



■ Hacia un régimen de concesiones armónico y transparente

Reflexiones sobre la regulación salvadoreña

(Parte I)

Las asociaciones entre los sectores públicos y privado -asociaciones público-privadas- para el desarrollo de infraestructura pública se materializan en una diversidad de esquemas de inversión, entre los cuales la concesión es el principal esquema utilizado en los países de América Latina.

1. Antecedentes

La inversión en infraestructura es vital para el desarrollo de El Salvador y su inserción en la economía global. Distintos analistas económicos comparten esa afirmación y también la que sostiene que en el país existe un déficit de infraestructura pública, al mismo tiempo que señalan la insuficiencia de recursos públicos para responder a esta demanda. Para incrementar el número y la calidad de proyectos de infraestructura a desarrollarse y a la luz de experiencias exitosas como las de Chile, México y España, se ha identificado la participación estratégica del sector privado como una opción viable. Las asociaciones entre los sectores públicos y privados -asociaciones público-privadas- para el desarrollo de infraestructura pública se materializan en una diversidad de

esquemas de inversión, entre los cuales la concesión es el principal esquema utilizado en los países de América Latina.

En el país la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de interés general no es nueva y ocurrió más recientemente durante la década de los noventa cuando las telecomunicaciones y la distribución y generación térmica de energía eléctrica se abrieron a la participación privada. Dada la existencia de monopolios estatales previos a esta etapa, fue necesario llevar a cabo un proceso de desregulación, reestructuración e incorporación de la participación privada para emprender aquel programa. La separación de funciones reguladoras, rectoras y operativas fue parte esencial del diseño legislativo e institucional que se llevó a cabo. Dada



la experiencia del país en la materia, el desarrollo de proyectos de infraestructura pública con participación privada más que una novedad se considera como una opción para viabilizar aquéllos.

En los lineamientos generales de la Política de Endeudamiento Público de El Salvador 2004-2009¹ se establece lo siguiente: “De acuerdo con

las prioridades establecidas en el Plan de Gobierno y los principios rectores de esta Política, las áreas y/o programas y proyectos con mayor prioridad para optar a financiamiento proveniente de nuevas contrataciones de empréstitos, serán los del área social en los rubros de educación, salud, sistema previsional y caminos rurales. En el caso de proyectos de inversión en infraestructura económica, se considerará como primera alternativa su ejecución mediante concesiones o la titularización de activos”. En este contexto, con la finalidad de atraer

1. Disponible en: http://www.mh.gob.sv/pls/portal/docs/PAGE/MH_PRINCIPAL/SUBIDAS/POEN0409.PDF (visita Junio 24, 2008)

Banco de Proyectos Concesionables

Carreteras y Ferrocarril

Anillo Periférico
Ferrocarril

Proyectos de Generación

Central Hidroeléctrica El Cimarrón
Expansión Central Termoeléctrica Talnique
Central Hidroeléctrica El Chaparral
Proyecto Hidroeléctrico El Jobo-La Angostura
Proyecto Hidroeléctrico Piedra de Toro - La Cabaña

Puertos y Aeropuerto

Concesión de Operación del Puerto Acajutla
Concesión de Operación del Puerto La Unión.
Concesión terminal de carga aeropuerto.

Desarrollos Turísticos

Concesión Hotel de Montaña Cerro Verde
Porto Pango
La Esperanza

Vemos fundamental preguntarnos si el país cuenta con el marco legal adecuado y con la institucionalidad necesaria que facilite la expansión de los servicios de infraestructura al sector privado o si por el contrario se requiere de más y nuevas herramientas que dinamicen y simplifiquen el proceso de vinculación de las nuevas empresas.

inversión privada a los proyectos de infraestructura económica, la Secretaría Técnica de la Presidencia ha identificado un banco de proyectos a concesionar² que incluye la realización de aproximadamente 15 obras en 4 rubros o sectores diferentes: carreteras y ferrocarril, generación de energía eléctrica, puertos y aeropuertos y desarrollos turísticos (gráfico en página anterior).

Se desconoce en algunos casos la prioridad del desarrollo de algunos proyectos que tiene para el actual gobierno, así como el alcance de cada uno de ellos. En general, se destacan como prioridad las inversiones en el desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica con el fin de mantener las aspiraciones de crecimiento económico del país; estas inversiones no sólo debieran ser cuantiosas sino que deben realizarse con carácter de urgencia³.

