



## ■ Hacia un régimen de concesiones armónico y transparente

### Reflexiones sobre la regulación salvadoreña

#### (Parte II)

*Mediante las bases de licitación la Administración fija los extremos de la participación del particular, sus derechos y obligaciones y las condiciones en las que la Administración espera que se preste el servicio.*

En el boletín anterior, se presentó la primera parte del estudio del esquema de las concesiones en El Salvador, el cual se centró en el análisis del marco jurídico vigente y el tipo de concesiones que se regulan en el mismo. En el presente, 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 algunas conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

#### 1. Marco Jurídico

Los lineamientos generales para desarrollar concesiones como hemos mencionado, se encuentran fundamentalmente contenidos en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) y en la normativa específica que regula cada sector de la economía en el que se quiere ejecutar una obra de infraestructura. Adicionalmente en los docu-

mentos contractuales de una licitación para concesionar se establecen las condiciones que rigen específicamente una contratación. Mediante las bases de licitación la Administración fija los extremos de la participación del particular, sus derechos y obligaciones y las condiciones en las que la Administración espera que se preste el servicio. De tal manera, que el análisis del marco legal que rige la elaboración del contenido de las bases de licitación permitirá identificar cuáles son las facultades de la Administración para elaborar las condiciones contractuales de la concesión.

#### A) El diseño del contrato de concesión

El artículo 42 de la LACAP establece que los documentos contractuales a utilizar en el proceso de contratación y que forman parte del contrato de concesión serán por lo menos: las bases de licitación; las adendas a las

*La contratación pública comprende dos fases perfectamente definidas: el procedimiento de licitación o selección del contratista y la contratación como tal. La licitación es un procedimiento administrativo de selección y análisis de las propuestas de los oferentes a un llamado que ha hecho la Administración. La finalidad del proceso de licitación es encontrar la oferta más ventajosa en atención al interés general.*

bases, si las hubiese; las ofertas y sus documentos; las garantías; y, toda otra resolución que modifique el contenido de las bases. Estos elementos definen entonces las características de la relación contractual que la Administración Pública entabla con el particular, si se cuenta con un buen diseño existirán los incentivos adecuados para que los oferentes presenten propuestas competitivas que permitan la realización de una obra que produzca beneficios al país y que aseguren una relación público-privada duradera; he allí la importancia de conocer la conformación de los elementos contractuales.

#### **i) La selección del concesionario**

La contratación pública comprende dos fases perfectamente definidas: el procedimiento de licitación o selección del contratista y la contratación como tal. La licitación es un procedimiento administrativo de selección y análisis de las propuestas de los oferentes a un llamado que ha hecho la Administración. La finalidad del proceso de licitación es encontrar la oferta más ventajosa en atención al interés general. Las bases de una licitación o pliego de condiciones son parte esencial de los documentos contractuales, pues en ellas se formulan las cláusulas específicas dictadas unilateralmente por la Administración que regularán la relación con el particular.

En la legislación salvadoreña, independientemente del tipo de concesión que se trate, el proceso de selección del concesionario se realiza de acuerdo con lo establecido en los artículos 133 y siguientes de la LACAP. Sin perjuicio de las leyes o reglamentos aplicables, las bases de la licitación

constituyen el instrumento que regulará las especificidades de cada contratación<sup>1</sup>. En el mencionado artículo 133 se establece que el proceso de selección del concesionario se efectuará vía licitación pública, nacional o internacional.

Los procesos licitatorios para la realización de obras de gran envergadura y que requieran una concesión del Estado para que el particular los desarrolle, pueden originarse de una iniciativa pública o privada. En el de iniciativa pública el Estado a través de la institución correspondiente realiza una licitación para ejecutar obras, prestar servicios públicos o explotar recursos naturales. En el caso de licitación de iniciativa privada, el particular propone a la Administración Pública la ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos. Con la idea propuesta y de acuerdo con lo dispuesto por la LACAP, el proceso de revisión de la iniciativa privada podría tomar como mínimo un año y medio, dependiendo de la celeridad de la Administración. La LACAP no establece los criterios con los que se evaluará su propuesta, por lo que el privado no conoce de antemano los elementos según los cuales se considerará su proyecto. El señalado plazo de un año y medio podría parecer largo, al tomar en cuenta por una parte la urgencia de realizar proyectos de infraestructura para el país y por el otro el interés del inversionista privado de recuperar los costos de los estudios realizados. Posterior a dicho análisis, y en caso que la propuesta sea viable, la institución correspondiente iniciaría el proceso licitatorio, en el

1. Artículo 43 LACAP



que el proponente competiría con cualquier otro interesado en igualdad de condiciones. Los incentivos que la ley prevé en el artículo 133 de la LACAP para que un particular realice estudios de factibilidad por su cuenta, son el reembolso de los gastos incurridos y el otorgamiento de la concesión al particular, en caso que no se presentaren otros oferentes, y siempre y cuando califique para ser concesionario.

