Boletín de
Estudios Legales

Boletín No. 127 - Julio 2011 | Departamento de Estudios Legales, DEL | ISSN 1995-0888

Reformas a la LACAP: debilitamiento al sistema de compras públicas

Fusades observa con preocupación la ausencia de reflexión y consenso en la aprobación de reformas legales, que no responden a los principios inspiradores de la LACAP ni a las mejores prácticas internacionales en la materia.

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) contiene las principales normas sobre las compras gubernamentales, y su contenido reviste de especial interés para alcanzar un manejo eficiente y probo del erario nacional.

Fusades observa con preocupación la ausencia de reflexión y consenso entre los distintos actores en la aprobación de reformas legales, que no responden a los principios inspiradores de la LACAP ni a las mejores prácticas internacionales en la materia. El ejemplo más palpable de este desacierto es la necesidad de nuevas reformas a las ya aprobadas. Por tanto, en este documento se realizan las consideraciones sobre estas modificaciones legales y las acciones necesarias para contar con un sistema de compras públicas moderno y transparente.

I) Antecedentes

La LACAP fue aprobada el 5 de abril de 2000, inspirada en los principios de eficiencia, rendición de cuentas y debido proceso, con el objetivo de establecer un sistema ordenado y coherente, para promover la competencia en forma abierta y transparente, y propiciar el control indispensable en las adquisiciones y contrataciones de toda la Administración Pública, tal como establece su exposición de motivos[1].

Su aprobación modernizó el marco normativo considerablemente, ya que previo a la LACAP coexistían varias leyes que regulaban estas temáticas, cada una con sus procedimientos y vicisitudes, como las siguientes:

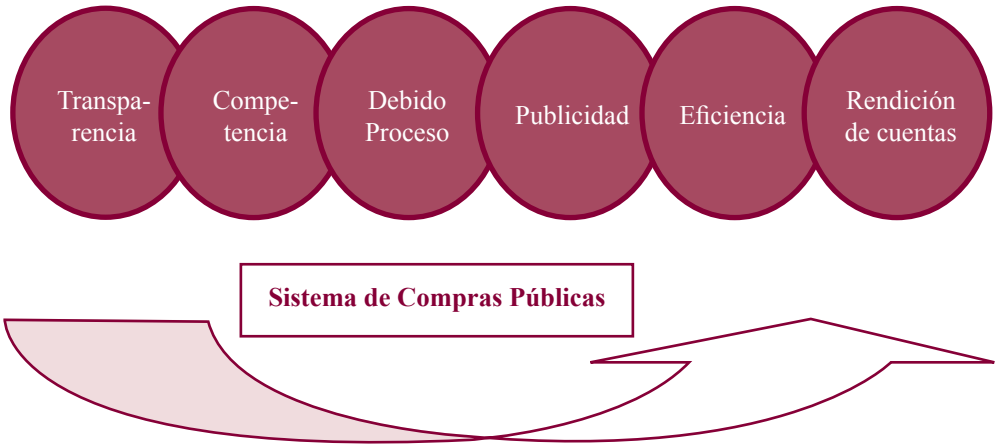
1. Decreto Legislativo N° 868, de fecha 5 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial N° 88, Tomo N°347, de fecha 15 de mayo del mismo año.

Ley de Suministros de 1945, Ley de Suministros de Obras Públicas de 1953, las disposiciones especiales en materia de adquisiciones y contrataciones contenidas en las Disposiciones Generales del Presupuesto General y las leyes de creación y organización de las instituciones autónomas, entre otras.

Ahora bien, a 11 años de vigencia, tanto la práctica como diversos estudios han detectado aspectos a mejorar dentro de la regulación, y corresponde analizarlos a la luz de los principios rectores de la misma.

Es por ello que cualquier proceso de reforma a la LACAP debe respetar los principios aceptados internacionalmente para todo sistema de adquisiciones y contrataciones públicas: transparencia, competencia, debido proceso, publicidad, eficiencia y rendición de cuentas[2] (gráfica 1). Todo con el fin de garantizar que las reformas sean para fortalecer el marco normativo vigente y no para desnaturalizarlo al grado que pierda su razón de ser.

Gráfica 1. Principios para el Sistema de Compras Públicas



Fuente: Elaboración propia

II) Coyuntura Nacional

Las compras y contrataciones de la Administración Pública constituyen un componente clave del gasto público. De manera que, su utilización eficiente, es un aspecto esencial de la política fiscal y un elemento indispensable para alcanzar los objetivos de desarrollo de los países, en especial, en la situación fiscal de El Salvador.

Estudios internacionales muestran que las compras públicas constituyen el mercado más grande del mundo, valorado en miles de millones de dólares, y que el impacto de la actividad compradora de los gobiernos puede

2. OCDE. (2009). Principles for Integrity in Public Procurement. OCDE Publications.

Las compras y contrataciones de la Administración Pública constituyen un componente clave del gasto público. De manera que, su utilización eficiente, es un aspecto esencial de la política fiscal y un elemento indispensable para alcanzar los objetivos de desarrollo de los países, en especial, en la situación fiscal de El Salvador.

superar el 15% del PIB[3], de los cuales un porcentaje significativo se pierde por alguna forma de corrupción[4]. En el caso particular de El Salvador, en el 2010 la suma de bienes y servicios y gasto en inversión bruta fue alrededor de US$1564.8 millones, es decir, el 7.2% del PIB[5].