Considerando la relevancia que tiene para el país la implementación de algunos de los proyectos listados, y de otros que posiblemente no se encuentren detallados en el cuadro anterior, vemos fundamental preguntarnos si el país cuenta con el marco legal adecuado y con la institucionalidad necesaria que facilite la expansión de los

servicios de infraestructura al sector privado o si por el contrario se requiere de más y nuevas herramientas que dinamicen y simplifiquen el proceso de vinculación de las nuevas empresas. Para lo anterior, se hará un estudio del esquema actual de concesiones en el país y será presentado en dos boletines. Este estudio pretende ser una guía general sobre la regulación existente, con el fin de señalar y determinar un inventario de los aspectos más importantes del régimen jurídico de las concesiones regulado en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LA-CAP, así como las bondades, características y obstáculos que la actual normativa presenta para el desarrollo de un programa de concesiones.

El primer boletín se centrará en el marco jurídico vigente y el tipo de concesiones que se regulan en el mismo, en el segundo boletín se analizarán los contratos de concesión, la selección del concesionario, la importancia de la capacidad técnica de la Administración Pública para evaluar las ofertas, y se finalizará con recomendaciones concretas.

2. Marco jurídico actual

El Salvador cuenta en la actualidad con regulación legal que permite desarrollar un programa de concesiones de desarrollo de infraestructura, de prestación de servicios públicos y de explotación de recursos naturales y del subsuelo. El régimen de las concesiones a nivel constitucional se regula fundamentalmente en los artículos 103, 110 y 120. El artículo 103

2. Elaboración propia con datos de una presentación de la Secretaría Técnica de la Presidencia, 17 de Octubre 2007, "INICIATIVAS GUBERNAMENTALES PARA EL SISTEMA DE CONCESIONES", Cámara Americana de Comercio de El Salvador (AMCHAM).

3. Informe de Desarrollo Económico y Social. IDES 2007. FUSADES. Presentación de Estudio. Disponible en: www.fusades.org.sv



establece que el subsuelo es propiedad del Estado y que éste puede autorizar concesiones para su explotación. El artículo 110 establece que el Estado puede tomar a su cargo la prestación de los servicios públicos ya sea de una forma directa a través de entes autónomos y municipales o indirectamente a través de empresas privadas. El artículo 110 señala el rol del Estado frente a la participación privada, que sería fundamentalmente de regulación y vigilancia de los servicios públicos prestados por las empresas privadas y la aprobación de sus tarifas. Finalmente, el artículo 120 faculta al Estado para que conceda a un particular el derecho de explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público. El otorgamiento de estas concesiones de obra pública deberá ser sometido al conocimiento de la Asamblea Legislativa y en el contenido de la misma se deberá estipular el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y al monto de las inversiones requeridas.

De estas disposiciones se desprenden las características fundamentales del régimen de concesiones que la distinguen frente a otras formas de actuación de la Administración Pública. En síntesis, el Estado tiene la titularidad exclusiva para realizar ciertas actividades de interés general, pero al mismo tiempo tiene la facultad de delegar temporalmente en un particular la prestación de un servicio público o la realización de una obra o la explotación de un recurso natural que le correspondería inicialmente

realizar. Cuando así lo haga, el nuevo rol del Estado frente a los particulares es el de regulación y supervisión del servicio, actividad u obra delegada para asegurar la calidad, cobertura y la prestación continua del mismo. Las condiciones que garantizan el interés general que se encomienda al particular, así como las peculiaridades de la concesión, derechos y obligaciones de las partes, generalmente se materializan a través de la suscripción de un contrato entre la Administración Pública y el particular que regula los términos de la relación que se establece.

Bajo este marco constitucional, en la legislación se han establecido los distintos elementos que informan un contrato de concesión. Para valorar los contenidos de la regulación con la que contamos y delinear las características ideales de un marco regulatorio integral de concesiones, analizaremos a nivel normativo algunos de los elementos claves del proceso de construcción del contenido de un contrato de concesión. En este análisis se tomarán en cuenta los tipos de concesiones existentes y los procedimientos actuales para la selección y adjudicación, así como, las herramientas para la formulación del contenido de los documentos contractuales de una concesión.

Tipos de concesiones según la LACAP

El contrato de concesión se regula en los artículos 130 al 148 del capítulo IV de la Ley de Adquisiciones y

En el contrato de concesión de obra pública el Estado a través de la institución correspondiente o del concejo municipal faculta temporalmente al particular para que explote un inmueble a su cuenta y riesgo, construya, mejore, repare, mantenga y opere cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios.

