

# Comentarios

sobre la Ley de Compras Públicas

**Cristosal**



El sistema de compras públicas en El Salvador ha sido trastocado por las reformas aprobadas en los últimos años, sumándose así al debilitamiento de la institucionalidad democrática, la cooptación de las entidades de control y la falta de transparencia, características del Gobierno del presidente Bukele.

La Constitución de la República establece como mecanismo general de contratación de obra, bienes o servicios la licitación pública (Art. 234), mecanismo que limita el poder discrecional de los funcionarios y fomenta la competencia bajo principios de igualdad y no discriminación de oferentes.

Sin embargo, la transformación del sistema de compras se aleja de los principios que deben regirlo, tales como: el de no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa; incumpliendo la Constitución, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, de las que El Salvador es signatario.

Al haber ratificado estas Convenciones, el Estado de El Salvador asumió el compromiso de instituir un régimen de contrataciones públicas que respete el estándar internacional de los Derechos Humanos, obligándose a respetar las obligaciones adquiridas con la firma y ratificación de dicha normativa, que según el artículo 144 incisos 1º y 2º de la Constitución es de obligatorio cumplimiento, ya que dichos tratados son Ley de la República y le imponen obligaciones al Estado en materia de contratación pública y gestión de la hacienda pública.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en el Art. 9, que los países deben poseer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción; así como aplicar criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.

Mientras, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estipula que el Estado tiene la obligación de “adoptar las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización funcionamiento y procesos de adopción de decisiones”.

Por otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción en el Artículo III.5. obliga a los Estados Parte a establecer sistemas para la contratación de funcionarios públicos y adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

Ambas Convenciones establecen una serie de requerimientos, límites, directrices y principios dirigidos a la función legislativa, que deben ser respetados al momento de elaborar leyes secundarias que regulen los procesos de contratación pública, pero además regulan el derecho fundamental de acceso a la información pública.

Por ende, si se erige un régimen de contratación que no garantiza la competencia, la transparencia, ni el derecho de acceso a la información pública, y no se establecen de forma previa criterios y parámetros objetivos para la adopción de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción, o un sistema de contratación pública que no garantice la publicidad,

equidad y eficiencia, sin control de los fondos públicos, habría una vulneración a las Convenciones referidas.

El 25 de enero la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Compras Públicas, que según el propio documento de remisión tiene por objeto “reestructurar y establecer nuevas disposiciones al régimen de contratación administrativa”.

## **I. Elementos relevantes de la ley**

Se advierte que en la Ley aprobada se agregan como exclusiones de la aplicación de la nueva ley propuesta, además de los que ya establecía la LACAP, los siguientes:

1. Los convenios que celebren las instituciones del Estado con aquellas entidades privadas cuyo control directo o indirecto sea de una entidad pública, excepto los insumos u otros materiales que se necesiten para operativizar el objeto del convenio, para los que se deberá seguir el procedimiento especial establecido en la propia ley (Art. 3 literal b, parte final). Esto implica que los implementadores, es decir organizaciones a los que la Asamblea Legislativa o los Ministerios les otorguen fondos, no deben seguir procedimientos competitivos y de optimización del gasto público.
2. Cualquier servicio accesorio relacionado con la colocación de títulos en el mercado internacional, realizados por el Ministerio de Hacienda o el Estado salvadoreño (art. 3 literal f, parte final), por lo que quedarían fuera los contratos de gestión para su promoción.
3. Las adquisiciones y contrataciones que realice el Ministerio de la Defensa Nacional para atender las necesidades de bienes y servicios de las misiones que este realice en el exterior, debiendo publicar en COMPRASAL un informe consolidado de las mismas. (art. 3 literal g)
4. Las obras de construcción bajo el sistema de contratación que realicen los Concejos Municipales en su componente de ejecución. Para la contratación del diseño, supervisión, adquisición de materiales, servicios y demás suministros de los proyectos respectivos se establece un procedimiento especial de contratación. (Art. 3 literal i)
5. La adquisición de seguros paramétricos que contrate el Estado con organismos internacionales. (Art. 3 literal k)
6. Las membresías o suscripciones que, en razón del rubro de la institución, debidamente justificado, y que por la naturaleza de las mismas conforme los objetivos institucionales y la normativa aplicable, deba adquirir el Estado. (Art. 3 literal L)
7. Los proyectos estratégicos de utilidad pública definidos por el Consejo de Ministros, cuya información será publicada en COMPRASAL de acuerdo a lo que establezca el Reglamento; advirtiéndose que así como cualquier obra podría ser catalogada como tal, la práctica ha demostrado que la reserva de información ha sido constante, limitándose su acceso y por ende el control ciudadano. (Art. 3 literal m)
8. Las adquisiciones y contrataciones realizadas por la Dirección de Obras Municipales. (Art. 3 literal n)

