepciones por país, sobresaliendo

---

<sup>91</sup> Argentina, Belice, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Suriname y Uruguay. Ecuador debe destacarse especialmente, pues para los bienes y servicios estandarizados, dispone además que la licitación privada sólo puede utilizarse si fracasaron previamente los procedimientos de convenio marco o subasta inversa. También es significativo el caso de Panamá, que dispone, además del monto presunto, que debe existir la necesidad de satisfacer el interés social y de tiempos menores a los dispuestos en otras modalidades.

<sup>92</sup> Guatemala (con 5 excepciones) y Honduras (con 6 excepciones; para concurso privado utiliza estándar de monto presunto con umbral objetivo como único criterio).

<sup>93</sup> Chile (con 7 excepciones), Colombia (con 9 excepciones), Guyana (con 2 excepciones), Méjico (con 20 excepciones) y Venezuela (con 3 excepciones).

<sup>94</sup> Grenada (con 2 excepciones) y Haití (con 1 excepción).

<sup>95</sup> Antigua y Barbuda, Barbados, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago (también dispone el uso de la licitación privada en todos los casos para contratos de consultoría). Cabe destacar que, en el caso de San Vicente y las Granadinas, el criterio de discrecionalidad de su estándar no es tan amplio como el de los demás países.

Méjico por la negativa (20 excepciones) y Haití por la positiva (1 excepción). También cabe observar que todos los países excepto Méjico (88,8%) tienen menos de 10 excepciones.

### **(c.3.2) Contratación directa**

Al analizar la situación de la región en materia de contratación directa, encontramos que, de los 31 países que prevén este procedimiento, 3 establecen un estándar de monto presunto con umbral objetivo como único criterio<sup>96</sup>, y sólo 2 utilizan un estándar de monto presunto con umbral objetivo combinado con excepciones específicas<sup>97</sup>. Es decir que el 16,1% utiliza estándares de discrecionalidad baja.

Por otra parte, 16 países utilizan un estándar de monto presunto con umbral objetivo junto con excepciones específicas<sup>98</sup>, y 9 países utilizan un estándar de excepciones específicas como único criterio<sup>99</sup>. Es decir que el 80,6% de los países utiliza estándares de discrecionalidad media.

Por otra parte, 1 sólo país (Antigua y Barbuda) utiliza estándares generales que autorizan a determinada autoridad a decidir bajo criterios amplios. Es decir que el 3,2% de los países utiliza estándares de discrecionalidad alta.

Finalmente, es interesante destacar que, sobre el total de 27 países que establecen excepciones, se presenta un promedio de 10 excepciones por país, sobresaliendo por la negativa Brasil (31), Bolivia (30), Uruguay (28) y Méjico (20); y por la positiva Ecuador (1), San Kitts y Nevis (1), Suriname (1) y Santa Lucía (2). También cabe observar que 17 países (62,9%) tienen menos de 10 excepciones; que 7 países (25,9%)

---

<sup>96</sup> Jamaica, San Vicente y las Granadinas (limita por monto, pero decide el MOF cuando lo considere más ventajoso o conveniente para el interés público y el *Central Supply Tenders Board* lo autorice) y Trinidad y Tobago (sólo para bienes y servicios).

<sup>97</sup> Dominica (con 1 excepción) y Guatemala (con 11 excepciones; nótese que agrega 1 excepción más sin límite de monto).

<sup>98</sup> Argentina (con 10 excepciones), Barbados (con 4 excepciones), Chile (con 7 excepciones), Colombia (con 9 excepciones), Costa Rica (con 6 excepciones), Ecuador (con 1 excepción), El Salvador (con 13 excepciones), Honduras (con 8 excepciones), Méjico (con 20 excepciones), Panamá (con 11 excepciones; monto presunto sólo para contratos de la Asamblea Nacional y para contratación menor), Paraguay (con 8 excepciones), Perú (con 9 excepciones), República Dominicana (con 8 excepciones), San Kitts y Nevis (con 1 excepción), Suriname (con 1 excepción) y Uruguay (con 28 excepciones). Ecuador debe destacarse especialmente, pues para los bienes y servicios estandarizados, dispone, además, que la contratación directa sólo puede utilizarse si fracasaron previamente los procedimientos de convenio marco o subasta inversa.

<sup>99</sup> Belice (con 8 excepciones), Bolivia (con 30 excepciones), Brasil (con 31 excepciones), Grenada (con 9 excepciones), Guyana (con 6 excepciones), Haití (con 4 excepciones), Nicaragua (con 10 excepciones), Santa Lucía (con 2 excepciones) y Venezuela (con 15 excepciones). Se destaca especialmente el caso de Haití, que, además del monto presunto, exige como requisito para utilizar el proceso de cotización que se respeten los principios de la ley y que se asegure la concurrencia.

tienen entre 10 y 20 excepciones; y que sólo 3 países (11,1%) tienen más de 20 excepciones.

