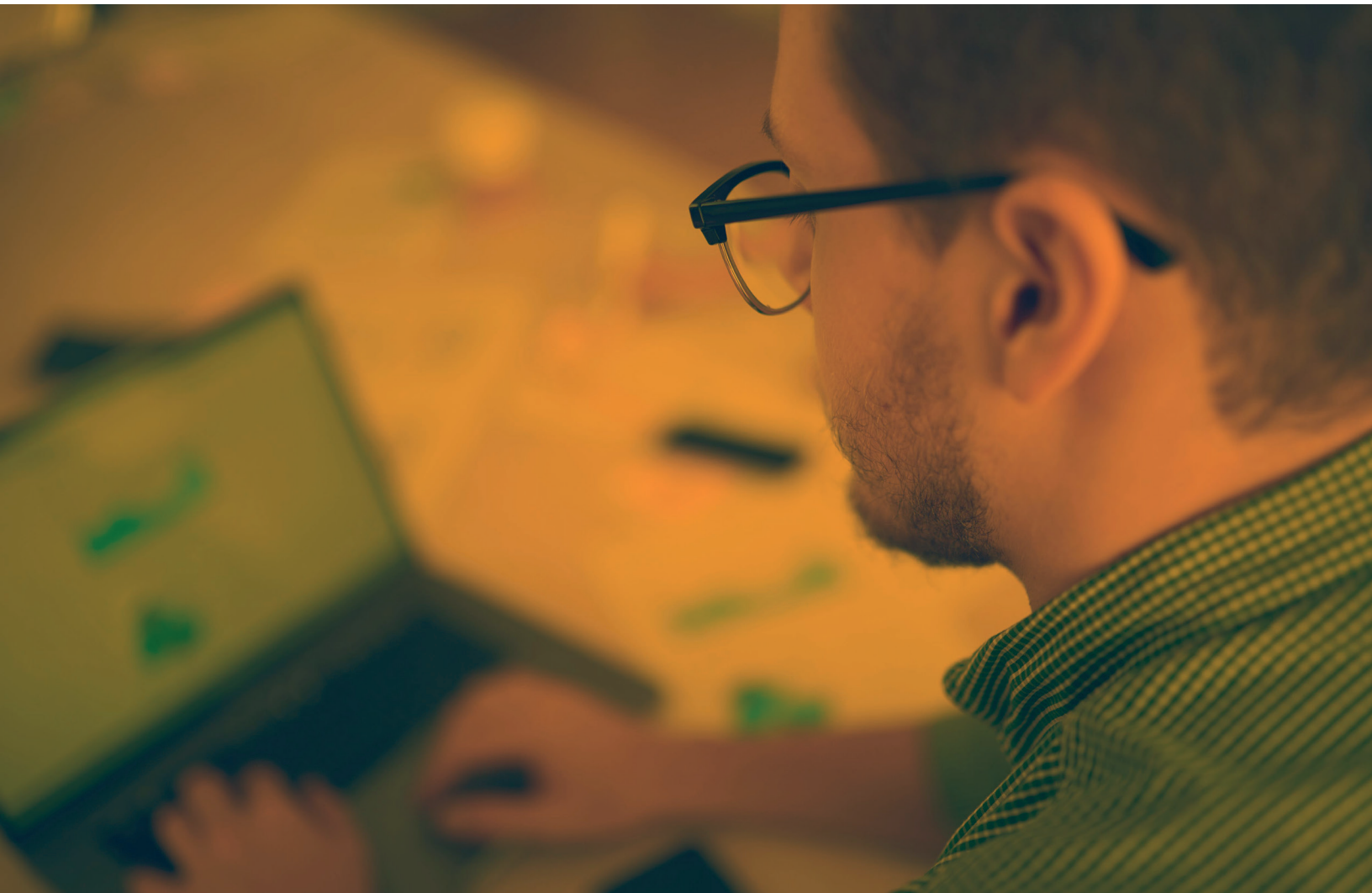


INVESTIGACIÓN

¿Compras públicas abiertas y transparentes en El Salvador? Limitaciones y desafíos