No se conocen muchos casos de desarrollo de proyectos de concesión iniciados por iniciativa privada y prevalecen los propuestos por las instituciones públicas responsables. Este hecho debería invitar a reconsiderar los incentivos que se proponen al sector privado para participar en inversiones conjuntas con el Estado. Respecto de proyectos de concesión por iniciativa privada y específicamente en lo que concierne al desarrollo de recursos geotérmicos, el “Informe Final sobre Electrificación con base en recursos de energía renovable” del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), señaló que las principales causas por las que un particular no se siente atraído para desarrollar un proyecto por su cuenta y luego proponérselo a la autoridad respectiva es la excesiva duración del proceso de concesión<sup>2</sup>, el alto costo de la investigación del potencial del recurso y el riesgo de no ser adjudicatario de la

2. La duración observada para cumplir con todos los trámites administrativos requeridos para la concesión (estudios de factibilidad y estudios de impacto ambiental) es de al menos 11 meses según la ley, pero más a menudo entre 2 y 3,5 años en la práctica. Informe Final “Electrificación con base en recursos de energía renovable. Proyecto PNUD-GEF. Disponible en: <http://www.marn.gob.sv/uploaded/content/category/405801075.pdf>

misma, lo cual haría difícil recuperar los gastos efectuados en los estudios de campo e investigación. Un ejemplo de regulación que establece las reglas a través de las cuales los privados puedan hacer propuestas de desarrollo de proyectos de infraestructura pública, lo encontramos en la legislación chilena<sup>3</sup> en la que los incentivos que el Estado otorga a un privado que propone una idea de desarrollo están claramente establecidos en la ley, e incluyen la obligación de reembolso por los gastos incurridos, y asimismo contiene los procedimientos de evaluación de la propuesta técnica de manera clara y concreta. Adicionalmente, para incentivar la realización de estudios se pondera favorablemente la iniciativa del proponente en el momento de evaluación de oferta en el proceso de concesión; por estas razones, en Chile existen muchos proyectos de esta naturaleza que están en estudio por el Estado<sup>4</sup>.

Para la selección de un oferente idóneo en las licitaciones para la contratación de obras o bienes de gran magnitud o complejidad o de servicios que requieren conocimientos especializados, la LACAP prevé en el artículo 27 que la Administración puede realizar un procedimiento de calificación. Si la calificación es previa al proceso de licitación se llama precalificación y si es simultánea a éste, se denomina cocalificación. La calificación en forma previa procederá en los casos en que la institución contratante necesite conocer las opciones del mercado

3. Art. 3 Ley de Concesiones de Obra Pública, Chile.

4. Para ver el detalle de proyectos de iniciativa privada en estudio visitar: [http://www.concesiones.cl/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=20&Itemid=447](http://www.concesiones.cl/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=20&Itemid=447)

*La certeza de la selección del concesionario idóneo requiere no sólo de convocar a los mejores calificados para prestar el servicio o realizar la obra, sino también se requiere que la Administración cuente con lineamientos claros que regulen detalladamente las condiciones técnicas, financieras y económicas de la obra que el particular ofrecerá realizar y que a éstos se le garantice que en la evaluación de las ofertas se respetarán los principios de transparencia y libre competencia.*

respecto a una obra, bien o servicio, mientras en los demás casos procederá la calificación en forma simultánea. La certeza de la selección del concesionario idóneo requiere no sólo de convocar a los mejores calificados para prestar el servicio o realizar la obra, sino también se requiere que la Administración cuente con lineamientos claros que regulen detalladamente las condiciones técnicas, financieras y económicas de la obra que el particular ofrecerá realizar y que a éstos se le garantice que en la evaluación de las ofertas se respetarán los principios de transparencia y libre competencia.