### **(c.3.3) Cotización**

En materia de cotización, encontramos que, de los 10 países que prevén este procedimiento, 6 establecen un estándar de monto presunto con umbral objetivo como único criterio<sup>100</sup>; 1 utiliza un estándar de monto presunto con umbral objetivo combinado con excepciones específicas<sup>101</sup>; y 3 utilizan un estándar de monto presunto con umbral objetivo junto con excepciones específicas<sup>102</sup>. Es decir que el 70% utiliza estándares de discrecionalidad baja y el 30% estándares de discrecionalidad media.

Asimismo, es interesante destacar que, del total de 4 países que establecen excepciones, se presenta un promedio de 1,5 excepciones por país, presentando todos una sola excepción, salvo Grenada que presenta 3.

### **(c.3.4) Otros**

Los sistemas de subasta o remate (Argentina y Brasil) y el sistema único de sorteo para obras públicas (República Dominicana) no se analizan por ser claramente excepcionales en la región.

### **(c.3.5) Conclusiones**

El siguiente cuadro resume las principales conclusiones del análisis de excepciones al uso de procesos competitivos:

	Estándares de discrecionalidad baja	Estándares de discrecionalidad media	Estándares de discrecionalidad alta	Promedio de excepciones
Licitación privada	57,7%	26,9%	15,4%	6,1
Contratación directa	16,1%	80,6%	3,2%	10
Cotización	70%	30%	0%	1,5

### **(c.4.) Publicidad de convocatoria e invitación como regla**

<sup>100</sup> Brasil, El Salvador, Guyana, Haití, Nicaragua y República Dominicana.

<sup>101</sup> Bolivia (con 1 excepción).

<sup>102</sup> Barbados (con 1 excepción), Grenada (con 3 excepciones) y Venezuela (con 1 excepción).

Para asegurar la mayor concurrencia y transparencia posible, la publicidad de la convocatoria (licitación pública) y de la invitación (licitación privada) debe ser establecida como regla general para todas las contrataciones.

En la región, la situación al respecto es la siguiente. De los 32 países, 21 (65,6%) establecen la publicidad de la convocatoria e invitación como regla<sup>103</sup>; 9 (28,1%) establecen la publicidad sólo para algunos procedimientos<sup>104</sup>; y 2 (6,2%) directamente no regulan la publicidad<sup>105</sup>. Es decir que la mayoría de los países cumple con la regla de publicidad.

### **(c.5.) Criterios de evaluación**

Si bien los criterios de evaluación específicos son usualmente regulados en los pliegos de condiciones de la contratación, la disposición de criterios objetivos de evaluación en la propia normativa de compras es fundamental para reducir la discrecionalidad de los funcionarios compradores y para que, previo a cualquier contratación, todos los posibles oferentes sepan bajo qué condiciones objetivas se juzgarán sus ofertas.

En la región se presenta la siguiente situación. De los 32 países, 8 -todos del Caribe- no realizan ningún tipo de referencia a los criterios de evaluación<sup>106</sup>. Además, deben agregarse otros 7 países que establecen regulaciones cuya vaguedad es tan significativa que los acerca a una posición de ausencia total de regulación, o que sólo refieren a la capacidad técnica del oferente, por lo que son considerados como si no establecieran criterios de evaluación<sup>107</sup>. Es decir que el 46,8% de los países no regula los criterios de evaluación o lo hace con demasiada vaguedad.

Por otra parte, de los 17 países restantes, 4 disponen criterios limitados a algunos tipos de adquisiciones<sup>108</sup>. En consecuencia, sólo 13 países del total (40%) establecen criterios concretos de evaluación aplicables a todas las contrataciones<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía y Suriname.

<sup>104</sup> Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Costa Rica, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>105</sup> Bahamas y Jamaica.

<sup>106</sup> Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.

<sup>107</sup> Chile, Costa Rica, El Salvador, Suriname, Trinidad y Tobago (en este caso, además, el criterio puede exceptuarse discrecionalmente), Uruguay y Venezuela.

<sup>108</sup> Colombia, Jamaica, Nicaragua y Perú.

<sup>109</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Panamá, Paraguay y República Dominicana.

Con respecto a los criterios de evaluación en sí, se observan tres sistemas de regulación distintos<sup>110</sup>: 6 países enlistan una serie de factores individuales de evaluación<sup>111</sup>; 4 establecen una serie de tipos alternativos de evaluaciones que combinan factores diversos<sup>112</sup>; y, finalmente, 3 países utilizan ambos sistemas<sup>113</sup>.

En materia de factores, ya sea individuales o combinados, se observa la siguiente prevalencia:

- 1. Precio y/o costo:** todos.
- 2. Calidad:** todos excepto Haití.
- 3. Idoneidad:** 9 países<sup>114</sup>.
- 4. Tiempo:** 7 países<sup>115</sup>.
- 5. Términos de pago, financiamiento y/o garantía:** 6 países<sup>116</sup>.
- 6. Consideraciones medioambientales:** 4 países<sup>117</sup>.
- 7. Criterios sociales (participación local, transferencia de tecnología y capacidades, crecimiento económico, generación de empleo, etc.):** 2 países<sup>118</sup>.

En consecuencia, podemos concluir que mientras que la mayoría de los países contempla los factores de evaluación tradicionales (precio, calidad, idoneidad, tiempo y términos de pago), son claramente minoritarios los que incluyen, además, criterios medioambientales, y muchos menos aun los que evalúan cuestiones de impacto social.