ÍNDICE

SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	1
INTRODUCCIÓN	3
1. Marco normativo de las compras públicas (CP) en El Salvador (ES)	4
1.1. Base constitucional	4
1.2. Marco legal	5
1.2.1. Primera etapa: LACAP	6
1.2.2. Segunda etapa: descentralización normativa.....	8
1.2.3. Tercera etapa: Ley de Compras Públicas	12
1.3. Marco internacional	13
2. Características del marco normativo de la Compra Pública en ES.....	16
2.1. Norma general: Ley de Compras Públicas	17
2.1.1. Ámbito aplicación e institucionalidad.....	17
2.1.2. Transparencia y publicidad	22
2.1.3. Tipos de procesos	25
2.2. Normativas especiales	29
2.2.1. Ley para el uso de productos para tratamientos médicos en situaciones excepcionales de salud pública ocasionadas por la pandemia COVID-19 (conocida como Ley Alabí).....	29
2.2.2. Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales (LSAOM)	29
2.2.3. Ley especial para la construcción de Centros Penitenciarios (LCCP)	31
2.2.4. Ley del régimen especial para la simplificación de trámites y actos administrativos relativos al Tren del Pacífico (LRETP)	33
2.2.5. Ley para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional del Pacífico (LAEPAC).....	34

2.2.6. Régimen Especial Transitorio para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado en el marco de la Declaratoria del Régimen de Excepción	35
2.2.7. Ley Especial para la contratación de obra pública con financiamiento incluido (LECOF)37	
2.2.8. Disposiciones transitorias para el "Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la tormenta tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional"	38
2.2.9. Disposiciones transitorias a la "Ley de Creación del Comité Organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador"	39
3. Limitaciones y desafíos para la transparencia	40
4. Conclusiones y recomendaciones.....	52
4.1. Conclusiones	52
4.2. Recomendaciones.....	55
5. Bibliografía.....	56

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AP	Administración Pública
Cn	Constitución
CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos
CECOT	Centro de Confinamiento del Terrorismo
CEL	Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa
CEPA	Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma
Comprasal	Sistema Electrónico de Compras Públicas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COVID-19	Coronavirus
CP	Compras Públicas
DE	Decreto Ejecutivo
DINAC	Dirección Nacional de Compras Públicas
DL	Decreto Legislativo
DO	Diario Oficial
DOM	Dirección de Obras Municipales
ES	El Salvador
FODES	Fondo para el Desarrollo Económico y Social de los Municipios
FOPROMID	Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres
FOSEP	Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión
FOVIAL	Fondo de Conservación Vial
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
LAEPAC	Ley para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional del Pacífico
LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública
LECOF	Ley Especial para la contratación de obra pública con financiamiento incluido
LCP	Ley de Compras Públicas
LCCP	Ley especial para la construcción de Centros Penitenciarios

LRETP	Ley del régimen especial para la simplificación de trámites y actos administrativos relativos al Tren del Pacífico
LSAOM	Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales
MDN	Ministerio de la Defensa
MINED	Ministerio de Educación
MIPYMES	Micro, pequeñas y medianas empresas
MOPT	Ministerio de Obras Públicas y Transporte
MYPES	Micro y pequeñas empresas
OMR	Organismo de Mejora Regulatoria
RELACAP	Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
RNCA	Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones
RLCP	Reglamento de la Ley de Compras Públicas
RUPES	Registro Único de Proveedores del Estado
SC	Superintendencia de Competencia
SIAC	Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones
TACOP	Tribunal de Contrataciones Públicas por el de Tribunal de Apelaciones de Compras Públicas
UACI	Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales
UCP	Unidad de Compras Públicas
UFI	Unidad Financiera Institucional
UNAC	Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La normativa que regula las compras públicas en El Salvador se fundamenta en una sólida base constitucional, establecida en el artículo 234 de la Constitución de la República (Cn). Esta disposición constitucional garantiza un marco de transparencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, fundamentales para el funcionamiento adecuado de la Administración Pública.