De lo anterior, se deriva la importancia que el país cuente con un marco normativo moderno que dé las herramientas necesarias para que se consolide un sistema nacional de compras y adquisiciones de la administración pública que garantice el buen manejo de los fondos públicos. Aunado a las leyes se requieren otros elementos, tales como: una estructura institucional adecuada, con recursos humanos suficientes y profesionalizados, mecanismos e instancias de control eficientes e independientes, herramientas de transparencia, entre otros[6].

En abril 2010 se realizó una evaluación del sistema de compras públicas de El Salvador, basada en la metodología propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), por parte del Ministerio de Hacienda, a través de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones (UNAC); esta evaluación utiliza cuatro elementos de análisis: a) marco legislativo y regulatorio, b) marco institucional y capacidades de gestión, c) operaciones de adquisición y prácticas del mercado, d) integridad del sistema en términos de transparencia y controles anticorrupción.

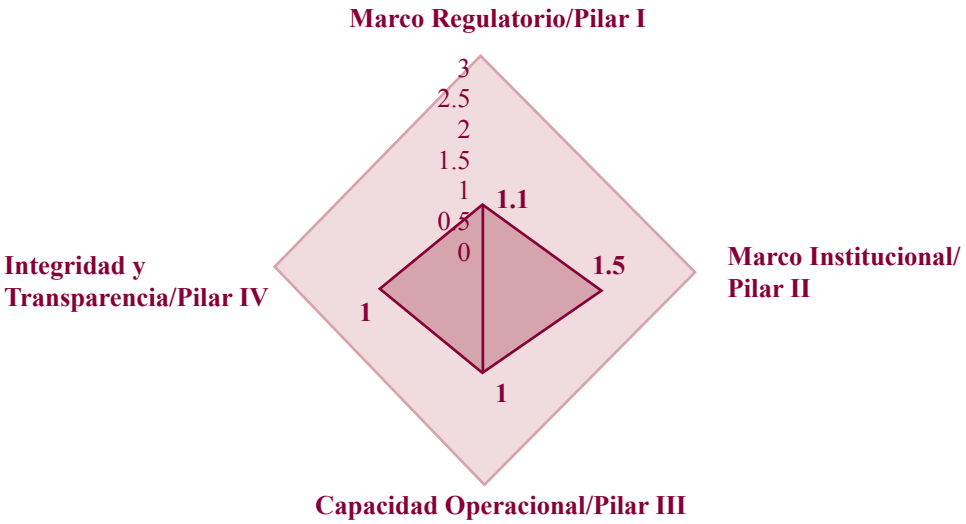
Este estudio demostró que si bien el marco regulatorio e institucional es susceptible de ser mejorado, como la independencia de la UNAC, es en la aplicación práctica de las normas donde se presentan deficiencias importantes, tanto en la capacidad operacional como en la transparencia, que deben ser atendidas con prontitud para garantizar mayor transparencia y agilidad en las contrataciones públicas, como se advierte en la Gráfica 2[7].

La corrupción se desarrolla en la opacidad, por lo que toda reforma legal debe asegurar los mecanismos que garanticen transparencia y la rendición de cuentas, como una ruta segura para eliminar la corrupción e impregnar de mayor legitimidad a las actuaciones públicas.

Las últimas reformas a la LACAP recobraron interés a partir de septiembre de 2010 con la incorporación del tema en la agenda de la Comisión de

3. OCDE. (2009). Op. cit.
4. OCDE. (2009). Op. cit.
5. Estas estimaciones incorporan las compras de todas las autoridades públicas: el Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como entidades autónomas y municipalidades. Otras estimaciones del monto total de las compras públicas rondan $800 millones porque excluyen a ciertas organizaciones públicas.
6. Banco Interamericano de Desarrollo. (2007). Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana. Serie de Estudios Económicos y Sectoriales RE2-07-004.
7. UNAC. (2010). Evaluación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones Públicas de El Salvador. El Salvador.

Gráfica 2. Resultados de la evaluación con metodología OCDE



Fuente: UNAC. (2010) Evaluación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones Públicas de El Salvador

La corrupción se desarrolla en la opacidad, por lo que toda reforma legal debe asegurar los mecanismos que garanticen transparencia y la rendición de cuentas, como una ruta segura para eliminar la corrupción e impregnar de legitimidad a las actuaciones públicas.

Hacienda de la Asamblea Legislativa[8]. El análisis inició con varias propuestas presentadas por el Presidente de la República, la Cámara Salvadoreña de la Construcción y los grupos parlamentarios del FMLN, ARENA, PCN y PDC[9].

Numerosos estudios internacionales han señalado la necesidad de transparentar la discusión legislativa dentro del proceso de formación de ley, con la intención de promover la participación ciudadana y procurar una discusión pública, abierta y objetiva, que propicie la presencia de un genuino interés nacional. En otras Comisiones, la Asamblea Legislativa ha habilitado la transmisión televisiva de las discusiones; sin embargo, la discusión de estas reformas no retomó esta buena práctica, y optó por la reserva y el secreto[10], incluso al momento de recibir a gremiales empresariales e instituciones públicas[11].

La propuesta presentada por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, guió el debate legislativo. Las reformas fueron aprobadas el 18 de mayo de 2011 mediante Decreto Legislativo N° 725, y posteriormente fueron sancionadas y publicadas el 2 de junio de 2011 en el Diario Oficial N° 102, Tomo N° 391.