#### **(c.6.) Publicidad de adjudicación como regla**

Para asegurar la mayor transparencia posible, es fundamental que los países establezcan la publicidad de todas las adjudicaciones como regla general para todas las contrataciones, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice.

---

<sup>110</sup> Para analizar sustantivamente los criterios de evaluación, se incluye sólo a los países que establecen criterios concretos de evaluación aplicables a todas las contrataciones (no a los que disponen criterios limitados a algunos tipos de adquisiciones).

<sup>111</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Grenada, Guatemala, Haití y Honduras.

<sup>112</sup> Bolivia, Brasil, Ecuador y Panamá.

<sup>113</sup> Méjico, Paraguay y República Dominicana.

<sup>114</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay y República Dominicana.

<sup>115</sup> Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Paraguay y República Dominicana (este último sólo para concesiones).

<sup>116</sup> Grenada, Haití, Honduras, Méjico, Paraguay y República Dominicana (este último sólo para concesiones).

<sup>117</sup> Grenada, Honduras, Méjico y República Dominicana (este último sólo para concesiones).

<sup>118</sup> Grenada y Méjico.

En la región, la situación al respecto es la siguiente. De los 32 países, sólo 16 establecen la publicidad de la adjudicación como regla<sup>119</sup>; 5 países establecen una publicidad limitada sólo para algunos procedimientos<sup>120</sup>; 5 países establecen sólo una notificación a los participantes o al ganador<sup>121</sup>; y 6 países directamente no regulan la publicidad<sup>122</sup>.

Es decir que el 50% de los países publica todas las adjudicaciones; el 34,3% no publica ninguna<sup>123</sup>; y el 15,6% publica algunas.

### **(c.7.) Regula mecanismo de impugnaciones**

La existencia de mecanismos que permitan a los interesados impugnar los actos que se producen en el proceso de adquisiciones es imprescindible no sólo para garantizar el debido proceso de los participantes, sino -lo que es aun más significativo- para fortalecer el control y prevenir potenciales hechos de corrupción y/o fraude.

En efecto, y sin perjuicio del monitoreo que debiera poder ejercer la sociedad civil organizada, el esquema de control fundamental es aquel que ocurre entre los propios oferentes, pues son éstos los principales interesados en el resultado del proceso de compras (o al menos los únicos que, por obvias dificultades de acción colectiva, pueden actualizar con mayor efectividad su interés en el proceso).

Desde ya, esto no significa que la sociedad civil no deba involucrarse directamente en el proceso de adquisiciones. Por el contrario, los reguladores deben comprender que el rol de la sociedad civil en la cuestión no debe limitarse al acceso a la información de compras (aunque en muchos casos ni siquiera se garantiza este mínimo rol), sino que debe incluir también la posibilidad de operar con legitimación activa en el propio proceso de adquisiciones, ya sea transmitiéndole al comprador su visión sobre cómo efectivizar los derechos de los ciudadanos a través de las compras o, en lo que refiere al tema en cuestión aquí, utilizando el sistema de impugnaciones<sup>124</sup>.

En la región, 21 países (65,6%) establecen sistemas de impugnación de los actos principales del proceso de compras. De los 11 países restantes, 2 (6,2%) disponen de

---

<sup>119</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>120</sup> Costa Rica, Méjico, República Dominicana, San Kitts y Nevis y San Vicente y las Granadinas.

<sup>121</sup> Colombia, Dominica, Grenada, Suriname y Trinidad y Tobago.

<sup>122</sup> Bahamas, Barbados, Belice, Brasil, Jamaica y Santa Lucía.

<sup>123</sup> La notificación a los participantes o al ganador no se considera publicación.

<sup>124</sup> Este tipo de cuestiones son analizadas específicamente en el Capítulo de la investigación sobre Transparencia y Anticorrupción.



sistemas limitados<sup>125</sup> y 9 (28,1%) -todos del Caribe- no regulan ningún tipo de mecanismo<sup>126</sup>.

### **(c.8.) Regula sistema electrónico informativo**

La regulación de un sistema electrónico informativo que publique en línea la información de los procesos de compras es un aspecto relativamente novedoso de las adquisiciones, que viene desarrollándose aproximadamente desde mediados de la década del 90' en el marco de los procesos de reforma y “modernización” del Estado<sup>127</sup>.

En una etapa inicial, el sistema electrónico informativo debería publicar información de todas las etapas de todos los procedimientos de compras (pliegos, aclaraciones y modificaciones, apertura, cuadros comparativos de ofertas, evaluación, adjudicación, órdenes de compra, contratos, sanciones, etc.).

En una etapa avanzada, debería producir información inteligente para los diversos actores interesados (estadísticas, estudios sectorizados, etc.). Este tipo de información agregada permitiría, entre otras cosas: (a) que el Estado cuente con antecedentes para planificar sus compras y para tomar decisiones en materia de desarrollo; (b) que los proveedores tomen decisiones informadas en materia de oportunidades de negocios; y (c) que la sociedad civil monitoree el grado de concentración de determinados mercados, identifique *red flags* en materia de control de la corrupción, etc.