Contrataciones de la Administración Pública (LACAP). En esta norma los contratos de concesión se clasifican en contratos de obra pública, de servicio público y de recursos naturales⁴.

En el contrato de concesión de obra pública⁵ el Estado a través de la institución correspondiente o del concejo municipal faculta temporalmente al particular para que explote un inmueble a su cuenta y riesgo, construya, mejore, repare, mantenga y opere cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios. De acuerdo al artículo 130 de la LACAP esta concesión puede incluir el uso del subsuelo y los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público destinados a la concesión. Al finalizar el plazo de la concesión, el concesionario se obliga a regresar la obra a la Administración Pública, por medio de la institución correspondiente, en condiciones adecuadas para la prestación del servicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución y en el artículo 134 de la LACAP, la aprobación de las bases de este tipo de

concesión le corresponde a la Asamblea Legislativa. La concesión de obra pública es la única que por disposición constitucional y legal requiere que sus bases sean aprobadas por el pleno legislativo; las otras modalidades de concesión son autorizadas por los titulares de las instituciones correspondientes dependiendo del sector que se trate y de acuerdo a los procesos establecidos a nivel legislativo. En las concesiones de obra las bases de licitación sometidas a aprobación legislativa deberán tener como mínimo las condiciones básicas y el plazo de la concesión. Es decir, la definición de los contenidos de los documentos licitatorios y contractuales es facultad de la administración concesionaria. Un ejemplo de esta modalidad de contratación lo podemos encontrar en el proyecto de las bases para la concesión del sistema portuario de El Salvador.

Las bases para la concesión del sistema portuario salvadoreño se han presentado⁶ recientemente en la Asamblea Legislativa para discusión y aprobación. En síntesis, en ellas se establecen las condiciones básicas, el alcance, plazo, pagos, tarifas y monto de las inversiones bajo las cuales se desarrollará el proceso de selección y contratación de un concesionario estratégico especializado que administrará, operará, equipará, mantendrá, conser-

4. Artículo 130 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP)

5. Artículo 131 LACAP

6. El día 26 de Abril de 2008 se presentaron en la Asamblea Legislativa las bases para la concesión del Sistema Portuario de El Salvador, las cuales regulan las especificidades de dicha concesión. Actualmente, el proyecto se encuentra en discusión y análisis.

En el contrato de concesión de servicio público el Estado, a través de la institución correspondiente, concede temporalmente la facultad al particular, que al igual que en el de obra pública puede ser una persona natural o jurídica, de prestar un servicio público. El servicio estará siempre bajo vigilancia y control del Estado y la prestación del mismo es a cuenta y riesgo del concesionario.

vará, rehabilitará y desarrollará la infraestructura y superestructura portuaria de El Salvador. De acuerdo con las mencionadas bases, la elaboración del pliego de documentos de licitación y del contrato de concesión es competencia exclusiva de la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA), por lo que la institución autónoma elaborará todas las normas y procedimientos para selección del concesionario estratégico y la metodología para la evaluación de las ofertas técnicas y económicas, los inmuebles y bienes muebles afectos a la concesión. De tal forma, CEPA formulará los lineamientos que regirán la esencia de la concesión, para lo cual tomará en cuenta la LACAP, la Ley General Marítimo Portuario, la Ley de Competencia y demás normativa vigente aplicable.

CEPA⁷ es la institución responsable de planear y ejecutar por sí o por medio de contratistas la construcción de nuevas instalaciones y de todas las obras necesarias para la ampliación y mejoramiento de las instalaciones portuarias y ferroviarias del país, es decir, como propietaria de los puertos mercantes estatales de Acajutla y de La Unión ella será la institución concedente. El ente rector del sector portuario es el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano⁸, quien a través del Viceministerio de Transporte es la entidad estatal responsable de formu-

lar, impulsar y vigilar el cumplimiento de la política sectorial de transporte y el establecimiento de la normativa para hacer efectiva dicha política y planificación. Por su parte, la Autoridad Marítima Portuaria es el ente responsable de ejercer la regulación técnica y económica de las actividades marítimas y portuarias. No se establece en la normativa vigente como se relacionarán los entes públicos entre sí para el diseño de la concesión, ni para su ejecución, ni cual coordinará la relación con los municipios en los que se está ejecutando el desarrollo portuario. Tampoco se establece en las leyes respectivas las condiciones técnicas ni los alcances de la concesión, por lo que estas consideraciones serán determinados luego de estudios especializados en las bases de licitación y demás documentos contractuales que emita CEPA.