III) Análisis de las reformas

Las reformas, compuestas por 80 artículos, modifica 68 disposiciones, adiciona 9 y deroga 12 de la LACAP,

8. Observatorio Legislativo. (2010). Comisión de Hacienda inicia estudio de reformas a la ley LACAP. Noticias del 12 de septiembre.
9. Observatorio Legislativo. (2010). Cuadro comparativo de las reformas presentadas a la LACAP. Noticias del 8 de septiembre.
10. Fusades. (2011). Reformas a la LACAP. Posición Institucional febrero 2011. Departamento de Estudios Legales.
11. Asamblea Legislativa. (2011). Salud, CASALCO y ANEP presentan reformas a la LACAP. Noticias del 8 de febrero.

que consta de 175 artículos. A continuación se desarrollan las más relevantes.

a) Más "exclusiones" de la ley, art. 4

Tal como lo señala la Superintendencia de Competencia, la LACAP es la normativa por medio de la cual el Estado puede promover y proteger la rivalidad de los mercados, y recibir los beneficios de la libre competencia. En ese sentido, esta institución recomienda que la mayoría de compras públicas se encuentren sujetas a la LACAP, y que sólo excepcionalmente se permitan las exclusiones, cuando existan motivos que las justifiquen y no sea afectada significativamente la competencia.

La reforma amplía el número de supuestos excluidos de la aplicación de la LACAP, como se advierte en la Tabla 1. Con esto se desnaturaliza la ley, ya que se aleja totalmente de la finalidad de la LACAP que es tener un marco jurídico único y sistémico que englobe el manejo de las compras públicas.

Con estas acciones se vacía su contenido y crea un precedente negativo porque en futuras ocasiones pueda seguirse ampliando este listado de exclusiones, lo que nos retrocede a un estado anterior a la LACAP, y en algunos supuestos, a un vacío normativo.

Por mencionar un ejemplo, las reformas excluyen en la letra i) a "las obras de construcción bajo el sistema de administración que realicen los concejos municipales", de manera que, estos contratos normalmente ejecutados con los montos entregados por el Fondo para el Desarrollo Económico y Social (FODES), unos 100 millones de dólares al año, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LACAP. Por otra parte, la UNAC interpreta que la exclusión únicamente aplica a la ejecución de la obra, por tanto, las adquisiciones de los insumos para la obra deben seguir el procedimiento de la LACAP[12]. Es así que, la ambigüedad de la norma permite diversas interpretaciones de la misma, lo que atenta a la certeza jurídica.

Por ejemplo, la debilidad institucional de algunas municipalidades es un problema advertido en varias investigaciones, y no constituye justificación para excluirlos de la ley, sino más bien es imperativo proporcionar asistencia técnica y entrenamiento de forma permanente, entre otras medidas, para implementar sistemas de adquisiciones simples y compatibles con sus necesidades, en respeto con los principios y las buenas prácticas[13].

La debilidad institucional de las municipalidades es un problema advertido en varias investigaciones, y no constituye justificación para excluirlos de la ley, sino más bien es imperativo proporcionar asistencia técnica y entrenamiento de forma permanente y sistemática.

12. UNAC. (2011). Reformas a la LACAP 2011. Ministerio de Hacienda – UNAC. Presentación de fecha 13 de julio de 2011 en el evento "Divulgación de las Reformas LACAP", Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.
13. Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial. (2006). República de El Salvador Informe de Evaluación del Sistema de Contrataciones. El Salvador.; y UNAC. (2010). Op. Cit.

Tabla 1. Exclusiones a la LACAP Art. 4

a)	Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados(....) en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerara excluida;
b)	Los convenios que celebren las instituciones del Estado, entre si;
c)	La contratación de servicios personales que realicen las instituciones de la Administración Pública(...);
d)	Los servicios bancarios y financieros, que no sean de seguros, celebrados por la Administración Pública.
e)	La concesión de derechos de imagen, patentes, y similares que son propiedad del Estado.
f)	Las operaciones de colocación de títulos en el mercado internacional;
g)	Las adquisiciones y contrataciones que realice en su respectiva sede el Servicio Exterior en el extranjero, para su adecuado funcionamiento (...)
h)	Servicio de distribución de energía eléctrica y servicio público de agua potable.
i)	Las obras de construcción bajo el sistema de administración que realicen los concejos municipales.

Fuente: Elaboración propia

Asimismo, en el caso de la letra e) relativa a la concesión de derechos de imagen, patentes, y similares que son propiedad del Estado, se considera necesario generar una competencia que asegure la elección de la mejor oferta en términos de precio y calidad, y no se justifica la exclusión de dichos servicios de la aplicación de la LACAP[14].

b) Las reformas han incrementado las contrataciones directas, art. 72.

Esta reforma adiciona supuestos bajo los cuales podrán realizarse contrataciones directas. La regulación anterior contenía siete casos, pero ahora se adicionaron cuatro casos y se amplían algunos de los supuestos existentes, como se observa en el Diagrama 2.

El Art. 234 de la Constitución establece que "cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberá someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley". Por tanto, la contratación directa debe ser una excepción.

De manera que, al observar el listado de casos de contrataciones directas, se advierte que no están debidamente justificadas. Por ejemplo, incorporan términos ambiguos e imprecisos en la letra i) que dice: "los servicios profesionales brindados por auditores especializados, contadores, abogados,