En consecuencia, y sin perjuicio de las posibilidades de desarrollo tecnológico de cada país en materia de gobierno electrónico, a esta altura el sistema electrónico informativo es un elemento crucial para cualquier sistema de compras. Además, si los países se encuentran evaluando posibles reformas de sus sistemas de compras, deben considerar especialmente que los sistemas electrónicos informativos no son sólo una reforma en sí misma, sino que, además, constituyen un instrumento idóneo para producir el tipo de información agregada necesaria para mostrar las debilidades del sistema de compras y, así, promover las reformas.

---

<sup>125</sup> Barbados (sólo para las adquisiciones que realiza el órgano operativo central) y Venezuela (sólo para negación de inscripción en el registro y para impugnar medidas preventivas).

<sup>126</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago.

<sup>127</sup> Para un análisis teórico de los sistemas electrónicos de adquisiciones en general, y un estudio de casos de reformas vinculadas a ello en Argentina, Brasil, Chile y Méjico, ver Natalia A. Volosin, *Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo*, op. cit.

En la región, de los 32 países, sólo 18 (56,2%) establecen sistemas electrónicos informativos<sup>128</sup>.

### **(c.9.) Regula procesos novedosos**

También en los últimos años, algunos países de la región comenzaron a implementar nuevos procedimientos de adquisiciones. Dos casos paradigmáticos los constituyen los convenios marco y la subasta inversa o a la baja (el famoso *pregão* de Brasil)<sup>129</sup>.

Los convenios marco permiten adquirir bienes o servicios que se anticipa van a ser requeridos de manera recurrente por varios compradores. Mediante un contrato marco se selecciona a uno o más proveedores mediante un proceso competitivo (normalmente una licitación pública) y los compradores pueden luego adquirir los bienes o servicios directamente de los proveedores seleccionados. Este procedimiento puede implementarse también electrónicamente y, eventualmente, cuando los convenios marco se extienden a un universo amplio de bienes y servicios, las plataformas electrónicas por las que los compradores adquieren en línea terminan convirtiéndose en verdaderas tiendas virtuales.

La subasta inversa permite llevar a cabo procedimientos de compra de bienes y servicios en una sesión pública (presencial o virtual) realizada en una fecha y hora previamente establecidas, en la cual los competidores disputan por la reducción del menor precio registrado en el sistema realizando pujas en tiempo real, resultando vencedor aquel que ofrece el menor precio.

En la región, 15 de los 32 países (46,8%) regulan algún procedimiento novedoso de adquisiciones. De esos países, 6 regulan sólo los convenios marco<sup>130</sup>; 2 regulan sólo la subasta inversa<sup>131</sup>; y 7 regulan ambos procesos<sup>132</sup>.

### **(c.10.) Regula compras sustentables**

La regulación de las compras públicas sustentables es tal vez el aspecto más novedoso de las nuevas normas de adquisiciones. Sin embargo, se trata de un indicador

---

<sup>128</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

<sup>129</sup> Para un análisis del desarrollo del *pregão* tradicional y electrónico en Brasil, ver Natalia A. Volosin, *Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo*, op. cit., pp. 88-94.

<sup>130</sup> Chile, Guatemala, Honduras, Méjico, San Vicente y las Granadinas (prevé los convenios marcos en una norma de 1967) y Venezuela.

<sup>131</sup> Paraguay y República Dominicana.

<sup>132</sup> Brasil, Colombia (también incluye un tercer procedimiento, denominado “bolsas de productos”), Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú (también incluye las “bolsas de productos”).

fundamental, pues constituye un ejemplo evidente de lo que se quiere decir cuando se sostiene que el sistema de compras públicas no constituye una actividad meramente administrativa, sino que en cambio es (o puede ser) una política pública vinculada al desarrollo. En este caso, aprovechando su poder de compra el Estado puede generar un alto impacto en materia de desarrollo sustentable.

En la región, de los 32 países analizados, 13 (40,6%) establecen algún tipo de regulación de compras sustentables<sup>133</sup>. En cuanto a las regulaciones en sí, son bastante variadas. Algunas incluyen factores medioambientales entre los criterios de evaluación de ofertas<sup>134</sup>; otras prohíben o regulan la adquisición de determinados elementos o sustancias<sup>135</sup>; otras establecen el uso obligatorio de estudios de impacto ambiental (en general para obra pública)<sup>136</sup>; otras establecen un principio de sustentabilidad ambiental para las políticas de compras, para los contratos o como objetivo general de la ley<sup>137</sup>; y, en el caso de Venezuela, se establece el denominado “compromiso de responsabilidad social”, que será analizado en profundidad en la sección III.2. Debe destacarse especialmente la situación de Ecuador, pues se trata del único país que, aunque de modo obviamente genérico, regula las compras sustentables directamente a través de su norma constitucional.