#### **ii) Elaboración de las condiciones contractuales**

Los lineamientos técnicos, económicos, financieros, legales y ambientales contenidos en las bases de licitación de una concesión de un proyecto que la Administración quiere realizar, son el resultado de un proceso de construcción y elaboración unilateral de la Administración. Cuando una institución pública en cumplimiento de su finalidad establecida por ley identifica el desarrollo de un proyecto de inversión, tiene que comprobar la viabilidad técnica, económico y financiera del mismo y luego de sus autorizaciones internas, debe solicitar la autorización del Ministerio de Hacienda para su aprobación presupuestaria. De acuerdo con el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado<sup>5</sup> (Ley AFI) la

5. En materia de inversión y crédito público, con la aprobación de la Ley AFI y su reglamento se logró ordenar, centralizar y disciplinar el proceso de endeudamiento del sector público, el cual se encontraba anteriormente disperso y sin una orientación clara. Esto ha permitido la elaboración de

Dirección General de Inversión y Crédito Público del Ministerio de Hacienda, como ente encargado del Subsistema de Inversión y Crédito Público, tiene competencia para:

“ k) Analizar los proyectos y programas de preinversión, presentados por las entidades e instituciones del Sector Público, sujetas a esta Ley, a efecto de evaluar su coherencia y factibilidad técnica en función de los lineamientos de la política económica y la rentabilidad económica, financiera y social de los mismos”.

La Dirección General de Inversión y Crédito Público efectúa la evaluación técnica-económica correspondiente a las solicitudes de pre-inversión e inversión, basándose en los antecedentes y documentos de proyectos entregados por las respectivas entidades e instituciones del sector público de conformidad con los requerimientos que dicha Dirección establezca<sup>6</sup>. No obstante la existencia de la normativa y de guías e instructivos para la elaboración de Estudios de pre-inversión Pública, las evaluaciones que se hacen de los distintos proyectos no está disponible abiertamente al público por lo que es difícil conocer con certeza cómo se conforma el Pro-

Políticas de Endeudamiento y mejorar todo el proceso de gestión del financiamiento en los aspectos técnicos, administrativos y legales. A partir de 1997, producto de una reforma a la Ley AFI, se atribuyó todo el proceso de inversión pública al Ministerio de Hacienda y específicamente pasó a ser parte integrante del Subsistema de Crédito Público transformándose en el Subsistema de Inversión y Crédito Público.

6. Ley AFI (Art.97)



*...las bases de las licitaciones son aprobadas unilateralmente por la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones o por el Concejo Municipal, en su caso.*

grama Anual de Inversión Públicas<sup>7</sup> y conocer la prioridad que tiene del desarrollo de proyectos de infraestructura. Contar con esta información contribuiría a dar seguimiento a las ideas de inversión que las diversas instituciones públicas proponen al Ministerio de Hacienda y permitiría evaluar los proyectos más rentables desde el punto de vista económico y social. Esta información podría ser útil para que un privado determine los estudios que haya necesidad de hacer para complementar los existentes. Ello a su vez fomentaría la participación privada desde las etapas iniciales del desarrollo de un proyecto de gran envergadura, redundando en la ejecución de más proyectos de este tipo.

En la Ley AFI no se establecen plazos para que las instituciones proponentes realicen la evaluación de proyectos<sup>8</sup>, ni tampoco se establecen los tiempos dentro de los cuales el Ministerio de Hacienda deberá decidir y notificar a las instituciones si es factible que un proyecto se incluya en el plan de inversión, por lo que su aprobación y la prioridad de su desarrollo queda

sujeto a la discreción del funcionario responsable. Se corre el riesgo, sin embargo, que al no existir plazos para que la Administración tome una decisión sobre la viabilidad del desarrollo de un proyecto, los estudios realizados que justifiquen aquél queden desfasados. Ello conlleva que la institución interesada en desarrollar un proyecto deberá incurrir en nuevos gastos y realizar una actualización de los estudios o lanzar el proyecto con las condiciones económicas, técnicas y financieras que los estudios previos contemplaban, asumiendo el riesgo del paso del tiempo. Una vez que el proyecto es aprobado por la dirección del Ministerio de Hacienda, las instituciones respectivas realizan las gestiones internas para licitar las obras o servicios necesarios para llevar a cabo el proyecto identificado y para asegurar la disponibilidad presupuestaria del mismo. En esta etapa las condiciones económicas, técnicas, financieras y legales de los estudios de pre-inversión que las instituciones realizan son un insumo primordial de las bases de licitación.

De acuerdo con el artículo 18 de la LACAP, las bases de las licitaciones son aprobadas unilateralmente por la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones o por el Concejo Municipal, en su caso. En ellas, aparte de las condiciones técnicas de la obra a desarrollar, se incluyen las obligaciones contractuales de la Administración y el particular y las condiciones económicas, legales y administrativas.