14. Superintendencia de Competencia SC-002-OP/PN/R-2011, Opinión del día 12 de abril de 2011.

Tabla 2. Supuestos de contrataciones directas, Art. 72

a)	Por tratarse de patentes, derechos de autor, derechos exclusivos, actividades artísticas o servicios altamente especializados que no son prestados en el país
b)	Cuando se encuentre vigente el Estado de Emergencia, Calamidad, Desastre, Guerra o Grave Perturbación del orden dictado por la autoridad competente.
c)	Cuando se trate de proveedor único... sea indispensable comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la Administración Pública.
d)	Si se trata de insumos, maquinaria o equipos especializados, o repuestos y accesorios de éstos, que se utilicen para la investigación científica o desarrollo tecnológico.
e)	Si se emitiera acuerdo de calificativo de urgencia de conformidad a los criterios establecidos en esta Ley.
f)	Si se declara desierta por segunda vez la licitación o concurso.
g)	En caso de terminación anticipada del contrato derivado de un proceso adquisitivo, por causas imputables al contratista.
h)	Si se tratase de equipo o material de guerra, calificado de esa manera por el Ministro de la Defensa y aprobado por el Presidente de la República.
i)	Los servicios profesionales brindados por auditores, contadores, abogados, mediadores, conciliadores, árbitros, asesores, entre otros; cuando en atención a la naturaleza del servicio que se requiera, la confianza y la confidencialidad sean elementos relevantes para su contratación.
j)	Si se trataré de contratación de obras, bienes y servicios de carácter preventivo para atender las necesidades en estados de emergencia o calamidad, y
k)	La adquisición de medicamentos para el abastecimiento del sistema de salud pública, debiendo la entidad adquirente publicar en su página web, los montos, precios, plazos y demás términos contractaules de adquisición.

Fuente: Elaboración propia

mediadores, conciliadores, árbitros, asesores y peritajes, entre otros; cuando en atención a la naturaleza del servicio que se requiera, la confianza y la confidencialidad sean elementos relevantes para su contratación", por tanto, la confianza y la confidencialidad son criterios que pueden resultar muy subjetivos y generar abusos.

Para el caso de la letra h), "equipo o material de guerra", y la letra j), "obras, bienes y servicios de carácter preventivo", en ambos casos, se puede incentivar la falta de una planificación y motivación de las contrataciones, y no se advierte una justificación a la necesidad de otorgar este amplio margen a los funcionarios.

Por su parte, la letra b) agrega el supuesto "cuando se encuentre vigente el estado de emergencia, calamidad, desastre, guerra o grave perturbación del orden dictado por autoridad competente", lo que podría conllevar su aplicación a contrataciones no relacionadas con los hechos que originaron esta situación.

La letra k) incorpora a "los medicamentos para el abastecimiento

Una ley tan importante como la LACAP no puede contener conceptos ambiguos que conlleven a interpretaciones discrecionales y amplias, que dejen abiertos espacios para la corrupción.

Las recomendaciones internacionales buscan procesos de licitación con mecanismos de seguridad enfocados en procesos de licitación transparentes, donde priven los criterios técnicos al adjudicar, y no en función de tener una lista amplia de personas como lo hace la reforma en cuestión.

del sistema de salud pública", de manera general y absoluta, lo que puede generar procesos donde se restrinja la competencia, afectando la eficiencia económica en perjuicio de los intereses del Estado y de la sociedad. Vale aclarar que más allá de permitir la realización de compras directas, para garantizar un abastecimiento en el sistema de salud pública se requiere de las capacidades técnicas adecuadas en las instituciones, partiendo de la elaboración de buenas bases de licitación, elaboración de presupuestos, la adecuada planificación de compras, entre otras medidas.

En general, para que una ley sea efectivamente aplicada y pueda cumplir con los fines con los cuales fue creada, debe contar con conceptos jurídicos ciertos y determinados. Una ley tan importante como la LACAP no puede contener conceptos ambiguos que conlleven a interpretaciones discrecionales y amplias, que dejen abiertos espacios para la corrupción.

Ya que la contratación directa es una situación excepcional, los funcionarios deberán motivar suficientemente su utilización. Además, deberán publicar dicha resolución razonada, así como todos los elementos esenciales del proceso de licitación (precio, plazos, forma de contratación, participantes, entre otros), de acuerdo a lo establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública[15].

15. Decreto Legislativo N° 534, de fecha 2 de diciembre de 2010, publicado en el Diario Oficial N° 70, Tomo N° 391, de fecha 8 de abril de 2011. Art. 18, letra k)

c) Impedidos para Oferta, art. 26.

Con las reformas, en el artículo 26 se incorpora una lista taxativa de funcionarios y titulares de las instituciones públicas impedidos para ofertar tanto en su misma institución, como en el resto de la Administración Pública, así como sus parientes y las personas jurídicas con quienes tengan relaciones de administración (gerentes, directores, asesores, etc.) o propiedad (socios o accionistas sin establecer mínimos).

De manera general, se destaca que las recomendaciones internacionales buscan procesos de licitación con mecanismos de seguridad enfocados en procesos de licitación transparentes, donde priven los criterios técnicos al adjudicar, y no en función de tener una lista amplia de personas como lo hace la reforma en cuestión, ya que esta práctica corre el riesgo de excluir supuestos que deberían estar incluidos.

En las recomendaciones de la OCDE, para fortalecer la integridad en las compras públicas, no se refieren a listas taxativas de exclusión aquí citadas, sino más bien, se enfoca en el manejo de los conflictos de interés, incorporando prácticas, tales como:

- Instaurar declaraciones patrimoniales y de intereses, para los funcionarios involucrados en el proceso de compras y para los que estén en altas posiciones del gobierno. Esta información debe ser analizada para identificar

posibles conflictos de interés, ser adecuadamente archivada y actualizada; dando acceso a los oficiales de compras y otros actores cuando sea relevante.

- Investigar la identidad de los posibles contratistas y subcontratistas para verificar que no se incurra en corrupción utilizando dicha figura.
- Establecer procedimientos y mecanismos institucionales que protejan a los funcionarios dedicados a las compras públicas, tales como mecanismos de selección del personal en base a mérito y garantías de estabilidad laboral.
- Capacitar a los funcionarios en materia de ética e integridad pública, para saber responder a presiones indebidas.