En cuanto a los principios cabe señalar que la ley establece limitaciones para su ejercicio, por ejemplo, sobre la transparencia, la ley aprobada considera que los actos de contratación pública deben ser accesibles de manera libre e igualitaria por parte de los intervinientes y de cualquier persona interesada, y no por cualquier persona, esto impone un límite a la ciudadanía y a las personas que ejercen el Periodismo; los procedimientos de contratación obedecerán a criterios que permitan la protección ambiental, social y el desarrollo humano pero solo en la medida que fuere posible. Así mismo establece que se procurará la más amplia competencia, sin que se fije

como parámetro para la contratación y regula la posibilidad de determinar restricciones a la libre participación.

Se elimina la obligación de adquirir o contratar en un 25% de las micro y pequeñas empresas nacionales, sustituyendo por un encargo o recomendación, lo que produce menos posibilidades para que estas accedan a los contratos con instituciones públicas.

Los métodos de contratación regulados son: la licitación competitiva, comparación de precios, contratación directa y la baja cuantía.

Método de Contratación	Condiciones
<b>Licitación competitiva</b>	Adquisiciones por un monto superior a 240 salarios mínimos mensuales del sector comercio (\$87,600)
<b>Comparación de precios</b>	Comparación de cotizaciones obtenidas mediante convocatoria abierta Invitación a un mínimo de tres proveedores Monto de la adquisición tiene que ser menor a 240 salarios mínimos del sector comercio
<b>Contratación directa</b>	Además de las establecidas en la LACAP se establecen como causales para la contratación directa: a) Cuando se trate de la ampliación de una obra o un proyecto que por motivos presupuestarios no se contrató la obra completa y que sea necesario seguir con la contratación del mismo proveedor. La autoridad contratante deberá justificar la contratación y velará porque se mantengan los precios de acorde al mercado o de acorde a la contratación anterior, cualquiera que sea el más bajo (art. 41 literal c); b) En casos excepcionales, en respuesta a desastres naturales y otros fenómenos de afectación nacional, pandemias, alertas, emergencias de cualquier tipo, desabastecimiento inminente de los bienes y servicios sanitarios, con causas no imputables a la autoridad competente, que ponga en riesgo la prestación de los servicios de salud, y por ende, la vida de las personas además cuando se encuentre vigente el estado de emergencia, calamidad, desastre, guerra o grave perturbación del orden, dictado por autoridad competente (art. 41 literal e); c) Si se emitiera acuerdo calificativo de urgencia conforme a los parámetros contenidos en esta Ley (art. 41 literal f); d) Si se tratare de la adquisición de armamento, material y equipo especializado para el combate a la delincuencia, previamente calificado por el Ministro encargado del Ramo de Justicia y Seguridad; (art. 41 literal h); e) La estandarización de software, equipos, complementos o piezas de repuesto, para ser compatible con los sistemas y equipos existentes, siendo necesario compras adicionales del proveedor original. Para que dichas compras estén justificadas, el equipo original será adecuado, el número de nuevos artículos será generalmente inferior al número existente, el precio será razonable y las ventajas de otra marca o fuente de equipo se habrán considerado y rechazado por razones aceptables y técnicamente justificables (art. 41 literal j);

	f) En caso de terminación anticipada del contrato derivado de un procedimiento de adquisición, por causas imputables al contratista. En los casos que por razones de interés público sea necesario, se podrá realizar la contratación durante la tramitación de la extinción contractual, lo cual la institución contratante justificará razonadamente (Art. 41 literal k)
<b>Baja cuantía</b>	Para la adquisición de bienes o servicios requeridos con carácter inmediato, cuya adquisición se origine para suplir una necesidad imprevista y que pueden ser pagados con fondo circulante o caja chica; para compras menores recurrentes institucionales, emergentes o que no se consideran proyectos de obra ni sean consultorías. La máxima autoridad debe autorizar el monto <sup>1</sup> de caja chica o fondo circulantes a utilizar por este método.