Los contratos son ley entre las partes y gobiernan la relación creada. Los funcionarios de las distintas instituciones públicas tomarán la decisión técnica de los alcances del contenido de

7. Es facultad del Ministerio de Hacienda proponer al Presidente de la República la política de inversión y el programa de inversión pública del país aprobados por la Comisión Nacional de Inversión Pública (CONIP), así como la política de endeudamiento público interno y externo (Ley AFI art. 4). El Presidente lo somete posteriormente a consideración del Consejo de Ministros para su aprobación. Estas políticas deben ser acatadas por las instituciones y entidades sujetas a la regulación de la Ley AFI (art.84).
8. Art. 97.A. Inciso 3: “Todas las entidades e Instituciones sujetas a esta Ley, conforme lo que establece el Art. 2 de la misma, tendrán la obligación de informar a la Dirección General de Inversión y Crédito Público sobre la programación y ejecución de la Preinversión e Inversión Pública a su cargo.”

*El contenido de la concesión si bien se refleja en un documento contractual, va mas allá de únicamente requerimientos legales, es necesario que equipos multidisciplinarios traduzcan los resultados de los análisis técnicos, económicos, financieros y legales previamente realizados a condiciones contractuales que normen la relación entre el privado y la Administración Pública.*

los documentos contractuales que regularán el desarrollo del proyecto de infraestructura. El contenido de la concesión si bien se refleja en un documento contractual, va mas allá de únicamente requerimientos legales, es necesario que equipos multidisciplinarios traduzcan los resultados de los análisis técnicos, económicos, financieros y legales previamente realizados a condiciones contractuales que normen la relación entre el privado y la Administración Pública. El artículo 135 de la LACAP establece los lineamientos que se deberán considerar en la elaboración de un contrato de concesión e incluyen:

- a) La determinación de las cláusulas de prestación del servicio en sus aspectos administrativos, operativos, jurídicos, económicos y técnicos;
- b) Los procedimientos para la inspección y aceptación de las obras respectivas, en su caso;
- c) La estructura tarifaria respectiva, fórmulas de los reajustes tarifarios y su sistema de revisión,
- d) El plazo por el cual se concederá la concesión;
- e) El subsidio que otorgará el Estado, en caso exista;
- f) Los pagos ofrecidos por el concesionario al Estado, en el caso que se entreguen bienes y derechos para ser utilizados en la concesión;
- g) Las cláusulas de determinación de riesgos del concesionario durante la construcción o la explotación de la obra, o gestión de los servicios públicos, tales como caso fortuito y fuerza mayor y los riesgos que asumirá el Estado; y,

- h) Los procedimientos para calificar cualesquier otros servicios adicionales útiles y necesarios.

Las partes contratantes al realizar una obra conjunta asumen riesgos, generalmente éstos son de índole distinta, por lo que una adecuada distribución de los mismos en las diferentes condiciones contractuales puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Mientras menor sea el riesgo -o mientras mejor esté distribuido- mayor será la atracción que el inversionista verá en el proyecto.

La presentación de una oferta por el interesado, dará por aceptadas las indicaciones contenidas en las bases de licitación o de concurso<sup>9</sup>. En las contrataciones públicas el Estado fija unilateralmente sus condiciones de contratación, incluyendo las propuestas técnicas de la obra, y el particular no puede sino acatar los requisitos exigidos, por lo que no puede proponer nuevas formas o métodos que vayan a favorecer la obra o servicio solicitado, ya que nuestra legislación no lo permite. En otras legislaciones, como en la de Argentina<sup>10</sup> se prevé en los proyectos de gran envergadura la existencia de un data room, un banco de datos, en el que las instituciones públicas convocan a los interesados para que antes de presentar las ofertas estudien la documentación que se pone a disposición para proponer modificaciones o aclaraciones a las bases de licitación y al contrato. La finalidad es que la Administración Pública co-