### **III. ESTUDIO DE CASOS**

Esta sección tiene como objetivo desarrollar un breve estudio de casos que permita identificar individualmente las prácticas positivas y negativas más significativas de la región. Cabe señalar que las prácticas que se destacan surgen no sólo de la información recabada a través del sistema de indicadores (SECCIÓN II), sino también de otras disposiciones de los marcos normativos. Nótese también que excluimos expresamente referencias a prácticas vinculadas al sistema electrónico de compras (ya sea informativo y/o transaccional), pues ello es específicamente analizado en otro capítulo de la investigación general.

#### **III.1. PRÁCTICAS NEGATIVAS**

##### **A) UN PAÍS SIN REGULACIONES**

---

<sup>133</sup> Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>134</sup> Grenada, Honduras, Méjico y República Dominicana.

<sup>135</sup> Brasil, Méjico y Uruguay.

<sup>136</sup> Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

<sup>137</sup> Brasil, Ecuador, Haití, Méjico, Nicaragua y Perú.

Bahamas representa sin duda la práctica más negativa de la región en materia de compras públicas. Su legislación no autónoma de administración financiera y auditoría sólo delega el poder normativo sobre compras públicas en el MOF. Y éste, por su parte, al utilizar dicho poder normativo sólo emitió tres disposiciones referidas a las adquisiciones, que lo único que hacen es crear un *Tenders Board* y establecer sus funciones, que por cierto son bastante limitadas.

En definitiva, es como si el país no tuviera regulado en absoluto su sistema de compras públicas. Y, además, si bien en 2010 el Gobierno introdujo un proyecto de ley de reforma de la ley de administración financiera y auditoría, la propuesta sólo hace referencia, precisamente, a cuestiones de administración financiera, no teniendo ninguna incidencia sobre el sistema de adquisiciones. En consecuencia, aun si se aprobara la reforma, las compras públicas permanecerían en el actual estado de “no regulación”.

#### **B) TRES PAÍSES SIN LEY Y UN LABERINTO NORMATIVO**

La segunda práctica más negativa de la región en lo que hace a la normativa en sí la representan Argentina, Perú y Venezuela, que carecen de leyes y, en cambio, regulan sus sistemas de adquisiciones mediante decretos delegados, esto es, normas legislativas dictadas unilateralmente por el Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el órgano legislativo.

Argentina, además, presenta una situación jurídicamente anómala<sup>138</sup>, pues su decreto delegado (dictado en 2001) debía ser reglamentado antes de octubre del mismo año, pero ello nunca ocurrió, manteniéndose *de facto* la vigencia de un decreto reglamentario del año 2000, de fecha obviamente anterior. Es decir que la “ley” (el decreto delegado) es posterior a su propio reglamento. Y, además, como dicha “ley” derogó el régimen legal anterior (la denominada “Ley de Contabilidad”, reglamentada por el propio decreto de 2000), en rigor el decreto de 2000 se encuentra implícitamente derogado, pues también había sido derogada la ley a la que éste reglamentaba.

A ello se suma, además, que en el año 2003 el gobierno modificó la “ley” mediante un decreto de necesidad y urgencia en el cual, como si fuera poco, prorrogó *ex post* el plazo ya vencido que había establecido el decreto delegado de 2001 para su reglamentación, que tampoco fue respetado, dado que hasta el día de hoy no se ha

---

<sup>138</sup> Para un análisis completo del desarrollo del laberinto normativo de las regulaciones de compras públicas de Argentina, ver Natalia A. Volosin, *Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo*, *op. cit.*, pp. 157-169.

emitido un nuevo reglamento. En medio de este verdadero laberinto, finalmente el órgano rector puso algo de orden al establecer, en *obiter*, que la reglamentación vigente era la del año 2000<sup>139</sup>, lo cual reiteró, en esta ocasión directamente, en una circular de agosto de 2007<sup>140</sup>.

### **C) REFORMAR PARA RETROCEDER**

Como vimos al analizar el sistema de indicadores, buena parte de los países han participado de la ola de reformas a la normativa de adquisiciones que viene produciéndose al menos desde el año 2000.

Sin embargo, y como es obvio, que un país participe de una ola de reformas no significa que efectivamente lleve a cabo una buena reforma. Un caso paradigmático al respecto es el de Antigua y Barbuda, cuya última reforma, del año 2002, tuvo como objetivo restringir el uso de procesos competitivos, permitiéndole al *Tenders Board* exceptuar a la entidad contratante de la aplicación de los procesos de licitación previstos en la normativa<sup>141</sup>.

### **D) INCLUYENDO ORGANISMOS Y EXCLUYENDO CONTRATOS**

En materia de ámbito de aplicación y alcance de la normativa, algunos países presentan una práctica claramente negativa, que consiste en establecer un ámbito de aplicación suficientemente inclusivo en lo que refiere a los organismos comprendidos, pero paradójicamente híper-exclusivo en cuanto a los tipos de contratos alcanzados. Es el caso de Costa Rica (11 excepciones), Ecuador (13 excepciones), El Salvador (10 excepciones), Jamaica (10 excepciones), Perú (20 excepciones) y Uruguay (13 excepciones).

Otra práctica negativa de la región en materia de ámbito de aplicación es la de Costa Rica, que incluye a las instituciones autónomas en el ámbito de aplicación de la ley, pero sin embargo dispone su independencia del órgano rector, permitiéndoles dictar sus propios reglamentos<sup>142</sup>.