Para la contratación de servicios de consultoría se aplican los siguientes procedimientos (desarrollados en la ley):

- Selección basada en calidad y costo
- Selección basada en calidad
- Selección basada en precio fijo
- Selección al menor costo
- Selección basada en calificaciones de los consultores
- Selección de fuente única
- Consultores individuales

Además, según cada objeto contractual, excepto la obra pública, se pueden utilizar los siguientes procedimientos especiales para la selección del contratista (desarrollados en la ley):

- Compras en línea y que no debe subirse a Comprasal según la ley aprobada.
- Catálogo electrónico derivado de convenio marco
- Subasta electrónica inversa

Para casos excepcionales debidamente justificados y aprobados por la autoridad competente, el diseño, supervisión y construcción podrá realizarse por administración directa de la institución.

La ley aprobada establece regulaciones sobre las etapas de los procesos de contratación de bienes y servicios, medios de impugnación, garantías, fase de ejecución contractual, seguimiento a la ejecución contractual, régimen de los contratos, sanciones, caducidad de plazos, responsabilidades de los administradores del contrato y régimen de solución de controversias, extinción de los contratos, sanciones a particulares y sanciones a servidores públicos y el procedimiento sancionatorio entre otros.

La Ley aprobada dispone que el presidente “puede aprobar” el reglamento de aplicación y desarrollo de la ley, pero no se le establece un plazo. Adicionalmente es relevante señalar que la ley tiene una vacatio legis o período para su entrada en vigencia de 8 días.

---

<sup>1</sup> El art. 39 de la LACAP actualmente establece como límite de la baja cuantía el **diez por ciento del monto máximo establecido para la libre gestión (\$8760) siempre que los bienes y servicios sean requeridos** con carácter inmediato y cuya adquisición no sea recurrente

## **II. Una comparación necesaria**

La principal diferencia entre la LACAP y la LCP es que esta última disminuye las materias incluidas y aumentan las materias excluidas de la ley. La exclusión de “proyectos estratégicos” es la más significativa, por cuanto son definidos por el Consejo de Ministros sin establecer criterios. Así, grandes obras públicas e incluso políticas públicas en materias específicas podrían ser excluidas de la LCP. También se puede abrir las puertas a favorecer a allegados mediante la adquisición o arrendamiento de inmuebles o a través de convenios con entidades privadas “cuyo control directo o indirecto sea de una entidad pública”, pues ese “control directo o indirecto” no necesariamente tiene que ser sobre los fondos públicos.

Por otro lado, en cuanto a los principios, el de transparencia de las compras se aplica a las partes intervinientes o cualquier “persona interesada”, no para el público en general; el de libre competencia debe “procurarse”, es decir, no es obligatorio; podrían establecerse restricciones “justificadas” a la libre participación sin que se desarrolle qué restricciones serían injustificadas, abriendo un amplio espacio a la discrecionalidad; el principio de sostenibilidad social y ambiental puede cumplirse “en la medida de lo posible” por lo que no son de carácter imperativo.

En cuanto a la verificación de la estimación financiera o disponibilidad presupuestaria esta debe solicitarse a la Unidad Financiera Institucional y asegurarse antes de iniciar una gestión de compras y no hasta que se vaya a ejecutar la contratación, lo que atentaría con los procedimientos de control para la generación de compromisos de gastos; dando lugar a fallos en la determinación de saldos disponibles del presupuesto, lo que podría suponer a una toma de decisiones que no se atenga al principio de realidad.