9. Artículo 45 LACAP.

10. Decreto 436/00. Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional. Argentina.

*La posibilidad que tanto los precios y las condiciones del servicio y realización de la obra puedan sufrir modificaciones sustanciales posteriores a la adjudicación, puede ser un incentivo perverso para que los operadores concluyan, con razón, que deberán tener en consideración dos ofertas distintas: una que le permita ganar la licitación y otra que genere posteriormente rentabilidad económica conseguida tras una renegociación.*

nozca las mejores opciones técnicas que existen en el mercado para el desarrollo de una obra y así se mejore las propuestas y o lineamientos de la licitación<sup>11</sup>. Adicionalmente, lo anterior implica introducir los principios de publicidad y concurrencia desde el comienzo de la preparación de las bases de licitación y del futuro contrato. Esta práctica ya se ha utilizado en nuestro país en los procesos de privatización de telecomunicaciones y de distribución de energía, en los cuales se contó con un data room para informar a los participantes de los alcances del proyecto. Sin embargo, es necesario que se incluya la implementación de esta herramienta en la regulación del proceso licitatorio y en la misma ley, para definir claramente su finalidad y establecer cómo la Administración evaluará la información presentada y cómo la utilizará para enriquecer las propuestas técnicas de los documentos de la concesión.

La inclusión y valoración detallada de estas consideraciones evitará la posibilidad de cambios contractuales posteriores a la adjudicación que impliquen alteraciones significativas de las condiciones económicas originalmente pactadas. La posibilidad que tanto los precios y las condiciones del servicio y realización de la obra puedan sufrir modificaciones sustanciales posteriores a la adjudicación, puede ser un incentivo perverso para que los operadores concluyan, con razón, que deberán tener en consideración dos ofertas distintas: una que le permita ganar la licitación y otra que

11. Variaciones y Contrapuntos en los nuevos sistemas de Contratación de Actividades Económicas Públicas. Issac Augusto Damsky. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

genere posteriormente rentabilidad económica conseguida tras una renegociación. Lo anterior puede afectar la confianza que depositan los inversionistas y los usuarios del servicio en la Administración Pública. Por lo que un marco legal claro y unas prácticas administrativas transparentes crean previsibilidad, lo cual permite a los posibles inversionistas evaluar costos y riesgos de su inversión y ofrecer condiciones más ventajosas para realizar una obra.

### **iii) Importancia de la capacidad técnica de la Administración Pública para la evaluación de ofertas**

La rigurosidad o flexibilidad de los criterios de evaluación de las ofertas no se encuentra regulada por la LACAP, y si bien es cierto que el Reglamento de la LACAP contempla algunos factores de evaluación y criterios de evaluación de la capacidad técnica, éstos son muy generales, por lo que la evaluación podrá ser tan simple o compleja como la institución contratante lo determine.

El artículo 55 de la LACAP dispone que las ofertas deberán ser evaluadas en sus aspectos técnicos y económico-financieros. El artículo 44 en el literal r) establece por su parte que las bases de licitación o concurso contendrán: “El sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación el cual indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica”. El factor de ponderación del costo debe elegirse cuidadosamente en cada caso,

*Es una práctica común en las contrataciones públicas salvadoreñas la notificación extractada de las resoluciones de adjudicación, limitándose la Administración Pública a comunicar a quien se le adjudica la contratación, sin explicar las razones de la decisión. La anterior práctica es contraria a lo dispuesto por la LACAP en el artículo 74 inciso primero en el que establece que la Administración al notificar una resolución deberá dar al participante copia íntegra del acto.*

teniendo en cuenta la complejidad del trabajo y la importancia de la obra a realizarse. Por lo general, la selección basada pura y exclusivamente en los aspectos técnicos es recomendable cuando se trata de obras complejas, altamente especializadas o trabajos en los que se requiere que la propuesta aporte una metodología innovadora. La LACAP no obliga necesariamente a adjudicar la licitación a la oferta con menor valor financiero, sino que presupone que la decisión de la Administración Pública considerará esta variable conjuntamente con las consideraciones técnicas de la obra a realizar y la capacidad y experiencia del oferente para ejecutar la infraestructura solicitada. Sin lugar a dudas, uno de los puntos primordiales es el balance costo-beneficio que presenten cada uno de los oferentes de la licitación. Por lo que, nuevamente, los criterios con los que se valorarán las ofertas dependerá de los lineamientos que la Administración establezca en las bases de licitación para responder a las necesidades del servicio u obra que el particular pretende realizar.

Cuando se trata de licitaciones o concursos públicos o públicos por invitación -ya sean estos nacionales o internacionales- cada institución de la Administración Pública constituye comisiones para evaluar las ofertas. Estas comisiones son nombradas por el titular de cada una de las instituciones<sup>12</sup> pueden variar su composición de acuerdo con la naturaleza de las obras, bienes o servicios a adquirir. La LACAP prevé que las comisiones se deberán integrar con los miembros especialistas de la institución y establece que en caso que la Administra-

ción contratante no cuente con personal especializado o idóneo en la materia podrá entonces contratar funcionarios de otras instituciones y excepcionalmente podrá contratar especialistas para que conformen dicha comisión. En el caso que la realización de una obra involucre a más de una institución, la LACAP permite la posibilidad de constituir una comisión interinstitucional de evaluación de ofertas, lo cual beneficia la celeridad del proceso de selección de quien realizará la obra.