Es necesario destacar que la concesión para el desarrollo de una obra de infraestructura puede incluir la prestación del servicio al que la obra está asociada. Tal es el caso de la concesión del sistema portuario en el que se están proponiendo el otorgamiento de concesiones tanto para la administración de la obra de infraestructura -los puertos- como para la prestación de los servicios portuarios.

Por otra parte, en el contrato de concesión de servicio público⁹ el Estado, a través de la institución correspondiente, concede temporalmente la facultad al particular, que al igual que

7. Artículo 1de la Ley Orgánica de la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA).

8. Artículo 5 Ley de CEPA

9. Artículo 131 BIS LACAP



en el de obra pública puede ser una persona natural o jurídica, de prestar un servicio público. El servicio estará siempre bajo vigilancia y control del Estado y la prestación del mismo es a cuenta y riesgo del concesionario. La selección de este socio estratégico se hace de acuerdo a las reglas establecidas en la LACAP. Las particularidades del servicio y la relación con los usuarios se definen en la ley respectiva que regula el sector cuyo servicio se concesionará y en el contrato de concesión que es elaborado por la institución correspondiente y que se suscribe con el concesionario.

Un ejemplo de este tipo de concesión es el servicio público de transporte colectivo de pasajeros que es regulado fundamentalmente en el artículo 47 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (Ley de Transporte)¹⁰, el cual establece que su otorgamiento es competencia del Vice Ministerio de Transporte. De acuerdo con el artículo 43 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo a esta Secretaría, como autoridad máxima en el sector transporte, le corresponde realizar las acciones necesarias para garantizar la eficiencia y seguridad en el servicio.

El mencionado artículo 47 de la Ley de Transporte establece que toda persona natural o jurídica, que pretenda

prestar el servicio de transporte colectivo de pasajeros, servicio de transporte de escolares u otros servicios públicos colectivos especiales de pasajeros, deberá contar con la concesión respectiva para la prestación del servicio. El plazo de la concesión se establece expresamente en la ley y es para un período de diez años, prorrogables en iguales condiciones siempre que para tal efecto el concesionario cumpla con lo establecido en la ley y en la condiciones de la concesión respectiva. La Ley de Transporte no establece en detalle los elementos y condiciones con los que debería contar un contrato de concesión de prestación del servicio de transporte colectivo de pasajeros. En consecuencia, el Vice Ministerio de Transporte —en el caso de los autobuses— deberá crear los lineamientos que deben incorporarse en un contrato de concesión. Los elementos subjetivos, temporales y objetivos del diseño de un contrato de concesión de transporte incluyen condiciones como el establecer el tipo de vehículo y sus características, la tarifa por cobrar en la prestación del servicio, los horarios de prestación, a quienes se brindará el servicio y en dónde se prestará el mismo. El lugar dónde se prestará los servicios, para el caso de los autobuses del transporte colectivo, significa el recorrido y zonas en que se desarrollará la prestación.

La vigencia de este artículo 47 en lo relativo al otorgamiento de concesiones para que un particular preste el servicio está suspendida por Decreto Legislativo hasta el 31 de julio del

10. Decreto Legislativo No. 477, de fecha 19 de Octubre de 1995, publicado en el Diario Oficial No. 212, Tomo No. 329, del 16 de noviembre de ese mismo año, se emitió la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

El otorgamiento de concesiones en el sector transporte terrestre no se realiza de acuerdo a los lineamientos de selección y adjudicación en condiciones de competencia que prevé la normativa de adquisiciones y contrataciones públicas.

próximo año¹¹. Asimismo, de acuerdo al mismo decreto legislativo, las disposiciones de la Ley de Transporte prevalecen sobre las disposiciones de la LACAP, por lo que el otorgamiento de concesiones en el sector transporte terrestre no se realiza de acuerdo a los lineamientos de selección y adjudicación en condiciones de competencia que prevé la normativa de adquisiciones y contrataciones públicas.

