

Posición institucional

LACAP: una herramienta para el desarrollo de un país, no la debilitemos

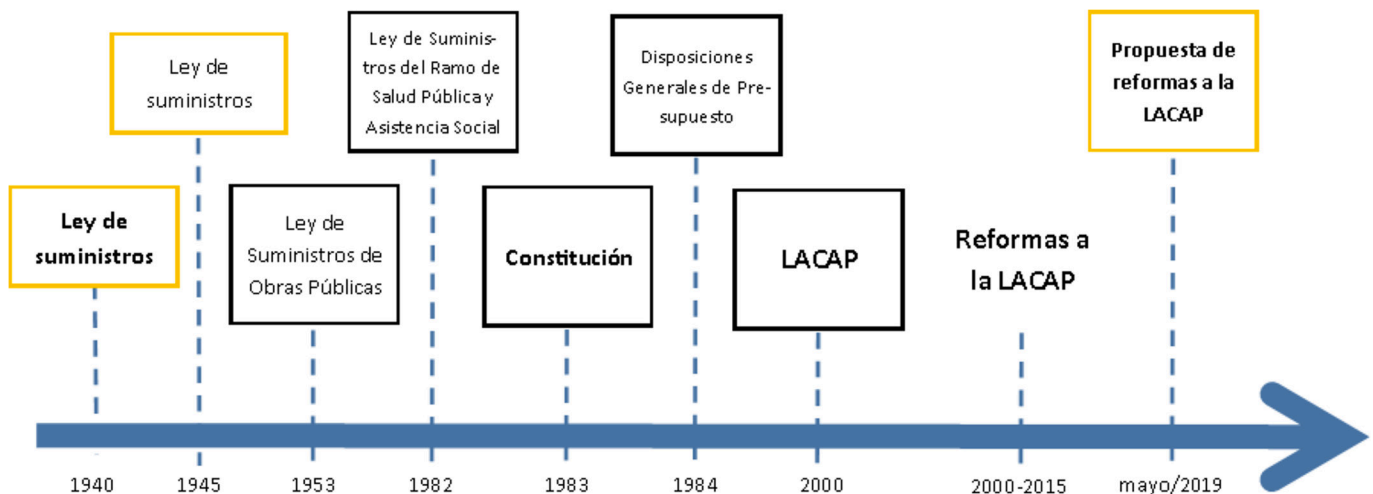
I. Antecedentes

1.1. Contexto histórico de las compras públicas

Que los recursos del Estado alcancen para cubrir las necesidades de sus ciudadanos, es uno de los mayores retos con los que se enfrentan todos los países en el mundo, y, El Salvador, no es la excepción. Por ello, garantizar que exista eficiencia, transparencia y rendición de cuentas en el gasto público es un aspecto esencial de la política fiscal y un elemento indispensable para alcanzar los objetivos de desarrollo de los países. **Un componente clave del gasto público lo constituyen las compras y contrataciones del Estado, representando en 2018 en El Salvador el 6.7% del PIB, es decir US\$1,746.6 millones¹.**

Desde el 2000, El Salvador cuenta con una Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) que, de acuerdo con su exposición de motivos, vino a solventar uno de los problemas que se enfrentaban en el momento, que era la dispersión normativa. Existían varias leyes que tenían procedimientos no homogéneos para las adquisiciones del Estado, que daban pie a arbitrariedades, creando un verdadero obstáculo para establecer un sistema ordenado y coherente para propiciar el control, indispensable en las adquisiciones y contrataciones de toda la Administración Pública. Estas leyes se muestran en la ilustración 1, en una línea temporal.

Ilustración 1. Principales leyes que han regulado las contrataciones públicas en El Salvador



Fuente: elaboración propia, Departamento de Estudios Legales de FUSADES.

1. A partir de las cifras fiscales publicadas en la página web del BCR, se realizó una estimación del monto de compras públicas sumando al gasto en bienes y servicios del Sector Público No Financiero, incluyendo las Empresas Públicas No Financieras, el gasto en inversión bruta del Gobierno Central Consolidado y de las Empresas Públicas No Financieras. Por tanto, se ha excluido el monto de Fodes, ya que con la información disponible no es posible establecer la distribución del mismo en bienes y servicios, remuneraciones, e inversión bruta.