En las recomendaciones de la OCDE, para fortalecer la integridad en las compras públicas, no se refieren a listas taxativas de exclusión aquí citadas, sino más bien, se enfoca en el manejo de los conflictos de interés.

Al analizar la legislación comparada, cabe destacar que tanto en Guatemala, Costa Rica y Honduras, Tabla 3, prohíben que participen ofertando los funcionarios públicos en su calidad personal o como parte de una sociedad, siempre y cuando, sea una licitación donde tengan algún tipo de participación de manera directa o indirecta. En ninguna de estas tres legislaciones hay una prohibición tan amplia que no permita ofertar al funcionario, o a algún pariente o una sociedad, en una licitación donde no tenga relación alguna con la contratación.

Únicamente Costa Rica hace referencia a una prohibición para ofertar a las sociedades donde un funcionario posea una participación accionaria de más de un 25% en una sociedad, es decir, una cantidad relevante en la toma de decisiones dentro de dicha sociedad. Ahora bien, en El Salvador, a partir de las reformas aprobadas, basta que un funcionario posea 1 acción para que la sociedad sea inhabilitada para ofertar en las licitaciones en toda la Administración Pública.

d) Reglas especiales de contratación, art. 39-C

Estas reformas incorporan beneficios en función del tipo de empresas y la ubicación geográfica de las mismas. Así pues, la Administración Pública y municipalidades están obligadas a facilitar el acceso a las licitaciones, apoyar a las empresas de su localidad, y a contratar al menos el 12% del presupuesto anual destinado a las compras públicas, siempre que cumplan los estándares de calidad.

Al respecto, es preciso señalar que estas medidas especiales son reconocidas en los tratados internacionales, siempre y cuando satisfagan los requisitos establecidos en los mismos y no exista un conflicto normativo[16]. Sin embargo, es importante recalcar que más allá de las obligaciones legales, es relevante incorporar otras medidas reglamentarias y operativas, que aparecen como barreras de entrada al sistema, sin perder de vista la importancia de que exista un balance

16. Constitución de la República de El Salvador, art. 115. Además, el CAFTA-DR incluye disposiciones en el Capítulo 9.

Tabla 1. Legislaciones centroamericanas sobre las prohibiciones de contratación.

Guatemala / Ley de Contrataciones de Estado	Costa Rica / Ley de Contratación Administrativata	Honduras / Ley de Contrataciones del Estado
Art. 80 Prohibiciones No podrán cotizar, licitar ni celebrar contratos con el Estados derivados de la aplicación de la presente ley las personas en quienes concurran cualquiera de las circunstancias siguientes: ……. "Ser servidor o trabajador público del Estado o de las entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, así como sus parientes legales, cuando los contrataos deban celebrarse con las dependencias en que tal servidor o ***trabajador del Estado preste sus servicios o se encuentre bajo su autoridad. Igual prohibición rige para las personas jurídicas cuando dicho funcionario sea socio o representantes de las mismas.*** Haber intervenido directa o indirectamente en las fases previas a la compra o contratación. Esta prohibición se hace extensiva a los parientes legales, así como a las personas jurídicas de las cuales sean socios o representantes.	Art. 2 Prohibiciones para ofertar El presidente y los vicepresidentes de la Republica, los ministros y los viceministros, los diputados a la AL, los magistrados propietarios de la CSJ y los del TSE, el contralor y el subcontralor generales de la Republica, el procurador general y el procurador general adjunto, el tesorero, y el subtesorero nacionales, así como el proveedor y el subproveedor nacionales. En los casos de puestos de elección popular, la prohibición comenzara a surtir efectos desde que el TSE declare oficialmente los resultados. f) Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios afectados por prohibición, sean estos internos o externos, a título personal o sin ninguna clase de remuneración, ***respecto de la entidad para la cual presta sus servicios dicho funcionario, personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero de vida o parientes indicados anteriormente, sean titulares de mas de un 25% del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.***	Art. 15 Aptitud para contratar e inhabilidades. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas hondureñas o extranjeras que teniendo plena capacidad de ejercicio, acrediten su solvencia económica y financiera y su idoneidad técnica y profesional y no se hallen comprendidas en algunas de las circunstancias siguientes: …….. "Ser funcionarios o empleados, con o sin remuneración, al servicio de los poderes del estado o de cualquier institución descentralizada, municipalidad y organismo que se financie con fondos públicos, sin perjuicio de lo previsto en Art. 258 Cn. Ser conyugue, personas vinculada por unión de hecho o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de los funcionarios o empleados bajo cuya responsabilidad este la precalificación de las empresas, la evaluación de las propuestas, la adjudicación o la firma del contrato. 7. Tratarse de sociedades mercantiles en cuyo capital social participen ***funcionarios o empleados públicos que tuvieren influencia por razón de sus cargos o participaren directa o indirectamente en cualquier etapa de los procedimientos de selección de contratistas.*** Esta prohibición se aplica también a las compañías que cuenten con socios que sean cónyuges, personas vinculadas por unión de hecho o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los funcionarios o empleados a que se refiere el numeral anterior, o aquellas en las que desempeñen, puestos de dirección o de representación personas con esos mismos grados de relación o de parentesco.

Fuente: Elaboración propia

entre celeridad, respeto a la legalidad, a la transparencia y al debido proceso, tal como se describen en el Diagrama 1.

e) Se ajustaron los montos de contratación, art. 40.

Las reformas eliminan la licitación pública por invitación e incorporan un mecanismo diferenciado para definir las formas de contratación, entre las municipalidades y el resto de la Administración Pública, estableciendo montos inferiores para los primeros, Diagrama 2.