Generalmente la regulación persigue por un lado ofrecer a los inversionistas reglas claras frente a eventuales decisiones arbitrarias o políticas de la Administración Pública y por otro asegurar el cumplimiento de los objetivos de calidad y cobertura al concesionar un servicio. El sistema de transporte público salvadoreño cuenta con normativa que fija las condiciones generales para la prestación del servicio; sin embargo las normas que persiguen hacer este servicio público más competitivo, a través del otorgamiento de concesión en forma pública y competitiva y no a través de negociaciones directas, fijan las condiciones del servicio a través de la suscripción de un documento vinculante, lo que se ha suspendido sucesivamente¹² por consideraciones extralegales y la realidad del servicio de transporte terrestre entre las que se señala excesivo número de rutas o líneas y de unidades,

unidades de transporte antiguas u obsoletas, alto número de accidentes de tráfico, escasa calidad del servicio, volatilidad de las tarifas, contrasta con los propósitos que busca el Estado al prestar un servicio público a través de particulares. En un estudio presentado en el XII Congreso Latinoamericano de Transporte Público, CLAP-TU, en Bogotá, Colombia, denominado “El nuevo sistema de transporte público de El Salvador”¹³ se hace un breve diagnóstico del transporte público salvadoreño, señalando, entre otros, que la prestación del servicio por un particular se desarrolla en dos sistemas paralelos: por un lado la prestación del servicio con concesión y por el otro la prestación del servicio sin concesión. Esta ausencia de reglas únicas y claras incide y va en detrimento de la calidad del servicio y de la prestación del mismo hacia los usuarios. Al no existir un diseño contractual claro que establezca los derechos y obligaciones, las condiciones y alcances que rigen la relación público-privado, se abre la puerta para re-negociaciones o para el incumplimiento de normativa y de las condiciones pactadas.

Finalmente, el tercer tipo de concesión que regula la LACAP es el contrato de concesión de explotación de recursos naturales y del subsuelo¹⁴ que está sujeto a la regulación de leyes especiales del sector específico. La regulación de las características de

11. Decreto Legislativo No. 524 de fecha 20 de Diciembre de 2007.

12. Decreto Legislativo 1220, de fecha 11 de abril de 2003 publicado en el Diario Oficial Número 94 Tomo 359 de fecha 26 de mayo de 2003.

13. Castelar, Saúl. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/2036783/TRANSPORTEPUBLICOSALVADORCastelar>.

14. Artículo 132 LACAP

Lo peculiar de las concesiones de recursos geotérmicos e hidroeléctricos y que llama poderosamente la atención es que pese a ser recursos naturales, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley General de Electricidad, la explotación del recurso es de carácter permanente.

este tipo de concesión es la más breve de los tres tipos que señala la LACAP, pues está sujeta exclusivamente a las leyes que regulan el recurso o sector. Un ejemplo de este tipo de concesión lo podemos encontrar en la concesión para la explotación de los recursos geotérmicos o hídricos que se regirán de acuerdo con las disposiciones de la Ley General de Electricidad (LGE), cuyo otorgamiento corresponde a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET)¹⁵.

En el caso de la concesión geotérmica, luego de la reestructuración del sector de energía en la década de los noventa, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) constituyó la sociedad anónima¹⁶ LaGeo. De tal forma, un ente privado presta los servicios y operaciones necesarias para explotar los recursos geotérmicos del país, en ese momento en dos zonas específicas, Ahuachapán-Berlín y Usulután. De acuerdo con el artículo 120 de la misma LGE, las sociedades anónimas que resultaron de la reestructuración del ente autónomo tendrían que recibir todos los permisos, concesiones y autorizaciones necesarias para prestar sus servicios, en este caso la exploración y explotación del

recurso geotérmico. Por ello que LaGeo solicitó a SIGET, a través del procedimiento existente¹⁷, la concesión para la explotación de las zonas identificadas con recursos geotérmicos.

Lo peculiar de las concesiones de recursos geotérmicos e hidroeléctricos y que llama poderosamente la atención es que pese a ser recursos naturales, de acuerdo con el artículo 13 de la LGE, la explotación del recurso es de carácter permanente, alejándose de la regla general que establece que la concesión se sujeta a un plazo fijo, pactado o determinado por la ley, prorrogable únicamente si las condiciones del servicio son favorables y beneficiosas para el Estado. Administrativistas como el tratadista Ramón Parada (Derecho Administrativo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1998) y la misma Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, señalan que la existencia de un plazo cierto, es una exigencia del plano económico-financiero de la relación y una exigencia jurídica estructural sin la cual no es concebible el negocio concesional¹⁸.