Una de las mayores deficiencias que se advertían, previo a la LACAP, era que la Ley de Suministros de 1945 regulaba las compras del Estado por medio de una institución denominada: “Proveeduría General de la República”, que era un ente público, con patrimonio propio y dependiente del Ministerio de Economía. Su función principal era la de suministrar a las dependencias oficiales, en tiempo oportuno, las mercaderías que estas necesitaran, de la calidad debida y al precio más bajo posible; podía comprar la mercadería por su cuenta para luego venderla, a las referidas dependencias; y servir de agente para la compra de mercaderías que necesitaban las mismas dependencias. La ley facultaba a la Corte de Cuentas de la República para fiscalizar todo gasto del Estado destinado a compras públicas.

No obstante, en la práctica, se dio pie a arbitrariedades y actos de corrupción debido a su forma centralizada de comprar y por contar con bajos niveles de transparencia.

Esa época se caracterizó por: i) carecer de un régimen legal ordenado y sistemático; ii) contar con un marco legal burocrático y engorroso en los procesos de suministro; iii) falta de transparencia en las contrataciones; iv) uso irracional de los fondos; v) falta expresa de procedimientos; vi) montos desactualizados para contratar; y vii) falta de procesos y parámetros unificados para evaluar las ofertas.

La entrada en vigor de la LACAP marcó un punto de inflexión en la Administración Pública, ya que vino a instaurar un sistema ordenado y coherente para el indispensable control en las adquisiciones y contrataciones de toda la Administración Pública, estableciéndose principios rectores de centralización normativa y descentralización operativa². Esto ayudó a mejorar la forma de compras del Estado, migrando hacia un esquema que se alejara de deficiencias importantes que habían dado pie a actos arbitrarios y poco transparentes, en cumplimiento del art. 234 Cn.

A diez años de haber entrado en vigor la LACAP, en 2010, se llevó a cabo la “Evaluación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones Públicas de El Salvador”, basada en la metodología OCDE/CAD, estudio liderado por la Unidad de Normativa de las Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, UNAC, del momento, junto con un grupo de expertos internacionales. En dicho estudio se consideraron cuatro elementos de análisis: a) marco legislativo y regulatorio; b) marco institucional y capacidades de gestión; c) operaciones de adquisición y prácticas del mercado; y 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 en lo relativo a 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 debían ser atendidas con prontitud, para garantizar mayor transparencia y agilidad en las contrataciones públicas³.**

En noviembre de 2019, la UNAC, con apoyo del BID, inició un esfuerzo similar al de 2010, en el que se busca llevar a cabo un proceso de evaluación del sistema nacional de adquisiciones, para poder contar con un sistema moderno y eficiente, que incremente la confianza pública y mejore el bienestar de la sociedad. Se utilizará el modelo MAPS que esta alineado con los ODS y que es una herramienta que se ha utilizado en 22 países de América Latina y el Caribe. La evaluación es cualitativa para ver cómo está El Salvador comparado con el estándar internacional. Este estudio será un insumo fundamental para llevar a cabo una reforma integral del sistema nacional de adquisiciones. **Es una oportunidad para que toda reforma que se haga a la LACAP debe contemplar mecanismos que garanticen la eficiencia, transparencia y la adecuada rendición de**

2. Ministerio de Hacienda (2010). Modernización de las compras en El Salvador.

3. FUSADES (2011). *Reformas a la LACAP: debilitamiento al sistema de compras públicas*. Boletín de Estudios Legales N° 127. Departamento de Estudios Legales. El Salvador.

cuentas, como una ruta segura para prevenir y combatir la excesiva burocracia y la corrupción, e impregnar de mayor legitimidad a las contrataciones y adquisiciones públicas.

1.2. Propuestas de reforma a la LACAP

En julio de 2019, el Órgano Ejecutivo presentó a la Asamblea Legislativa un pliego de reformas a ciertos artículos de la LACAP, las cuales están siendo estudiadas actualmente por una subcomisión de la comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto⁴, reiterando que es indispensable modernizar el actual marco legal que regula las compras del Estado, que facilite la participación y coadyuve en la integración de las finanzas del Estado, en la búsqueda del ahorro, a través de una gestión de compras ágiles, dinamizando la economía⁵. Estas propuestas de reforma surgen en el marco de un préstamo de US\$ 200 millones de dólares que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) otorgó a El Salvador, y que fue aprobado en julio por la Asamblea Legislativa. Como una de las condiciones del préstamo se encuentra la obligación que el país debe mejorar los procesos de compras públicas, entre otros temas, lo cual requiere de reformas a la LACAP⁶.