Se destaca que es una práctica común los ajustes a los montos de contratación, debido a la necesidad de

se advierte con preocupación que la reforma no establece la forma de contratación para las compras públicas de la Administración Pública entre los 160 y 240 salarios mínimos. Podría suponerse que es un error del legislador; en todo caso, es un vacío que requiere una reforma legal para solucionar cualquier ambigüedad.

adecuarla a la realidad económica del país; no obstante, las modificaciones incorporadas por el D.L. 725 no responden a esto, sino más bien a la decisión de incrementar hasta el triple los montos de contrataciones para la libre gestión, lo que podría implicar una reducción en los procedimientos de control contra la corrupción y más facultades discrecionales a los funcionarios.

Además, se advierte con preocupación que la reforma no establece la forma de contratación para las compras públicas de la Administración Pública entre los 160 y 240 salarios mínimos. Podría suponerse que es un error del legislador; en todo caso, es un vacío que requiere una reforma legal para solucionar cualquier ambigüedad.

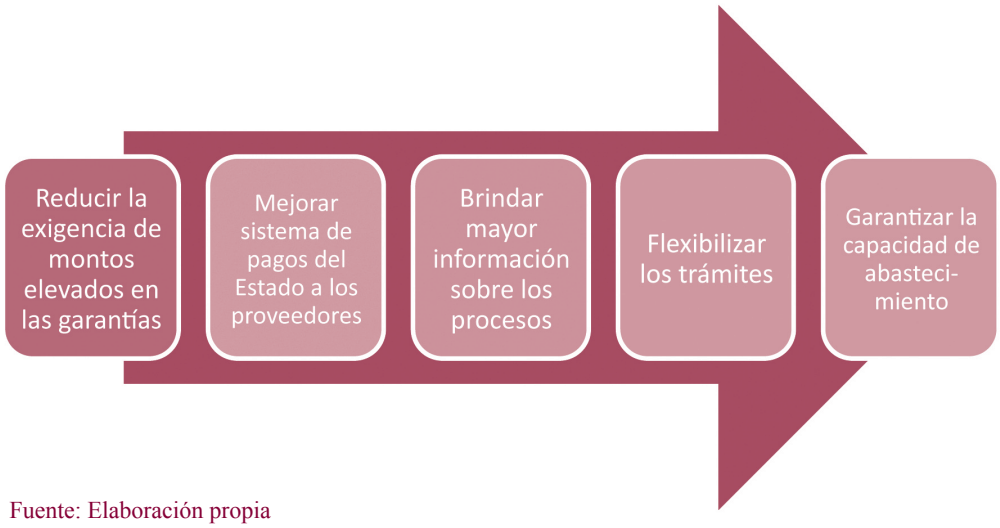
La diferenciación entre las municipalidades y la Administración Pública es comprensible debido a las diferencias en las cantidades de las compras y capacidades de gestión; sin embargo, es necesario fortalecer las capacidades operativas e instrumentos de control.

Cabe destacar, que estas disposiciones deben estar en sintonía con las normas establecidas en los acuerdos comerciales relativos a las compras gubernamentales, por ejemplo CAFTA-DR, que incorpora el Capítulo 9, relativo a compras de gobierno; y en caso de conflicto normativo siempre tendrán prevalencia lo disputado en el tratado internacional.

f) Resolución de Controversias, art. 161-169

Las reformas en el tema de resolución de controversias incorporan importantes modificaciones a la manera de actuar hasta la fecha. El art. 161 otorga preferencia a la sede judicial para las diferencias o conflictos durante la ejecución del contrato, empero permite

Diagrama 1. Plan Integral de Mypimes



Fuente: Elaboración propia

Diagrama 2. Formas de contratación

Antes de la reforma mayo 2011

Hasta 10 ($2,242.1	LIBRE GESTIÓN. Entre 10 y 80 ($2,242.1 a $17,936.8)	LICITACIÓN PÚBLICA POR INVITACIÓN. Entre 80 y 635 ($17,936.8 a $142,373.35)	LICITACIÓN PÚBLICA. Mayor a 635 ($142,373.35)

Después de la reforma mayo 2011

Municipalidades:

Hasta 20 ($4,484.2)	LIBRE GESTIÓN. Entre 20 y 160 ($4,484.2 a $35,873.6)	LICITACIÓN PÚBLICA Mayor a 160 ($35,873.6)

Administración Pública:

Hasta 20 ($4,484.2)	LIBRE GESTIÓN. Entre 20 y 160 ($4,484.2 a $35,873.6)	SIN REGULACIÓN	LICITACIÓN PÚBLICA Mayor a 240 ($53,810.4)

Nota: Cálculo realizado con base al salario mínimo del sector comercio a mayo 2011, $224.21 mensual.
Fuente: Elaboración propia

la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos mediante la suscripción de un pacto expreso. De manera que se corre el riesgo de perder los beneficios de los mecanismos de solución alterna, como la celeridad, imparcialidad, especialidad, entre otros.

Al respecto, la práctica internacional ha demostrado la predilección de los inversionistas a los arbitrajes, en especial los internacionales, por ser un mecanismo que es más técnico, expedito, eficiente y que brinda mayor certeza y predictibilidad[17].

Por otro lado, el art. 165 permite el arbitraje técnico, como otra opción para la solución de los conflictos. Así como, establece el contenido mínimo de la cláusula arbitral: designación del tipo de arbitraje, número de árbitros y forma de elección, elección del procedimiento y lugar a desarrollarse, y reglas especiales para los impedimentos y recusaciones. El resto de aspectos se remite a la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje.