La concesión de explotación de recursos naturales y del subsuelo así descri-

15. Capítulo II, Sección I de la Ley General de Electricidad, Capítulo II, Sección II del Reglamento de la Ley General de Electricidad y Acuerdo 283-E-2003.

16. De conformidad con el artículo 119 inciso final de la Ley General de Electricidad “las sociedades que constituya CEL como resultado de su reestructuración, no le serán aplicables las disposiciones legales sobre constitución de sociedades por acciones de economía mixta”.

17. El Acuerdo 59-E- SIGET regula las Normas Aplicables al Procedimiento de Licitación para el Otorgamiento de Concesiones de Recursos Geotérmicos e Hidráulicos con Fines de Generación Eléctrica.

18. Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del día diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Ref.24-T-98. Corte Suprema de Justicia.

Es necesario para ello, evaluar los resultados de los diversos tipos de concesiones que se han otorgado en los distintos sectores y determinar en un plan integral los objetivos que se quieren alcanzar con la inclusión del sector privado en la realización de actividades de interés general, para que cualquier propuesta de reforma legislativa recoja y supere las experiencias de procesos anteriores.

ta podría implicar un traspaso definitivo de la titularidad del Estado sobre la explotación del recurso concesionado. Los detalles y alcances del contrato de concesión entre LaGeo y la SIGET se encuentran en el documento suscrito entre las partes, el cual no es accesible al público. Adicionalmente, la regulación de la LGE y su reglamento no establece en detalle los alcances de la concesión, por lo que queda a discreción de la autoridad respectiva su determinación.

En el caso de la concesión de la explotación del recurso geotérmico salvadoreño, a partir del año 2002 y con la finalidad de aumentar las inversiones en geotermia sin recurrir a deuda, LaGeo decidió buscar un Socio Estratégico¹⁹ para mejorar su nivel técnico y expandir operaciones en la región centroamericana. De tal manera, tras un proceso competitivo que llevó a cabo la CEL, su accionista mayoritario, se seleccionó a la empresa italiana ENEL bajo la modalidad de capitalización a riesgo.

En estas sucintas referencias a casos concretos de los tres tipos de concesiones que regulan distintas leyes del ordenamiento jurídico salvadoreño se pueden identificar algunos elementos que la normativa sobre concesiones debería incluir para viabilizar que la ejecución de una actividad pú-

blica por un particular se apegue a los fines perseguidos de eficiencia y mejora de la calidad del servicio. El primer elemento es que es condición sine qua non que la regulación y la implementación de la normativa responda a los propósitos últimos de eficiencia, calidad y competitividad que el Estado persigue al delegar en un particular la prestación de un servicio, la construcción de una obra o la explotación de un recurso natural.

En la inclusión del sector privado en la realización de actividades de interés general, el Estado debe jugar un papel activo en la supervisión de los servicios prestados por el particular. Es necesario para ello, evaluar los resultados de los diversos tipos de concesiones que se han otorgado en los distintos sectores y determinar en un plan integral los objetivos que se quieren alcanzar con la inclusión del sector privado en la realización de actividades de interés general, para que cualquier propuesta de reforma legislativa recoja y supere las experiencias de procesos anteriores.

En los ejemplos de concesiones arriba detallados, hemos visto como un mismo ente coordina la prestación del servicio de importantes áreas como el sistema portuario o el transporte terrestre colectivo. Las dos actividades requieren una dedicación casi exclusiva, por lo que es fundamental saber qué entidad coordina la relación que se da entre los distintos entes, operadores, reguladores, autoridad concesionadora, municipalidades, y superintendencias. Con la finalidad

19. Presentación de LaGeo “Desarrollo geotérmico en El Salvador”, en el Foro de la Alianza en Energía y Ambiente (AEA) Managua, Nicaragua. 5 Oct. 2005. Disponible: <http://www.eep-ca.org/forums/documents/LaGeo.pdf>.