El resultado del procedimiento de selección finaliza con la adjudicación de la concesión habilitándose la futura celebración del contrato. La Comisión de Evaluación de Ofertas, basada en los criterios de evaluación fijados, recomienda al titular de la institución cuál a su criterio es la oferta que técnica y económicamente ha resultado mejor calificada o, en su defecto, recomienda declarar desierta la licitación si ninguna de las ofertas cumple los requisitos.

La autoridad competente para la adjudicación es el titular, la junta o consejo directivo de las respectivas instituciones o el concejo municipal, en su caso. Si la autoridad competente estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de la concesión de que se trate, razonando su decisión y notificando<sup>13</sup> a los participantes debidamente. Es una práctica común en las contrataciones públicas salvadoreñas la notificación extractada de las resoluciones de adjudicación, limitándose la Administración Pública a comunicar a quien se le ad-

12. Artículo 20 LACAP

13. Artículo 57 y 74 LACAP



*...es necesario que el personal de la institución que se seleccione para integrar las distintas comisiones de evaluación sea el más capacitado, siendo importante que exista continuidad de éstos en la integración de las comisiones de evaluación, para que los que participen en ellas, no solo conozcan de un proceso, sino la integralidad de la obra que se quiere realizar y así cuenten con elementos de valor para considerar las ofertas que se presenten.*

judica la contratación, sin explicar las razones de la decisión. La anterior práctica es contraria a lo dispuesto por la LACAP en el artículo 74 inciso primero en el que establece que la Administración al notificar una resolución deberá dar al participante copia íntegra del acto. Al no hacerlo la Administración limita el derecho de los participantes de conocer las razones en las que fundamenta su decisión de adjudicación y no le da elementos de valor al participante para controvertir las resoluciones proveídas.

La resolución de adjudicación no estará en firme hasta transcurridos cinco días hábiles posteriores a su notificación, período dentro del cual se podrá interponer el recurso de revisión regulado por la LACAP. De conformidad con la normativa vigente una contratación normalmente se podría realizar en 38 días hábiles, el plazo se podría ampliar hasta 50 días hábiles aproximadamente si hay interposición de recursos. La LACAP no establece expresamente plazos para todas las actividades de contratación, por lo que la rapidez con que éstos se realicen, dependerá de la agilidad administrativa de la institución contratante.

Se suele identificar el otorgamiento de una concesión para la realización de una obra en un único proceso de licitación. La licitación pública para la selección de la persona natural o jurídica que recibirá la concesión efectivamente es una sola; sin embargo, la selección del concesionario es de las etapas finales de construcción del contenido de la licitación, presupone la realización de estudios previos que van conformando e informando la voluntad de la Administración y explican el contenido técnico de las bases. Al respecto y con la finalidad

de asegurar la visión de sistema, es necesario que el personal de la institución que se seleccione para integrar las distintas comisiones de evaluación sea el más capacitado, siendo importante que exista continuidad de éstos en la integración de las comisiones de evaluación, para que los que participen en ellas, no sólo conozcan de un proceso, sino la integralidad de la obra que se quiere realizar y así cuenten con elementos de valor para considerar las ofertas que se presenten. Lo anterior se podría garantizar si los empleados de las instituciones encargados de los procesos de concesión se aparten de sus funciones cotidianas y se dediquen exclusivamente a la conducción técnica de los procesos licitatorios y de la ejecución contractual. La dedicación exclusiva permitirá desarrollar mejores bases, lo cual evitará inconvenientes posteriores tanto en la configuración del diseño contractual como en la evaluación de las ofertas. En definitiva un contrato bien elaborado asegura que las condiciones técnicas acordadas prevalezcan al momento de una eventualidad en la ejecución del mismo.