La modernización de los sistemas de contrataciones y adquisiciones del Estado es un requisito indispensable en toda administración pública. Esta debe hacerse apegada a la Constitución, respetando los principios rectores de todo sistema de compras públicas, para evitar que haya un retroceso en materia de transparencia, que deje abierta la

4. Serrano, R. (2019). *Subcomisión para estudiar reformas a la LACAP inicia su labor este lunes*. Recuperado del sitio web de la Asamblea Legislativa: <https://www.asamblea.gob.sv/node/9226>

5. Ministerio de Hacienda. (2019, julio). *Proyecto de reformas LACAP*. Presentación Ministerio de Hacienda. Disponible en : <https://www.mh.gob.sv/downloads/pdf/700-UC-PPX-2019-21303.pdf>.

6. Para más información, se recomienda ver el dictamen n.º 186, favorable, de la Comisión de Hacienda, a la solicitud del Viceministro de Hacienda, en el sentido que se apruebe el contrato de préstamo suscrito entre el Gobierno de El Salvador y el BID, por un monto de hasta US\$200,000,000,00. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/correspondencia/F1B80172-AF09-4A97-BAFA-5C5B519EC267.pdf>

posibilidad a arbitrariedades y zonas exentas de control de los fondos públicos.

A continuación, se hará un análisis jurídico sobre las reformas a la LACAP, en donde se toman en cuenta algunas propuestas para mejorar el proceso de compras públicas, presentadas en el documento de FUSADES: “Progresando en el nuevo milenio, elementos para un plan de desarrollo”⁷.

II. Análisis jurídico de la propuesta de reformas a la LACAP

En el documento “Progresando en el nuevo milenio, elementos para un plan de desarrollo”⁸, publicado por FUSADES, se reitera la importancia que tiene la digitalización de las compras gubernamentales como un elemento fundamental para fomentar mayores niveles de transparencia y eficiencia, y, por otra parte, como una herramienta central para combatir la corrupción y reducir la burocracia, así como hacer de acceso público toda la información relacionada.

Es normal pensar que, luego de casi 20 años de estarse aplicando la LACAP, esta necesita actualizarse, cumpliendo siempre con los principios aceptados internacionalmente para todo sistema de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública: transparencia, competencia, debido proceso, publicidad, eficiencia, y rendición de cuentas.

En este sentido, es positivo que se busque reformar y modernizar el sistema nacional de adquisiciones, siempre y cuando estas reformas vayan orientadas a fortalecer el mismo. Por lo que, a continuación se abordan tres de las reformas presentadas

7. FUSADES. (2018). *Progresando en el nuevo milenio, elementos para un plan de desarrollo*. El Salvador. Disponible en: <http://fusades.org/node/7710>

8. FUSADES. (2018). *Progresando en el nuevo milenio, elementos para un plan de desarrollo*. El Salvador. Disponible en: <http://fusades.org/node/7710>

por el Órgano Ejecutivo, las cuales se considera que requieren una discusión técnica más profunda previo a su aprobación. Adicionalmente, se recomendará incluir un elemento relativo a agilizar pagos a proveedores.

A. Dejar expresa la facultad constitucional que tiene el Fiscal General de la República de representar al Estado en la adquisición de inmuebles.

El art. 193, número 5, de la Constitución, establece que el Fiscal General de la República ejerce la representación del Estado en **“los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general”**. Este mandato fue retomado por la LACAP en su artículo 18, inciso cuarto, pero en la propuesta de reforma esto se modifica, pues se elimina de su texto la participación del Fiscal, dejando expresamente su intervención solo en los contratos en que se adquieran bienes muebles por licitación. Esta reforma podría llevar a una aplicación contrariando la Constitución, pues si bien puede entenderse que podría haber una aplicación directa de la norma constitucional para facultar la participación del Fiscal, puede prestarse a confusiones e interpretaciones erróneas que conlleven a la anulación de los procesos de compras de inmuebles. En virtud de lo anterior, se considera que debe quedar expreso en la LACAP que el Fiscal General debe participar cuando el Estado adquiera bienes inmuebles.

La presencia del Fiscal en los contratos de adquisición de bienes muebles es por una razón de control de la Administración, que se da con mayores motivos tratándose de inmuebles. Con la reforma se podría debilitar el rol que tiene el Fiscal de garantizar que los intereses del Estado prevén sobre cualquier interés particular. Por ello, la reforma al art. 18 LACAP no debe ser aprobada como se ha propuesto.