Varios estudios sobre el sistema de compras señalan que una de las principales debilidades del Gobierno es la falta de claridad en las cláusulas procedimentales, que guíen y faciliten la labor a los funcionarios en caso de

17. Cabe destacar que en octubre de 2009 se realizaron otras reformas a la LACAP que sustituyeron el arbitraje en equidad por el arbitraje en derecho, sin un análisis adecuado y mediante dispensa de trámites. Fusades. (2009). Desnaturalización de la Institución del Arbitraje. Posición Institucional. Octubre 2009. Departamento de Estudios Legales. El Salvador.

Se reitera la dificultad técnica y operativa para la implementación de las reformas, por ejemplo, 90 de 262 municipalidades carecen de acceso a internet.

El art. 169 establece que "en el caso de arbitrajes institucionales, contra el laudo arbitral que emitieren los árbitros, no cabrá recurso alguno; excepto el de nulidad", es decir, persisten los recursos para los arbitrajes ad hoc.

controversias en la ejecución de los contratos; por tanto, el éxito de esta reforma está estrechamente vinculado con acciones operativas orientadas a superar esta falencia, como la capacitación de los funcionarios públicos, la elaboración de bases de licitación técnicamente sólidas, preparación de contratos con una adecuada distribución de riesgos y obligaciones, la promulgación de normativa estandarizada por parte de la UNAC, la incorporación de nuevos mecanismos de tratado directo, la implementación de procesos para monitorear la administración de contratos, entre otras[18].

El nuevo art. 169 establece que "en el caso de arbitrajes institucionales, contra el laudo arbitral que emitieren los árbitros, no cabrá recurso alguno; excepto el de nulidad". Por tanto, en parte subsana el retroceso ocasionado por las reformas legales de octubre de 2009, pero constituye una oportunidad no aprovechada ya que con la exclusión de los arbitrajes ad hoc, mantiene un vacío perjudicial para la adecuada utilización de los arbitrajes y la atracción de inversiones[19].

18. UNAC. (2010). Op. Cit. Asimismo, es importante aprovechar los préstamos internacionales, como el Programa de Apoyo a las Compras Públicas del Banco Interamericano de Desarrollo.
19. Fusades. (2009). Op. Cit.

g) Otras reformas:

a. Establece un Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones (SIAC), art. 10

El art. 10 establece el SIAC, el cual comprenderá los elementos necesarios para la administración, implementación, funcionamiento, coordinación y seguimiento de las compras del Estado. Incorpora a las instituciones públicas y las herramientas electrónicas necesarias para facilitar el intercambio y actualización de la información.

Este es un paso importante, ya que anteriormente únicamente se publicaban el 50% de las compras en una plataforma electrónica denominada COMPRASAL[20]. Es de reiterar la dificultad de su implementación a partir de la dificultad técnica y operativa de la Administración Pública, por ejemplo, 90 de 262 municipalidades carecen de acceso a internet[21]. Asimismo, cabe destacar que el SIAC podría mejorar la capacidad de los entes reguladores del mercado en la detección y erradicación de acuerdos anticompetitivos en las adquisiciones públicas[22].

20. UNAC. (2010). Evaluación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones Públicas de El Salvador. El Salvador.
21. UNAC. (2011). Reformas a la LACAP 2011. Ministerio de Hacienda – UNAC. Presentación de fecha 13 de julio de 2011 en el evento "Divulgación de las Reformas LACAP", Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.
22. Superintendencia de Competencia. Op. Cit.

El 30 de junio, el Ministro de Hacienda presentó nuevas reformas a la LACAP, pero no soluciona todos los desaciertos del D.L. Nº 725.

b. Obligación de la UNAC, art. 7

Asimismo, el art. 7 establece la obligación de la UNAC a responder por escrito las consultas que realicen las instituciones, ofertantes, adjudicatarios, y contratistas respecto a la aplicación de la LACAP. Una reforma positiva, puesto que permitirá aclarar el alcance de algunas disposiciones en la práctica, y anteriormente ante estos vacíos, la UNAC tenía la práctica de no responder consultas ya que sostenían que esto implicaba adelantar criterio. En este sentido es destacable la creación de la Unidad de Atención y Gestión a Proveedores, dentro de la UNAC dedicada a solventar las dudas de los proveedores[23].

c. Modificación de contratos públicos, art. 83-A y 105

El art. 83-A incorpora la modificación de los contratos en ejecución, independientemente de su naturaleza, sean obras, bienes o servicios, siempre que concurran circunstancias imprevistas y comprobadas y que no exceda del 20% del monto contractual. Esta reforma se basa en el art. 109 reformado, que permitía la modificación de los contratos de obras hasta por el 20% del monto contractual.

Otra de las reformas es el art. 105 (requisitos para el contrato de obra), que permite que en los contratos, en los cuales el diseño y construcción de la obra lo haga el mismo contratista, se pueda contratar bajo la modalidad de precio unitario para la subestructura o las obras a ejecutarse en el sub-suelo; lo cual no era permitido anteriormente. Además, se incorpora la posibilidad que estos contratos sean modificados mediante una orden de cambio, siempre que no excedan el 20% del monto pactado. Esta novedad es importante porque flexibiliza la ejecución de las obras públicas, pero requiere mejorar su redacción para facilitar su comprensión y aplicación.

IV) Nuevas Reformas

El 30 de junio de 2011, el Ministro de Hacienda, en cumplimiento de instrucciones del Presidente de la República, presentó nuevas reformas a la LACAP con la intención de modificar algunas disposiciones del D.L. N° 725, para mejorar su aplicación y contribuir a sus fines, según los considerandos de dicho proyecto de ley[24].