La evolución legislativa ha sido significativa desde la promulgación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) en el año 2000, la cual supuso una modernización crucial frente a marcos anteriores dispersos y propensos a arbitrariedades. La LACAP introdujo principios rectores como la no discriminación, la publicidad, la libre competencia y la transparencia, así como la creación de componentes operativos como el Sistema Electrónico de Compras Públicas (COMPRASAL) y el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones (RNAC). Estos avances fueron complementados por reformas posteriores que fortalecieron su aplicación y eficacia, adaptándose a las necesidades cambiantes del país.

Sin embargo, la dinámica normativa experimentó una descentralización durante la segunda etapa del periodo gubernamental 2019-2024, marcada por la emergencia nacional desatada por la pandemia de COVID-19 y la instauración del Régimen de Excepción debido a la crisis de la seguridad pública. Estas situaciones excepcionales llevaron a la promulgación de instrumentos específicos y la creación de leyes como la Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales, que introdujeron excepciones a la aplicación de la LACAP. Estas medidas respondieron a la urgencia de facilitar la adquisición rápida de bienes y servicios esenciales, aunque no necesariamente manteniendo la exigencia de máxima publicidad y rendición de cuentas como pilares fundamentales de las compras públicas.

En última instancia, se sustituyó el régimen de compras públicas existente con la LACAP por uno nuevo con la Ley de Compras Públicas (LCP), con la idea de modernizar los procesos al contexto actual en el que imperan las Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones y la necesidad de agilizar los procesos de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública para volver más eficiente en su función.

En este contexto de cambio y adaptación normativa, es esencial examinar las debilidades y fortalezas del nuevo régimen de compras públicas en El Salvador y evaluar si garantizan la transparencia, la rendición de cuentas así como la eficiencia administrativa y la responsabilidad en el manejo de recursos públicos.

1. Marco normativo de las compras públicas (CP) en El Salvador (ES)

1.1. Base constitucional

La base de las compras públicas en El Salvador se encuentra en la Constitución de la República (Cn), específicamente en el art. 234, que reza literalmente:

“Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública excepto en los casos determinados por la Ley.”

Aunque la Constitución establece que las obras y adquisiciones deben realizarse mediante licitación pública como norma general, también contempla excepciones permitidas por la normativa secundaria. Por lo tanto, es lógico que se requiera una regulación que defina el procedimiento estándar para cumplir con la norma general, así como los procedimientos aplicables a las excepciones correspondientes.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad 67-2015 –sentencia del 25 de octubre de 2017– explica que, al establecerse como precepto constitucional a la licitación pública como el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública, el legislador secundario no puede, ni debe intentar eludir, esquivar o tergiversar ese mandato constitucional, puesto que ello se consideraría una vulneración constitucional. Esto no impide la posibilidad de que se establezcan excepciones, puesto que la misma regla del 234 inc. 1° Cn. lo permite, siempre que se determinen “los casos en los que, por mediar

supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación”
(Subrayado agregado)¹.

También la Cámara de lo Contencioso Administrativo² consideró que:

“El procedimiento de licitación pública, es la regla general en materia de contratos administrativos; cuando se genera la competencia de las distintas ofertas, la administración puede obtener los mejores productos, llámese bienes, servicios, obras, entre otros. El vínculo contractual que se genera, debe responder a los principios generales de las contrataciones, dentro de las cuales se encuentra uno de los más relevantes: la transparencia pública”.

A continuación se explicará la evolución de la normativa secundaria que regula las compras públicas en El Salvador y sus principales características, analizándola desde la perspectiva de su base constitucional y a partir de un enfoque de transparencia, dado que se trata de un ámbito público que es relevante para conocer las herramientas que posee la Administración Pública para hacer uso de los fondos públicos en el ejercicio de sus funciones.