B. Incluir mayores niveles de transparencia y competencia en las nuevas formas de licitación, especialmente en las licitaciones simplificadas por Convenio Marco

La LACAP, en su art. 39 establece que las formas de contratación, para proceder a la celebración de los contratos regulados por esta ley, son: a) licitación o concurso público; b) libre gestión; y c) contratación directa. En las reformas propuestas se adicionan tres modalidades: i) licitación simplificada para convenio marco; ii) licitación simplificada por subasta electrónica; y iii) baja cuantía.

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, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley.” Con esto se comprende que la licitación pública es la regla general para las compras del Estado, a fin de garantizar un proceso más competitivo y transparente, en aras a obtener los mayores niveles de eficiencia en el gasto público.

En la propuesta de reforma se crea la figura de la “licitación por convenio marco”, la que vendría a centralizar la oferta de bienes comunes y estandarizados, obligando a que cualquier institución que desee obtener dichos productos, compre directamente a los proveedores con los que se ha suscrito un convenio marco. La UNAC sería la encargada de centralizar la licitación por convenio marco, seleccionando a proveedores que pondrían a disposición sus bienes y servicios para todo el Estado, a través de un catálogo de productos, disponible desde COMPRASAL (Catálogo Electrónico). Esta es una nueva

facultad que se le atribuye a la UNAC, que, de no hacerse de forma transparente y con los controles adecuados, podría correrse el riesgo de sujetar las compras de bienes estándares a un grupo de proveedores limitados que podrían no ser los idóneos. **Ante este tipo de licitación, se requiere dotarla de los mayores niveles de transparencia para evitar arbitrariedades y falta de competencia, más aun cuando los bienes comunes que compra el Estado representan un porcentaje importante de las compras gubernamentales.** Por otra parte, es importante destacar, que la licitación por convenio marco, no debería ser la regla general para la compra de la mayoría de bienes, ya que esto iría en contra de lo establecido en la Constitución, en su art. 234.

Por ello, se recomienda modificar la propuesta de reforma, incluyendo los siguientes elementos para las licitaciones simplificadas por convenio marco:

I. Incorporar medidas para evitar la formación de monopolios u otras situaciones que puedan generar distorsiones en el mercado y la competencia.

II. Asegurar un proceso inclusivo, técnico, competitivo y transparente en la elaboración de las bases de licitación, conformando un equipo integrado por miembros de la UNAC y por las instituciones que más compran el bien estandarizado, a fin de que se requiera la adecuada calidad de los productos.

III. Que la comisión de evaluación de ofertas esté integrada por técnicos que permitan valorar y recomendar la escogitación de los proveedores, garantizando la selección de productos estandarizados de calidad.

IV. Que quede establecido el proceso de revisión de la lista de proveedores al menos cada año, a fin de depurarla y sacar del convenio marco a aquellos

proveedores que no cumplan con los requisitos legales, así como para incluir a otros que sí los cumplen.

V. Que sea solo para bienes homogéneos y no para servicios.

VI. Asegurar que las bases, resoluciones de adjudicación y estado de compras, montos, etc. sean información oficiosa y que estén disponibles en tiempo real.

VII. Implementar progresivamente la modificación, contando con un plan de refuerzo presupuestario para permitir que las PYMES y todas las municipalidades puedan participar a través de los nuevos procedimientos digitales.

VIII. Por último, se debe ajustar el proyecto conforme con el art. 43 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, pues las negociaciones y adjudicaciones siempre requerirán de la existencia previa de una partida presupuestaria.

C. No eliminar el recurso de revisión, a fin de evitar mayores niveles de arbitrariedad que podrían afectar derechos fundamentales

En la reforma se plantea una nueva forma de contratar, denominada “baja cuantía”, la cual se puede llevar a cabo cuando el valor del bien o servicio, no recurrente, sea igual o inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes para el sector comercio. Los bienes o servicios que sean requeridos con carácter inmediato, cuya adquisición se origine por la necesidad de suplir una eventualidad, podrán ser pagados con fondo circulante u otro, pudiéndose adquirir directamente en establecimientos comerciales u otros ofrecidos en el mercado, según el caso. Por tales motivos, no sería

necesaria la emisión de una orden de compra o contrato. En las propuestas de reforma, se pretende añadir dos incisos al art. 76 de la LACAP, con los que se elimina la posibilidad de interponer recurso de revisión cuando en la **“Libre Gestión no se genere competencia, así como en la baja cuantía”**. De esta forma, queda agotada la vía administrativa con la notificación del resultado o con la compra, según sea el caso.