En relación con la importancia del conocimiento y capacitación del personal técnico de la institución, sirve recordar lo que mencionó el experto chileno en temas de concesiones Eduardo Dockendorf<sup>14</sup> sobre las lecciones aprendidas de Chile en los procesos de concesión. Él mencionaba que para que un proyecto de concesiones sea exitoso, es vital formar cuadros técnicos especializados en las distintas instituciones que incidan positivamente en el diseño contractual

14. Encuentro Nacional de la Empresa Privada (ENADE 2007), Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP)

*La importancia de un diseño contractual óptimo para la disminución de contingencias en la ejecución de una concesión fue resaltada en un estudio de más de 1,000 concesiones otorgadas en América Latina entre los años 1985 y 2000, en él se mostró que un 41.5% de éstas fueron renegociadas. En el estudio se detectaron dos factores cruciales que inciden en que un contrato de concesión sea renegociado por las partes luego de suscrito y esto es: la regulación y el diseño contractual.*

de la concesión. En el país contamos con experiencia en procesos de participación privada en obras y servicios públicos, es necesario evaluar los procesos emprendidos, identificar las mejores prácticas realizadas, detectar las lecciones para mejorar los procedimientos existentes y agrupar los cuadros técnicos especializados que existen en la instituciones y formarlos con una visión de administración pública más moderna y eficiente que tienda a eliminar burocracia, transparentar y estandarizar procedimientos.

La importancia de un diseño contractual óptimo para la disminución de contingencias en la ejecución de una concesión fue resaltada en un estudio<sup>15</sup> de más de 1,000 concesiones otorgadas en América Latina entre los años 1985 y 2000, en él se mostró que un 41.5% de éstas fueron renegociadas. En el estudio se detectaron dos factores cruciales que inciden en que un contrato de concesión sea renegociado por las partes luego de suscrito y esto es: la regulación y el diseño contractual. Una renegociación contractual en sí misma no es un problema, pues puede servir para adecuar el contrato a la realidad que regula; el problema es que generalmente en la experiencia estudiada se detectó que las renegociaciones se dan en absoluto secretismo, afectando la credibilidad de la administración en la ejecución de concesiones de obras y servicios públicos y la ecuación económica del contrato.

El estudio establece que la regulación

en la materia de concesiones puede servir tanto para proteger a los inversionistas de actuaciones arbitrarias o políticas del gobierno, como para proteger a los usuarios de los abusos del concesionario frente al servicio que presta. Por lo anterior, recomienda el estudio, con la finalidad de disminuir los riesgos que cualquier cambio en la regulación pueda originar, se debe independizar por completo cualquier reforma de ciclos electorales, para reducir la posibilidad que la modificación obedezca a motivaciones coyunturales que estén alejadas de la finalidad de eficiencia que se persigue al concesionar un servicio. Por otra parte, el estudio recomendó que el diseño contractual de algo tan complejo como una concesión a largo plazo tenga que hacerse con sumo cuidado y detalle, ponderando todas las eventualidades que pudiesen surgir, con criterios técnicos, públicos y predecibles, siendo en consecuencia determinante el diseño de las cláusulas contractuales.

La atracción de inversionistas para el desarrollo de esquemas de concesión requiere no sólo de la existencia de marcos legales que establezcan reglas claras, sino también esto debe ir acompañado de un verdadero respeto al Estado de Derecho, en el cual las reglas no se cambien repentina y unilateral. Asimismo, es importante contar con procesos claros y transparentes, así como con funcionarios públicos capacitados que los apliquen de forma clara y predecible, respetando las disposiciones legales, los plazos y condiciones establecidas. Las concesiones de obra pública llevan consigo una complejidad técnica propia de cada uno de los proyectos, diferencias metodológicas en su desarrollo, por lo que es necesario agrupar y formar cuadros técnicos multidisciplinarios

15. Guasch, J. Luis and Straub, Stéphane, "Renegotiation of Infrastructure Concessions: An Overview". *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol. 77, No. 4, pp. 479-493, December 2006 Available at SSRN: or DOI: 10.1111/j.1467-8292.2006.00316.x



*Actualmente contamos con un marco legal que permite desarrollar concesiones. Las deficiencias apuntadas no se solucionan únicamente con reformas legales, pues también se requiere una firme disposición de los funcionarios públicos para aplicar la normativa existente y hacerla cumplir, y velar por que los estándares técnicos prevalezcan conjuntamente con la transparencia en los procedimientos de la administración pública.*

rios en cada institución y en cada área en que se han identificado proyectos que se someterán a concesión.

## **2. Comentarios finales**

Actualmente contamos con un marco legal que permite desarrollar concesiones. Las deficiencias apuntadas no se solucionan únicamente con reformas legales, pues también se requiere una firme disposición de los funcionarios públicos para aplicar la normativa existente y hacerla cumplir, y velar porque los estándares técnicos prevalezcan conjuntamente con la transparencia en los procedimientos de la administración pública.