### **E) DISCRECIONALIDAD PARA EXCLUIR CONTRATOS**

---

<sup>139</sup> ONC, [Circular N° 9/03](#), 2 de junio de 2003, B.O. 6/6/03.

<sup>140</sup> ONC, [Circular N° 27/07](#), 6 de agosto de 2007, B.O. 13/8/07.

<sup>141</sup> Ver la [reforma mencionada](#).

<sup>142</sup> Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, [“República de Costa Rica. Informe de Evaluación del Sistema de Contratación Pública del País \(CPAR\)”](#), noviembre de 2006, p. 20.

Una práctica aun más negativa en materia de contratos excluidos es la de asignarle a determinada autoridad (el Presidente, el MOF, etc.) la facultad de decidir discrecionalmente la exclusión de contratos del ámbito de aplicación de la ley. Esto ocurre en los casos de Grenada, Jamaica, San Vicente y las Granadinas y Uruguay.

#### **F) CONTRATACIÓN DIRECTA SIN MOTIVAR**

Debido a su carácter excepcional, por lo general las normas disponen que el uso de procesos no competitivos como la contratación directa sea establecido por un acto motivado de la autoridad contratante. Sin embargo, en el caso de Venezuela se establecen expresamente tres excepciones (estados de excepción constitucional, urgente necesidad para la seguridad y defensa, y situaciones de desabastecimiento) que permiten apelar a la contratación directa sin necesidad de motivar el acto.

#### **G) MECANISMO DE IMPUGNACIONES *DE FACTO***

Como vimos, muchos países de la región no establecen mecanismos de impugnación de los actos del proceso de compras. Sin embargo, en Belice la cuestión es bastante más insólita, pues este país cuenta con una suerte de sistema de impugnaciones *de facto* por el cual, en la práctica, los contratistas recurren diversos actos ante distintos organismos, tales como el Ombudsman, el *Contractor General*, los Ministros del ramo, funcionarios e incluso los medios de comunicación<sup>143</sup>.

#### **H) FRACCIONAMIENTO PERMITIDO**

Para evitar que los compradores eludan los umbrales que determinan el uso de procesos competitivos mediante el fraccionamiento de las adquisiciones, las normativas de compras suelen prohibir expresamente dicho fraccionamiento.

Si bien aquí no se ha analizado esta cuestión en el sistema de indicadores, es necesario mencionarla ahora, pues uno de los países estudiados establece al respecto una práctica que, en el sentido recién indicado, es claramente negativa. Se trata del caso de Uruguay, cuya normativa permite expresamente el fraccionamiento. Si bien la norma dispone que el comprador debe dejar expresa constancia del fundamento y la conveniencia de esta decisión, y que cuando el Tribunal de Cuentas observa

---

<sup>143</sup> Ver OEA, Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), [Respuesta de Belice al cuestionario sobre las disposiciones de la Convención seleccionadas para ser analizadas en el marco de la Segunda Ronda](#), p. 9.

reiteradamente el fraccionamiento sin que se corrija tal situación puede suspender dicha facultad, se trata de todos modos de una disposición evidentemente contraria a la necesidad de reducir la discrecionalidad y de garantizar al máximo posible el uso de procesos competitivos.

De todos modos, debe tenerse presente que este tipo de disposiciones muchas veces se utilizan (con resultados significativos) para promover la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado de compras públicas, objetivo al que consideramos fundamental para cualquier sistema de compras<sup>144</sup>.

Si bien esta cuestión genera, a priori, un contrapunto entre dos valores deseables, es posible pensar en mecanismos que eviten el conflicto. Puntualmente, podría establecerse: (a) la prohibición de fraccionamiento como regla general; (b) una excepción cuando se trata de promover la participación de pequeñas y medianas empresas; y (c) la obligatoriedad de utilizar procesos competitivos, sin aplicación de umbrales, aun para las compras que se permite fraccionar por aplicación de la cláusula de excepción.

### **III.2. PRÁCTICAS POSITIVAS**

#### **A) AMPLIO ALCANCE Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

En materia de ámbito de aplicación y alcance de la normativa, algunos países presentan prácticas claramente positivas, a saber:

- 1.** Bolivia tiene un ámbito de aplicación considerablemente completo, excluye a pocos organismos y no excluye ningún tipo de contrato.
- 2.** Colombia y Nicaragua, en lugar de excluir de la aplicación de la ley a las empresas públicas en general, sólo las excluyen si se encuentran en situación de competencia.
- 3.** El caso de Jamaica es aun más positivo, pues en lugar de limitar la aplicación a las empresas mixtas en función de la participación estatal mayoritaria, establece un estándar general que abarca a todas las compañías cuya política pueda ser influenciada por el Estado, sea por su posesión de acciones o por cualquier otro insumo financiero.

---

<sup>144</sup> Agradezco a Mariana López Fernández por observar este contrapunto entre la necesidad de garantizar el uso de procesos competitivos y la de promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas.