Finalmente, un último elemento que se desprende de los ejemplos citados y que redundaría en beneficios en la atracción de inversionistas y en la percepción sobre el impacto positivo de las concesiones de infraestructura pública en la economía del país, es la apertura de información de las instituciones públicas y el uso de las tecnologías de información para facilitar este acceso.

de contar con un solo ente que vigile y ejecute las concesiones de obra pública, la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile establece como único ente responsable para la gestión y otorgamiento de las concesiones al Ministerio de Obras Públicas. La normativa chilena dispone que en el caso que las obras estén entregadas por ley a la competencia de otro organismo integrante de la Administración, estos entes públicos transfieren por mandato legal la competencia del otorgamiento de concesión al Ministerio de Obras Públicas. La designación de este ente coordinador de las concesiones y del procedimiento de licitación, adjudicación y ejecución favorece la articulación de la relación con otros entes involucrados en el otorgamiento de una concesión. Ni la LACAP, ni las legislaciones específicas de cada sector, establecen claramente regulaciones que aclaren la competencia, las funciones y la interrelación de los diferentes actores en los distintos sectores y entes de la Administración Pública, por lo que la designación de una autoridad que coordine la realización de concesiones favorecería la ejecución y los resultados que se esperan de la misma.

Finalmente, un último elemento que se desprende de los ejemplos citados y que redundaría en beneficios en la atracción de inversionistas y en la percepción sobre el impacto positivo de las concesiones de infraestructura pública en la economía del país, es la apertura de información de las instituciones públicas y el uso de las tecnologías de información para facilitar

este acceso. La posibilidad que los procesos de la administración sean vistos, disminuye los costos de la transacción, ya que los inversionistas tienen un grado mayor de certeza de los eventuales riesgos que pueden enfrentar. Las limitaciones al acceso de información pública en Internet de parte de algunas de las instituciones mencionadas en los ejemplos anteriores es alta, como lo determinó un estudio sobre transparencia gubernamental en línea que evaluó 40 sitios gubernamentales salvadoreños²⁰. Un área de trabajo a inmediato plazo podría ser que las instituciones públicas implementen políticas de apertura de información en línea, que den cuenta claramente de los proyectos y procesos que estén ejecutando y de los potenciales proyectos a desarrollar. Lo anterior redundará en beneficios para actuales y futuros proyectos a emprender, ya que la promoción activa de los principios de transparencia y apertura de información incide directamente en el fomento de la libre competencia y concurrencia que debe privar en los procesos de la Administración.

20. En el estudio denominado “Evaluación de Indicadores de Transparencia en las Páginas Web Gubernamentales de Centroamérica” del año 2007 se analizaron 40 sitios Web de instituciones públicas salvadoreñas, calificándose en un 25% sobre 100% la funcionalidad del sitio web del Ministerio de Obras Públicas, ente que tiene funciones rectoras en dos de los ejemplos citados sobre concesiones. Lo anterior es debido a que el sitio Web institucional del MOP no contiene información relevante de la institución y de los proyectos que gestiona. Estudio disponible en: www.alianzaregion.com

Como parte de la implementación de una política de transparencia y apertura de información en las instituciones públicas, sería importante hacer una evaluación de la legislación actual, a fin de analizar disposiciones tales como el Art. 39 del Reglamento de la LACAP que establece la confidencialidad de las bases de licitación o concurso hasta la fecha en que se pongan a disposición de los interesados. Asimismo, es importante que en el caso de concesiones de obras públicas, tal como es el caso de la concesión de puertos, se incorporen en las bases que se presentan a la Asamblea Legislativa, elementos que transparenten el procedimiento de las contrataciones.

Los elementos que subrayamos anteriormente, se encuentran contenidos en los principios que fundamentan e informan la Ley de Adquisiciones

y Contrataciones de la Administración Pública, que incluyen los principios de derecho administrativo de legalidad de las actuaciones de la administración, criterios de probidad pública, de modernización de la administración del Estado, de libre competencia, por lo que no son una novedad; sin embargo, es necesario asegurar la vigencia de éstos en todas las actuaciones de la administración.

En la publicación siguiente de este boletín se continuará con el análisis del esquema de concesiones actuales en el país, en la cual se tratarán los siguientes temas: contratos de concesión, selección del concesionario, importancia de la capacidad técnica de la Administración Pública para evaluar las ofertas, y se finalizará con algunas conclusiones y recomendaciones sobre el tema.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Departamento de Estudios Legales

Presidente

Juan Daniel Alemán

Directora

Claudia Beatriz Umaña

Analistas

Roberto Vidales Gregg

Javier Castro De León

Laura Rivera Marinero

Raúl Villamariona

Luciana Yarhi

Marjorie de Chávez

Carmina Castro

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.sv

www.fusades.org.sv

www.instituciones-fusades.org