Todo acto que lleve a cabo el Estado debe estar enmarcado en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública, y respetar los principios de transparencia y de competencia. Preocupa que pueda haber un abuso en el uso del nuevo método de contratación y no se genere competencia, por lo que el recurso de revisión puede ser un freno a esas situaciones.

D. Agilizar pago a proveedores que garantice su mayor participación en las licitaciones públicas

En el año 2011, una de las reformas que se introdujeron a la LACAP fue para incluir una regla especial de contratación, que establecía la obligación de “adquirir o contratar a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales al menos lo correspondiente a un 12% del presupuesto anual destinado para adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, siempre que estas garanticen la calidad de los mismos”. Esta disposición buscaba por una parte generar mayores niveles de competencia, y por otra incorporar a las PYMES como parte de los proveedores de los servicios y bienes que adquiere el Estado.

De acuerdo con el “Informe técnico sobre las barreras a la entrada que enfrentan las micros y pequeñas empresas en los procesos de compras públicas”, elaborado por la Comisión Nacional para las Micro y Pequeñas Empresas

de la Superintendencia de Competencia, señala que *“los tiempos de pagos y las exigencias de entrega inmediata significan grandes dificultades para las MYPE. Los agentes económicos consultados expresaron que las dependencias de Gobierno suelen entregar los pagos de bienes y servicios en períodos mayores a 60 días, lo cual riñe con lo establecido en la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la MYPE. Esto resta liquidez a las empresas, afectando directamente su capital de trabajo lo cual les resta capacidad para cumplir con las obligaciones presentes, como para ofertar a nuevos proyectos, ya que la falta de pago mina su capital de trabajo y su capacidad de honrar posibles créditos productivos previamente adquiridos.”*

Esta realidad no permite que se cumpla el fin de incluir a las pequeñas empresas en los procesos de compras y adquisiciones que hace el Estado, limitando su participación, y conllevando en la práctica a afectar el principio de competencia, que busca que más empresas puedan competir en los procesos de licitación. **En este sentido, es necesario hacer una reforma que conlleve a reducir los tiempos de pago de las instituciones del Estado a los proveedores, a fin de garantizar mayores niveles de eficiencia en las compras públicas.**

III. Conclusiones

Previo a aprobarse las reformas propuestas por el Órgano Ejecutivo, es importante que se lleve a cabo un análisis técnico más profundo y se incorporen mejoras que doten de mayores niveles de transparencia y competencia al sistema nacional de compras y adquisiciones del Estado.

Es imprescindible para El Salvador promover la digitalización en el Estado, como una herramienta para su

modernización. Sin embargo, esto debe hacerse respetando los principios de transparencia y competencia, que deben privar en todas las compras y adquisiciones públicas.

En la propuesta de licitación simplificada por convenio marco, se requiere dotarla de los mayores niveles de transparencia para evitar arbitrariedades y falta de competencia, más aun cuando los bienes comunes que compra el Estado representan un porcentaje importante de las compras gubernamentales, por lo que las medidas que se sugieren deben incorporarse en la reforma.

Para fortalecer el sistema de pesos y contrapesos en los procesos de selección de contratistas, no se debe eliminar el recurso de revisión, y debe quedar de forma expresa en la ley la intervención del Fiscal General de la República en las

adquisiciones de bienes inmuebles.

La nueva evaluación del sistema de compras públicas, que se está llevando a cabo con apoyo del BID, permitirá identificar las principales deficiencias actuales, con lo que podrán proponerse reformas integrales y efectivas a la LACAP. Por ejemplo, para mejorar el tardado sistema de pago a proveedores que afecta directamente su capital de trabajo y les resta capacidad para cumplir con sus obligaciones presentes y para invertir en nuevos proyectos⁹.

Además, es importante trabajar en la modernización integral de la LACAP, aprovechando las herramientas de la cuarta revolución industrial y permitiendo una aplicación progresiva de la digitalización, para que las pymes y las municipalidades puedan percibir sus beneficios.



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

9. CONAMYPE. (2017, enero). *Informe técnico sobre las barreras a la entrada que enfrentan las micros y pequeñas empresas en los procesos de compras públicas*. Pág. 36. El Salvador.