La LACAP no fija de una forma clara los límites y conductas precisas dentro de los cuales la Administración debe de actuar y decidir. Ello faculta a que la actividad de la Administración Pública no sea simplemente una aplicación matemática de pasos y procesos, sino que permite realizar actividades de valoración en cada caso, pudiendo hacer prevalecer las reglas de una ciencia o disciplina e incluir así los mejores criterios técnicos existentes que garanticen el interés general. Estas facultades discrecionales de la Administración no implican arbitrariedad ni están exentas del control de legalidad, por lo que es vital que los organismos de control supervisen los procedimientos existentes. Adicional a lo anterior hay que destacar que las bondades de contar con una Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que descentraliza operativamente todas las actividades relacionadas con la gestión de adquisiciones y contrataciones públicas de obras, bienes y servicios pueden verse reducidas si los usuarios

del sistema de compras públicas no confían en los procedimientos establecidos, por considerar que no son transparentes ni eficientes, incrementando así el riesgo de la inversión del sector privado. Un estudio de Banco Interamericano de Desarrollo sobre las compras públicas centroamericanas concluye que en la mayoría de los países considerados en el mismo, en los que se encuentra El Salvador, el mercado de compras públicas es aun percibido como uno donde impera la ineficiencia, la burocracia y, lamentablemente, también la corrupción. Esta percepción se ve reforzada por la carencia de datos confiables y por la falta de transparencia para evaluar el desempeño del mismo<sup>16</sup>.

Recientemente, la Comisión Multidisciplinaria, en su informe “Contrarrestando el impacto de la crisis internacional sobre la economía de los hogares salvadoreños”, emitió como parte de sus recomendaciones, agilizar las reformas a la LACAP con el fin de contar con un marco regulatorio que permita la realización de trámites expeditos, transparencia y certidumbre en las compras y contrataciones gubernamentales, así como la construcción de un ambiente propicio para la inversión privada.

Las consideraciones anteriores deberían de invitar a revisar la normativa existente y evaluar las reformas necesarias en el marco legal vigente.

Para incidir positivamente en el crecimiento económico del país a través

16. Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana. Serie de Estudios Económicos y Sectoriales. Banco Interamericano de Desarrollo BID. 2007.

*La centralización de los procedimientos, en el caso de las concesiones de obra pública, podría garantizar que la diversidad de procesos de concesiones para actividades tan distintas se haga dentro de un solo marco teórico, institucional y jurídico; evitando así la dispersión y multiplicidad de esfuerzos y fomentando el orden y armonía en la legislación y la administración pública salvadoreña.*

de un programa innovador e integral de concesiones de obras públicas en distintos sectores, es necesario que existan políticas integrales sobre la materia que se traduzcan en una nueva normativa que establezca distintos estándares y que incluya las mejores prácticas a nivel internacional. Esta normativa pasa por la creación de un ente que dirija y centralice la realización de proyectos de infraestructura, para liderar la coordinación entre las instituciones públicas involucradas, y así reemplazar los lineamientos básicos existentes con un concepto más coherente de administración pública integrada y moderna. La centralización de los procedimientos, en el caso de las concesiones de obra pública, podría garantizar que la diversidad de procesos de concesiones para actividades tan distintas se haga dentro de un sólo marco teórico, institucional y jurídico; evitando así la dispersión y multiplicidad de esfuerzos y fomentando el orden y armonía en la legislación y la administración pública salvadoreña.

Para el desarrollo de este programa integral de concesiones se requiere de herramientas legales e instituciones fuertes que velen por el interés general. Esta idea junto con la de transparencia y acceso a la información en los procesos administrativos, son claves para el desarrollo de cualquier proyecto concesionario pues sólo así se garantizará que el particular preste con eficiencia sus servicios, que el usuario se beneficie de ello y que el Estado supervise la actividad prestada y dedique sus recursos a otras actividades de interés general. Ante la urgencia de desarrollar proyectos de infraestructura en el país, es necesario crear amplios acuerdos que permitan viabilizar la decisión de una propuesta técnica de concesión, para lo cual es vital hacer una revisión integral de las disposiciones legislativas vigentes, así como de los procedimientos actuales, con el fin de garantizar la transparencia en el proceso, potenciar la participación del sector privado y garantizar beneficios concretos para el país.



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](mailto:comercializacion@fusades.org.sv)

[www.fusades.org.sv](http://www.fusades.org.sv)

[www.instituciones-fusades.org](http://www.instituciones-fusades.org)