Además, debe tenerse en cuenta que en la Inc. 9-2014 de 27 de agosto de 2014 la Sala de lo Constitucional estableció que la especialidad presupuestaria “hace posible el control sobre el destino de los gastos, que deben ser fijados anticipadamente por las instituciones del sector público de acuerdo con el principio de planificación”, lo que supone que previo al inicio de un proceso de contratación el presupuesto debe estar disponible.

Se advierte que la ley les da la facultad a las instituciones contratantes de aprobar que una “obra por su naturaleza o complejidad sea diseñada, construida y supervisada” por el contratista, lo que resulta contraproducente a los intereses estatales al depositar en un solo sujeto tanto la ejecución de la obra como su control. Asimismo, se elimina la prohibición que había de que tanto el diseño como la supervisión fuera ejecutada por la misma empresa (Arts. 48 inc 2 y 50).

Sobre la exención de la obligación de inscribirse en el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPES) a los proveedores en emergencia, urgencia o baja cuantía le resta transparencia al sistema electrónico.

Adicionalmente, las reglas especiales para las MIPYMES se redactan en términos de “procurar” y no de obligación, perjudicando a este importante sector de la economía, en el que además se elimina la perspectiva de género que había sido incorporadas en las reformas de 2019.

## **III. La Ley de Compras Públicas y la Ley de Mejora Regulatoria**

Las regulaciones administrativas son normas de carácter general que se emiten, según lo previsto en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea su denominación, tales como ley, reglamento,

decreto, acuerdo, resolución general, instructivo, disposición administrativa, circular, norma técnica u otras.

La Ley de Mejora Regulatoria (LMR) establece entre sus principios la participación ciudadana, de manera que la aprobación de las regulaciones debe involucrar a la población e interesados, para proveer evidencia, así como promover el control social de las decisiones regulatorias. Por ello, las instituciones públicas deben establecer mecanismos para realizar consulta pública, que permita la incorporación de la perspectiva de los interesados y ciudadanía en general, y responder a las opiniones recibidas

La Ley de Compras Públicas introduce modificaciones a los trámites para la realización de obras públicas y para los procesos de adquisición de bienes y servicios por el Estado; es decir, establece un sistema regulatorio que debería estar sujeto a las disposiciones de la LMR.

De ahí que, previo a la aprobación de la Ley de Compras Públicas, debió seguirse el procedimiento establecido en la LMR, en la que se regula que los entes obligados deberán realizar una evaluación de impacto regulatorio (EIR) y someterla a dictamen del Organismo de Mejora Regulatoria (Art. 17 LMR). Además, según el Art. 20 si una EIR no ha sido realizada de forma aceptable el OMR debe informar, en un plazo entre 10 a 20 días, al sujeto obligado de las deficiencias encontradas y recomendará acciones para su corrección, las que podrán subsanarse “en un plazo máximo de veinte días y requerir nuevamente la revisión, para obtener un dictamen favorable, previo a la aprobación de la regulación”.

#### **IV. Conclusiones**

Los procesos de contratación pública sin libre competencia ni transparencia afectan la eficiencia del gasto público, elevan costos, impactan negativamente en la generación de empleos e impiden asegurar plenamente derechos de la ciudadanía, incluyendo su función de control, teniendo en cuenta que los fondos provienen esencialmente de los contribuyentes.

En términos generales, la propuesta amplía las posibilidades de utilizar la contratación directa en lugar de la licitación, ahora referida como licitación competitiva, a pesar de que establece causales y nulidad de pleno derecho si no se producen. Las causales están redactadas en términos bastante genéricos lo cual hace prever que será el método de contratación preferencial.

Se advierte que el aparato estatal continúa creciendo con la creación de los Tribunales de Contratación Pública y que los principios de competencia, transparencia y protección ambiental, social y el desarrollo humano se relativizan para las compras públicas.

No menos relevante resulta señalar que la *vacatio legis* es muy corta para implementar adecuadamente un nuevo sistema de compras. Este es un período muy corto para transformar el sistema y capacitar a sus operadores. La LACAP tuvo 45 días para entrar en vigor.

Asimismo, dada la naturaleza regulatoria de la Ley de Compras Públicas, la Asamblea debió realizar, como mínimo, una evaluación de impacto regulatorio y amplias consultas con entidades públicas y con proveedores del Estado.