1.2. Marco legal

En El Salvador, las compras públicas estaban regidas por normativas que eran previas a la Constitución: (i) la Ley de Suministros³; (ii) la Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas⁴; (iii) una parte (Capítulos IV y V) de las Disposiciones Generales y Especiales de Presupuestos, relativa a las compras y suministros⁵; (iv) la Ley de Suministros del Ramo de Salud Pública y Asistencia Social⁶ y (v) otras leyes especiales tales como las que

¹ Esta sentencia de inconstitucionalidad retoma el precedente establecido en la Inc. 61-2011, sentencia del 10 de abril de 2015.

² Sentencia del 1 de noviembre de 2018 en el proceso Ref. NUE 00078-18-ST-COPC-CAM

³ Decreto Legislativo No. 280 de fecha 19 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial (DO) No. 283, Tomo No. 139, del 26 de diciembre del mismo año.

⁴ Decreto Legislativo No. 976 de fecha 27 de febrero de 1953, publicado en el DO No. 42, Tomo No. 158, del 3 de marzo del mismo año.

⁵ Decreto Legislativo No. 3 de fecha 23 de diciembre de 1983, publicado en el DO No. 239, Tomo No. 281 del mismo mes y año.

⁶ Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno No. 1083 de fecha 14 de abril de 1982, publicado en el DO No. 67, Tomo No. 275 del 14 de abril del mismo año.

regulaban la temática para la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Con el propósito de modernizar y actualizar el marco jurídico existente, se promulgó la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) en el 2000⁷. Esta ley sustituyó un marco regulatorio que tenía entre 55 y 17 años de vigencia, el cual era muy disperso y propenso a arbitrariedades debido a la falta de orden y la heterogeneidad de los procedimientos y reglas. Esto ocasionaba una gestión ineficiente por parte de la Administración Pública (AP).

Para efectos del análisis en cuestión, se debe precisar que durante la periodo gubernamental 2019-2024 se pueden distinguir diferentes etapas según el marco normativo de compras públicas aplicable: (i) la primera etapa desde el 1 de junio 2019 hasta finales de 2021 en la que el marco regulatorio principal siguió siendo la LACAP; (ii) la segunda etapa en la que se crean otras normas que regulan las compras públicas para ámbitos específicos de la Administración Pública; y (iii) la tercera etapa en la que se deroga la LACAP y se aprueba en su sustitución la Ley de Compras Públicas (LCP).

1.2.1. Primera etapa: LACAP

Tal como se mencionó, la LACAP fue creada en abril de 2000, convirtiéndose en el marco regulatorio principal para las compras públicas. Mientras estuvo vigente la LACAP tuvo 11 reformas respecto de las cuales se destaca la contenida en el DL No. 725, de 18 de mayo de 2011⁸.

Esta reforma incorporó importantes elementos:

- Se establecieron los principios rectores de las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública: no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa.

⁷ Decreto Legislativo No. 868, del 5 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo No. 347, del 15 de mayo de 2000.

⁸ Decreto publicado en el DO No. 102, Tomo No. 391, del 2 de junio de 2011

- Se crearon las siguientes instancias operativas reguladas y administradas por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC):
 - o El Sistema Electrónico de Compras Públicas (COMPRASAL), que según la letra h del art. 7 LACAP debía “estar a disposición de las instituciones de la administración pública, ofertantes, proveedores y contratistas” y ser el medio electrónico institucional de acceso público, en él se publicarían los siguientes datos: “un banco de información que contenga los datos de todos los proyectos, adquisiciones y contratos realizados, en ejecución y pendientes, los proveedores de dichos servicios y obras, auditorías realizadas por las instituciones competentes”, el cual “**se mantendrá permanentemente actualizado al público**” (resaltado agregado).
 - o El Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (RNAC) regulado en el art. 13 LACAP que debe contener información sobre: (i) ofertantes (consultores, suministrantes de bienes, prestadores de servicios, contratistas de obras) y contratistas; (ii) documentos relativos a los procesos de adquisición y contratación pública; (iii) incumplimiento de los contratistas (art. 15 LACAP); y (iv) los expedientes consolidados de las adquisiciones y contrataciones de la AP (art. 15 LACAP).
- Se creó el Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones (SIAC) art. 10 Bis LACAP, que está integrado por: (i) la UNAC, (ii) las Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI), (iii) las disposiciones legales y técnicas correspondientes y (iv) el sistema COMPRASAL el cual contiene el RNAC.
- Se modificaron elementos que debían ser compatibles con esos principios rectores, tales como: el ámbito de competencia y aplicabilidad de la norma, sus exclusiones, las atribuciones y otros componentes de la UNAC y las UACI.