4. Y aun mejor es la regulación de El Salvador, que incluye en el ámbito de aplicación a todas las asociaciones público-privadas, sin limitarlas a los casos de participación estatal mayoritaria.
5. Si bien Guatemala excluye del ámbito de aplicación a las personas jurídicas privadas o mixtas que administren fondos públicos, de todos modos las obliga a publicar electrónicamente un mínimo de información cuando superan el monto de la ley para la contratación directa, así como a utilizar procedimientos competitivos y criterios imparciales y públicos de selección. Además, la ley sí les es aplicable en lo referente a contratación directa, y se dispone la fiscalización de la Contraloría para todos sus contratos.
6. Una regulación similar utilizan Nicaragua y Panamá, que aunque excluyen de la aplicación de la ley a las municipalidades, disponen que sí les resultan aplicables las obligaciones de publicidad por medio del sistema electrónico informativo.
7. Honduras y Nicaragua demuestran que es posible incluir en la normativa a los poderes Legislativo y Judicial sin vulnerar la división de poderes, al limitar la aplicación de la ley sólo a las actividades materialmente administrativas.
8. En lugar de excluir del alcance de la ley a los contratos inter-administrativos, Nicaragua, Panamá y Uruguay los incluyen en la ley, pero permiten que se realicen mediante contratación directa, de modo tal que les resulten igualmente aplicables todas las disposiciones generales de la normativa. Nicaragua también regula de este modo las compras por caja chica, y Uruguay los contratos celebrados en el extranjero.
9. Argentina, Barbados, Brasil, Guatemala, Guyana, Haití, Méjico y Panamá tienen menos de 5 categorías de contratos excluidos.

## **B) INTEGRACIÓN/SELECCIÓN ABIERTA DEL ÓRGANO RECTOR<sup>145</sup>**

En relación al órgano rector, algunos países presentan prácticas novedosas y altamente positivas:

1. En Haití, los miembros del órgano rector son elegidos luego de una evaluación realizada por un panel *ad-hoc* conformado por representantes del sector público, del sector privado y de grupos organizados de la sociedad civil.

---

<sup>145</sup> Si bien no se trata de un órgano rector, incluimos también aquí las prácticas positivas que se observan con respecto a los *Tenders Boards* de los países que cuentan con este tipo de organismos. No se incluyen, en cambio, referencias a los organismos de control tales como los *Contractor General*, que son analizadas en el Capítulo específico sobre Transparencia y Anticorrupción.



2. En Honduras, el órgano rector es asesorado por un Comité Consultivo integrado por funcionarios y por representantes del sector privado. El Comité tiene a su cargo evaluar, antes de su aprobación, las normas, manuales, modelos, etc.
3. En República Dominicana, el órgano rector cuenta con una Comisión Consultiva integrada por funcionarios y por representantes del sector privado, que tiene entre sus funciones trasladarle al órgano rector las inquietudes de la sociedad civil.
4. En Méjico, algunas dependencias y entidades deben instalar comisiones consultivas mixtas de abastecimiento en función del volumen, características e importancia de sus adquisiciones, integradas por funcionarios y por representantes del sector privado. Dichas comisiones tienen diversas funciones vinculadas con el fortalecimiento de las relaciones con los proveedores, la participación de PYMES y el uso de programas de estímulo y financiamiento.
5. En Panamá, el director y sub-director del órgano rector son nombrados por el Presidente, pero el nombramiento requiere del acuerdo de la Asamblea Nacional.
6. En Santa Lucía, el *Tenders Board* se integra, además de con funcionarios, con representantes del sector privado.

### **C) EL VALOR DE LA UNANIMIDAD**

Como vimos, una práctica bastante común entre los países del Caribe es la creación de comités de compras centrales (*Tenders Boards*). Además, vimos que la mitad de los países que establecen este tipo de organismos cuenta también con comités regionales, distritales, ministeriales o departamentales.

El modo prácticamente generalizado de organizar la relación del comité central con estos comités descentralizados es por división de funciones. Es decir que el comité central realiza algunas adquisiciones o recomendaciones y los comités descentralizados realizan otras, utilizando como criterio de división el monto de los contratos, o bien la delegación, por la cual los comités descentralizados operan sólo en aquellos casos en que el comité central o el MOF les delega autoridad. Pero, en cualquier caso, este modo de organización implica una relación de escisión entre el comité central y los comités descentralizados, y supedita la autonomía decisoria de los comités descentralizados sólo a la propia discrecionalidad delegatoria del comité central o al monto del contrato.

Sin perjuicio de que la práctica descrita en el párrafo anterior no es en absoluto negativa, hay un país que se destaca por establecer un modo de organización distinto y que, a nuestro criterio, es claramente superior: Trinidad y Tobago.

Por un lado, este país dispone de un modo de organización basado en la cooperación: los comités descentralizados que operan en cada organismo comprador evalúan las ofertas de todas las contrataciones de bienes, servicios y obras superiores a determinado monto y le formulan recomendaciones al comité central. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en los demás países que cuentan con comités centrales y descentralizados, en los que las adquisiciones superiores son directamente realizadas, recomendadas o aprobadas por el comité central, en Trinidad y Tobago se aprovecha la más inmediata relación que tienen los comités descentralizados con las necesidades de compras del organismo<sup>146</sup>.