Este proyecto contiene 8 artículos, que reforman disposiciones aprobadas mediante el D.L. 725, sancionado el 2 de junio de 2011. El art. 1 modifica las reglas sobre los sujetos a la LACAP en las adquisiciones y contrataciones a través del mercado bursátil, remitiendo

23. UNAC. (2011). Reformas a la LACAP 2011. Ministerio de Hacienda – UNAC. Presentación de fecha 13 de julio de 2011 en el evento "Divulgación de las Reformas LACAP", Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.

24. Observatorio Legislativo, Boletín N° 152, del 12 de julio de 2011. Relata una breve descripción de lo ocurrido en la Sesión Plenaria Ordinaria N° 104 del 7 de julio de 2011.

Un sistema de compras públicas moderno debe incorporar la transparencia y eficiencia necesarias para favorecer el desarrollo económico de la sociedad. En general, la reforma recién aprobada de la LACAP constituye una involución en el sistema de compras salvadoreño, ya que se aleja de los principios de transparencia, competencia y rendición de cuentas.

la regulación al Reglamento de la LACAP, una situación que podría vulnerar el principio de legalidad.

El art. 3 reforma la disposición sobre los impedidos para ofertar, eliminando la prohibición de las personas jurídicas que tengan relaciones de administración o propiedad con los titulares de las instituciones públicas, así como, con los parientes de los funcionarios, para las licitaciones en su misma institución. Esta reforma no satisface las recomendaciones de las mejores prácticas internacionales, porque no regula los conflictos de interés que pudieran ocurrir entre los funcionarios y una persona jurídica ofertante. De manera que, tomando en cuenta el derecho comparado se debería regular los conflictos de intereses de manera general, incorporando los casos de participación accionaria relevante en las personas jurídicas ofertantes.

El art. 5 reforma el art. 40, de la determinación de los montos a proceder, y soluciona el vacío legal advertido en el Diagrama 2, estableciendo que las contrataciones y adquisiciones entre los 160 y 240 salarios mínimos para la Administración Pública se realizarán mediante la libre gestión. Esta reforma reafirma que los incrementos en los montos no reflejan un ajuste de precios, sino una reducción en los procedimientos de control contra la corrupción y más facultades discrecionales a los funcionarios.

Asimismo, el art. 5 incorpora un inciso aclaratorio de las obligaciones del Estado en los acuerdos de libre comercio, para facilitar la interpretación de dicha disposición. De manera que, este nuevo proyecto de reforma no soluciona todos los desaciertos advertidos al D.L. N° 725, en el cual se aprobaron las reformas a la LACAP.

V) Consideraciones finales

Un sistema de compras públicas moderno debe incorporar la transparencia y eficiencia necesarias para favorecer el desarrollo económico de la sociedad. Las reforma recién aprobada si bien incorpora elementos positivos en los procedimientos y organización del sistema de compras gubernamentales, contiene modificaciones que se elejan de los principios de transparencia, competencia y rendición de cuentas.

Por un lado, la incorporación de numerosas excepciones a la ley y criterios indeterminados y confusos son reformas elusivas a los principios y objetivos de la LACAP, y no respetan el precepto constitucional relativo a las licitaciones públicas. Estas reformas constituyen un debilitamiento del marco legal, que puede generar altos niveles de opacidad y discrecionalidad en los procesos de contratación y adquisición pública.

Por otro lado, a pesar de las evaluaciones realizadas y la importancia de las compras públicas como un componente clave de las finanzas públicas, estas reformas no se encaminan a generar una ley moderna. Asimismo, es importante

el reto es trabajar para una verdadera modernización de la LACAP dentro del marco constitucional, que rescate el espíritu original de la ley, genere certeza jurídica y claridad en la aplicación tanto para proveedores como para la Administración Pública, y retome las mejores prácticas internacionales; con la finalidad de evitar nuevos desaciertos

incorporar otros elementos en el proceso de modernización del sistema de compras públicas, tales como contar con operadores idóneos y adecuada coordinación institucional, que garanticen la eficiencia del gasto y la correcta aplicación de la ley.

Ahora, el reto es trabajar para una verdadera modernización de la LACAP dentro del marco constitucional, que rescate el espíritu original de la ley, genere certeza jurídica y claridad en la aplicación, tanto para proveedores como para la Administración Pública, y retome las mejores prácticas internacionales; con la finalidad de evitar nuevos desaciertos. Asimismo, es necesaria la implementación de medidas operativas para el fortalecimiento de la gestión y capacidad institucional de las instituciones, tales como las capacitaciones necesarias para solventar los vacíos normativos de forma congruente con los principios del sistema de compras públicas, para verdaderamente mejorar la gestión pública.

Finalmente, es importante reiterar que una normativa tan importante como es la LACAP, por ser la ley que establece las reglas para las compras y adquisiciones del Estado utilizando fondos públicos, debe ser debidamente discutido y escuchar a distintos actores: representantes del sector privado, sector público, academia, entre otros. Una mejor y más transparente discusión de la ley hubiera podido prevenir que se estén haciendo reformas a las reformas ya aprobadas.

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social

Departamento de Estudios Legales

Coordinador
Luis Nelson Segovia

Directora
Claudia Beatriz Umaña

Analistas
Javier Castro De León
Roberto Vidales Gregg
Marjorie de Chávez
Laura Rivera
Carmina Castro C.
Oscar Pineda
Carlos A. Guzmán

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena, Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366.

Sistema de Información Económico y Legal - SIEL -
correo electrónico: comercializacion@fusades.org

www.fusades.org
www.instituciones-fusades.org