Asimismo, la LACAP era desarrollada por su correspondiente Reglamento (RELACAP), que tuvo dos versiones. La primera se aprobó mediante el Decreto Ejecutivo (DE) No. 98 en 2005⁹, y la segunda contenida en DE No. 53 de 2013¹⁰.

La segunda versión de la RELACAP desarrolló los importantes cambios de la LACAP descritos en los párrafos anteriores, regulando los principios básicos, el SIAC, COMPRASAL y el RNAC, entre otros aspectos relevantes. Cabe señalar que, aunque la publicidad era definida por el RELACAP como una obligación hacia los administrados o usuarios del sistema que participaban en los procesos de selección para la adquisición de bienes y contratación de servicios¹¹, la transparencia implicaba otorgar accesibilidad:

“para que **toda persona** natural o jurídica que [tuviera] **interés legítimo**, [pudiera] conocer de los procesos de adquisición y contratación que [desarrollaban] las instituciones y si las actuaciones del servidor público [eran] apegadas a la Ley, a la eficiencia, a la eficacia y a la responsabilidad”.

Esta pauta permitía, al menos teóricamente, que cualquier persona pudiera realizar un ejercicio de fiscalización de la actuación de la AP y, en ese sentido, garantizaba la posibilidad de requerir la debida rendición de cuentas por parte de la Administración. Especial énfasis merece la capacidad de contraloría a partir de la aprobación de la Ley de Acceso a la Información¹² y los lineamientos de la información oficiosa sobre la contratación pública

Este marco normativo marcó la primera etapa del quinquenio 2019-2024.

1.2.2. Segunda etapa: descentralización normativa

⁹ Decreto Ejecutivo 98 de 20 de octubre de 2005, publicado en el DO No. 200, Tomo No. 369, del 27 del mismo mes y año.

¹⁰ Decreto Ejecutivo 53 de 10 de abril de 2013, publicado en el DO No. 71, Tomo No. 399, del 19 del mismo mes y año.

¹¹ Art. 3 letra a) RELACAP: “Difundir a los administrados la información relacionada con los procesos de adquisición y contratación que desarrollan las Instituciones, a través de los medios y bajo los parámetros establecidos en la Ley.”

¹² Decreto Legislativo No. 534, del 2 de diciembre de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 70, Tomo No. 391, del 8 de abril de 2011.

La siguiente etapa se caracteriza por un proceso de descentralización normativa, a pesar de que la LACAP continuaba vigente y que establecía en su art. 1 inc. 2o. el principio de centralización normativa como uno de los pilares del régimen jurídico.

Es importante señalar que durante el periodo en cuestión ocurrió a nivel mundial la pandemia provocada por el COVID-19, lo que implicó que se aprobara a iniciativa del gobierno un Estado de Emergencia Nacional¹³, el cual autorizaba en el art. 13 que el Órgano Ejecutivo y las municipalidades pudieran realizar contrataciones directas de conformidad con lo previsto en el art. 72 literal b) LACAP para aquellas adquisiciones y contrataciones relacionadas con las necesidades generadas por el Estado de Emergencia decretado.

Ahora bien, es significativo resaltar que, según el referido decreto, todos los actos que se realizaran tomándolo como base estaban sometidos al principio de máxima publicidad (art. 14) y tanto las instituciones del Órgano Ejecutivo como las municipalidades debían rendir informe cada 15 días a la Asamblea Legislativa (art. 13 en relación con art. 10). Es decir, existía una obligación legal de que los procesos de adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios que se efectuaran con las reglas excepcionales debido a la emergencia también debían ser públicos, como un mecanismo que permitiera la rendición de cuentas de las instituciones que hubiesen hecho uso de esta vía.