Por otra parte, para las compras inferiores sí se establece una relación de división de funciones como en los demás países, pero en lugar de supeditarla sólo al monto del contrato o a la propia discrecionalidad delegatoria del comité central, se utiliza un criterio adicional: el de la unanimidad. Esto significa que para las contrataciones inferiores a determinado monto, los comités descentralizados realizan la contratación por sí mismos sin intervención del comité central (hasta aquí rige el criterio del monto como en los demás países), pero sólo si la decisión del comité descentralizado es unánime. En caso contrario, los comités descentralizados deben remitir su recomendación al comité central para que éste decida sobre la adjudicación.

#### **D) ESTRUCTURA GENERAL DE USO DE PROCESOS COMPETITIVOS**

Algunos países no sólo establecen el uso de procesos competitivos como regla general, sino que, positivamente, lo hacen de un modo considerablemente estricto, a saber:

1. Brasil y Honduras lo regulan directamente a través de una cláusula constitucional.
2. Haití no lo establece constitucionalmente sino por ley, pero la norma es considerablemente estricta, disponiendo que la licitación pública es la regla general, y que el uso de cualquier otro modo de selección es excepcional y sólo puede realizarse para las adquisiciones cuyos montos sean inferiores a los umbrales de selección o en las situaciones particulares previstas en la ley, disponiendo además

---

<sup>146</sup> Cabe notar que San Vicente y las Granadinas tiene un sistema similar, que no es tratado aquí debido a que el país no cuenta con comités descentralizados. En definitiva, se trata del mismo tipo de relación, sólo que en lugar de establecerse entre el comité central y los comités descentralizados, opera directamente entre el comité central y el ministerio o departamento (el ministerio le formula recomendaciones al comité central).

que, en todos los casos, la decisión de la autoridad contratante debe ser motivada y notificada al órgano rector.

#### **E) INTERESANTES MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN**

Más allá de la necesidad de que los países establezcan mecanismos de impugnación, algunos países disponen, además, de mecanismos especialmente destacables, a saber:

1. En Brasil, cualquier ciudadano puede impugnar la convocatoria a una licitación por irregularidades en la aplicación de la ley, estableciéndose además plazos brevísimos (5 días para impugnar y 3 días para resolver).
2. En Costa Rica, cualquier entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos puede impugnar la convocatoria o el pliego.
3. Chile, Guyana, Haití, Panamá y Perú establecen Tribunales Especiales de Contratación para resolver las impugnaciones y recursos que se presentan durante el proceso, garantizando de ese modo que las decisiones sean revisadas por un órgano independiente de la autoridad contratante. Jamaica establece un tribunal de este tipo para resolver las apelaciones de las impugnaciones y recursos resueltos por la propia entidad contratante y por su superior.

#### **F) CONCILIACIÓN Y/O ARBITRAJE**

Sin perjuicio de los mecanismos de impugnación, se destaca positivamente la práctica por la cual se establecen sistemas de conciliación y/o arbitraje para resolver las controversias, prevista en Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Paraguay y Perú.

#### **G) PROCESOS NOVEDOSOS**

Sin perjuicio de los casos paradigmáticos de Brasil y Chile en el uso de convenios marco, así como de la subasta inversa o *pregão* en Brasil, que lograron expandirse a muchos otros países de la región, cabe destacar dos ejemplos seguramente menos conocidos, pero no por ello menos importantes:

1. San Vicente y las Granadinas prevé los convenios marco en una legislación que data de 1967.

2. Colombia y Perú disponen de un procedimiento novedoso denominado “bolsas de productos” para la adquisición de bienes estandarizados, por el cual las entidades compradoras realizan adquisiciones a través de intermediarios que negocian en las ruedas de las bolsas de productos del mercado privado.

#### **H) COMPROMISO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL**

Venezuela ha implementado una práctica altamente positiva y absolutamente novedosa para la región, denominada “compromiso de responsabilidad social”<sup>147</sup>. Este proceso opera para todas las contrataciones superiores a un umbral objetivo, incluyendo a aquellas a las que no les son aplicables las modalidades de contratación de la ley, y excluyendo a los servicios laborales y los contratos inter-administrativos. Mediante esta disposición se exige al adjudicatario depositar un valor de entre el 1% y el 5% del monto del contrato a efectos de realizar una obra o proyecto social. La obra, además, debe realizarse en un plazo menor al establecido para la ejecución del contrato, de modo de asegurar su efectiva ejecución.

La determinación de la obra o proyecto a realizar se efectúa en función de las necesidades del entorno social del ente contratante o de las comunidades organizadas ubicadas en su área de influencia, y puede tratarse de: proyectos de desarrollo socio comunitario, creación de nuevos empleos permanentes, formación socio productiva de integrantes de la comunidad, venta de bienes a precios solidarios o al costo, aporte en especies a programas sociales o a instituciones sin fines de lucro, o cualquier otro proyecto que satisfaga las necesidades del entorno social del ente. Finalmente, la ejecución de la obra es controlada por el contratante, por las comunidades beneficiadas y por los órganos de control.

---

<sup>147</sup> Ver arts. 34-50 del Reglamento a la Ley de Contrataciones Públicas.