El referido decreto estableció una vigencia de 30 días del Estado de Emergencia Nacional y fue prorrogado en varias ocasiones: (i) por 4 días mediante el DL No. 622 del 12 de abril de 2020¹⁴; (ii) por 15 días a través del DL No. 631 del 16 de abril de 2020¹⁵; (iii) por otros 15 días con base en el DL No. 634 del 30 de abril de 2020¹⁶; y (iv) a través del DL No. 661 del 12 de junio de 2020¹⁷, que fue sometido a control constitucional¹⁸ y posteriormente

¹³Decreto Legislativo No. 593 del 14 de marzo de 2020, publicado en el DO No. 52, Tomo No. 426 del mismo mes y año.

¹⁴Decreto publicado en el DO No. 73, Tomo No. 427 de la misma fecha.

¹⁵Decreto publicado en el DO No. 77, Tomo No. 427 de la misma fecha.

¹⁶Decreto publicado en el DO No. 87, Tomo No. 427 de la misma fecha.

¹⁷ Decreto publicado en el DO No. 190, Tomo No. 428 del 22 de septiembre de 2020.

¹⁸ Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 19 de agosto de 2020 en el proceso de Controversia Constitucional 8-2020.

publicado el 22 de septiembre de 2020. El estado de emergencia finalizó formalmente el 22 de septiembre de 2020¹⁹.

Es relevante comentar que en el marco de dicho Estado de Emergencia, se reformó el primero de los decretos (DL 593) en su art. 13, mediante el DL No. 606 del 23 de marzo de 2020²⁰. La reforma consistía en autorizar la aplicación temporal de los “Lineamientos Específicos para Compras de Emergencia” emitidos por el Ministerio de Hacienda a través de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC). Se especificó que la LACAP seguía siendo la normativa principal aplicable, con excepción de las reglas establecidas en esa reforma. Finalmente, se dispuso que las contrataciones realizadas con base en la normativa de emergencia se harían bajo los siguientes principios de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP): máxima publicidad, disponibilidad, prontitud, integridad, igualdad, sencillez, gratuidad y rendición de cuentas.

Aunque formalmente había finalizado el régimen que daba vida al Estado de Emergencia Nacional, continuó vigente el marco normativo extraordinario para realizar las compras relacionadas con la pandemia por el COVID-19, por sus efectos ulteriores, mediante la Ley Alabí²¹ que en su art. 8 excluía de la aplicación de la LACAP las contrataciones directas para la adquisición de productos para tratamientos médicos para la pandemia por el COVID-19.

La utilización de regímenes jurídicos particulares se extendió más allá de la pandemia por COVID 19 y durante ese periodo subsiguiente se promulgó la Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales que constituía una nueva exclusión al uso de la

¹⁹ En la Controversia Constitucional 8-2020, la Sala ordenó que el DL 661 fuera sancionado en el plazo máximo de 8 días hábiles por el Presidente (que concluían el 31 de agosto de 2020) y que se publicara en el plazo máximo de 15 días hábiles (que finalizaba el 21 de septiembre de 2020). El referido decreto establecía que su vigencia y sus efectos concluirían el 7 de septiembre de 2020, pero en vista que fue hasta el 22 de ese mismo mes y año que fue publicado, su vigencia se prorrogó hasta el propio día de su publicación.

²⁰ Decreto publicado en el DO No. 60, Tomo No. 426 de la misma fecha.

²¹ DL No. 7 del 5 de mayo de 2021, publicado en el DO No. 85, Tomo No. 431, de la misma fecha.

LACAP²². Esta última obedece a la creación de la Dirección de Obras Municipales (DOM) a través del DL No. 210 de 2021²³.

Asimismo, durante este periodo intermedio se crearon otras regulaciones que se configuraban como reglas especiales, las cuales tomaron como base el Régimen de Excepción instaurado el 27 de marzo de 2022 con el objeto de “restablecer el orden y la seguridad ciudadana y el control territorial” (como reza su art. 1), adoptado mediante DL No. 333²⁴. Es decir que a partir de ese nuevo escenario de excepcionalidad se crearon regulaciones extraordinarias a fin de no aplicar la regla general –LACAP–. A continuación se despliegan en la tabla 1 todas las regulaciones que fueron aprobadas durante la etapa intermedia, que suman un total de 14.

Tabla 1. Regulaciones especiales para adquisiciones y contrataciones de la AP		
No.	Regulación	Decreto y publicación
1	Ley para el uso de productos para tratamientos médicos en situaciones excepcionales de salud pública ocasionadas por la pandemia Covid-19. (Ley Alabi)	DL No. 7 del 5 de mayo de 2021, publicado en el DO No. 85, Tomo No. 431, de la misma fecha.
2	Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales	DL No. 215 de 23 de noviembre de 2021, publicado en el DO No. 233, Tomo 433, de la misma fecha.
3	Ley especial para la construcción de Centros Penitenciarios	DL No. 357 de 19 de abril de 2022, publicado en el DO No. 73, Tomo 435, de la misma fecha
4	Ley del régimen especial para la simplificación de trámites y actos administrativos relativos al Tren del Pacífico	DL No. 360, de 26 de abril de 2022, publicado en el DO No. 81, tomo 435 de 29 de abril de 2022
5	Ley para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional del Pacífico	DL No. 361, de 26 de abril de 2022, publicado en el DO No. 81, tomo 435 de 29 de abril de 2022
6	Régimen Especial Transitorio para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado en el marco de la Declaratoria del Régimen de Excepción	DL No. 359 de 24 de abril de 2022, publicado en el DO No. 77, Tomo 435 de la misma fecha
7	Reformas al Régimen Especial Transitorio para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado en el marco de la Declaratoria del Régimen de Excepción para incluir a la FGR	DL No. 429 de 21 de junio de 2022, publicado en el DO No. 116, Tomo 435, de la misma fecha

²²Decreto Legislativo No. 215 de 23 de noviembre de 2021, publicado en el DO No. 233, Tomo 433, de la misma fecha

²³ Decreto Legislativo No. 210 del 17 de noviembre de 2021, publicado en el DO No. 219, Tomo No. 433 de la misma fecha

²⁴ Decreto Legislativo 333 de 27 de marzo de 2022, publicado en el DO No. 62, Tomo No. 434 de la misma fecha.

8	Ley Especial para la contratación de obra pública con financiamiento incluido	DL No. 585, de 30 de noviembre de 2022, publicado en el DO No. 238, Tomo No. 437, de 16 de diciembre de 2022
9	Disposiciones transitorias para el "Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la tormenta tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional	DL No. 609 de 14 de diciembre de 2022, publicado en el Diario Oficial No. 236, Tomo 437, de la misma fecha
10	Disposiciones transitorias a la "Ley de creación del comité organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador	DL No. 610 de 14 de diciembre de 2022, publicado en el Diario Oficial No. 236, Tomo 437, de la misma fecha
11	Interpretación auténtica del artículo 2 inciso 2 de las Disposiciones transitorias a la ley de creación del comité organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador	DL No. 637 de 22 de diciembre de 2022, publicado en el DO No. 7, Tomo 438, de 11 de enero de 2023
12	Interpretación auténtica del artículo 9 inciso primero de la Ley especial para la construcción de Centros Penitenciarios	DL No. 638 de 5 de enero de 2023, publicado en el DO No. 7, Tomo 438, de 11 de enero de 2023
13	Interpretación auténtica del artículo 2 inciso 2 de las Disposiciones transitorias para el "Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la tormenta tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional	DL No. 639 de 5 de enero de 2023, publicado en el DO No. 7, Tomo 438 de 11 de enero de 2023
14	Reforma a la Ley de Régimen Especial para la Simplificación de Trámites y Actos Administrativos Relativos al Tren del Pacífico	DL No. 630 de 22 de diciembre de 2022, publicado en el Diario Oficial No. 243, Tomo 437, de 23 de enero de 2023

Fuente: Elaboración propia a partir de recopilación de decretos legislativos consultados en Diario Oficial de El Salvador.

Como puede apreciarse, y tal como se explicó al inicio del presente apartado, esta etapa se caracterizó por una progresiva descentralización normativa de las reglas sobre las adquisiciones y contrataciones de la administración pública.

1.2.3. Tercera etapa: Ley de Compras Públicas

Esta última etapa que se analiza del periodo en estudio se caracteriza por la introducción de la Ley de Compras Públicas (LCP)²⁵. Esta normativa entró en vigor el 10 de marzo de 2023. En su art. 191 establece que “[se deroga] el Decreto Legislativo No. 868 del 5 de abril del año 2000, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo No. 347 de fecha 15 de

²⁵ Decreto Legislativo No. 652 del 25 de enero de 2023, publicada en el DO No. 43, Tomo No. 438 del 2 de marzo de 2023.

mayo del año 2000, que contiene la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública”.

Ahora bien, es preciso señalar que, aunque la LCP establece la Dirección Nacional de Compras Públicas (DINAC) como una instancia de operatividad de la LCP, su creación se realizó de manera independiente, por medio del DL No. 653 del 25 de enero de 2023²⁶.

Es importante señalar que en la actual etapa, el régimen de compras públicas no está centralizado alrededor de la nueva LCP, sino que continúa siendo una normativa descentralizada, al coexistir con las normas especiales que fueron creadas en la etapa previa. De allí que se afirma que el marco normativo vigente aplicable a las compras públicas de la AP está regido por las siguientes regulaciones:

- Ley de Compras Públicas como norma principal y regla general de las adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios de la AP.
- Las demás leyes promulgadas previo a la aprobación de la LCP, las que en algunos casos han culminado con su vigencia por cuanto ha finalizado el objeto para el cual habían sido creadas.

1.3. Marco internacional

En el ámbito internacional El Salvador es parte dos Convenciones relacionadas con la contratación pública: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Asimismo es parte de Acuerdos Comerciales que le obligan a partir del artículo 144 inc. 1° y 2° Cn, a cumplir condiciones para la contratación pública y privada.

Las convenciones imponen obligaciones al Estado en materia de contratación pública, gestión de la hacienda pública y transparencia, así como en la prevención de actos de corrupción. El artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, referido a la Contratación pública y gestión de la hacienda pública, expresamente establece:

²⁶ Decreto publicado en el DO No. 43, Tomo No. 438 del 2 de marzo de 2023.

“1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico adoptará las medidas necesarias para establecer 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. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de 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;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.

En cuanto al artículo 10, sobre la información pública la Convención fija:

“Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará 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, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

- a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;
- b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y,

- c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”.

Mientras, la Convención Interamericana en el artículo III.5 obliga a los Estados Parte a crear, mantener y fortalecer *“Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”*.

Por lo tanto, si la regulación crea ámbitos especiales con normativas emitidas por el mismo órgano que debiera ser controlado y sin atender a los parámetros regulatorios establecidos en las Convenciones, no solo vulnera la Constitución de la República sino los mismos cuerpos internacionales. Además, al revisar los decretos legislativos específicos, que serán analizados más adelante, no hay criterios para favorecer la transparencia ni la competencia, ni el derecho de acceso a la información pública.

Por otro lado, como parte de tratados internacionales o Acuerdos Comerciales hay buenas prácticas que pueden ser consideradas como mínimos requeridos en la normativa para su celebración. Así, por ejemplo, en el caso del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA)²⁷, el Art. 18.8 se refiere de manera específica a la transparencia y al componente anticorrupción. En él, los Estados parte se comprometen a desarrollar normativas relacionadas con medidas anticorrupción, como la tipificación de delitos con penas y procedimientos efectivos para hacer cumplir las medidas penales adoptadas contra el soborno y la corrupción, o sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias administrativas; y la protección a denunciantes asegurando que no sufran represalias por hacerlo.

Este elemento ha venido a ser reforzado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Viteri Ungarreti y otros vs Ecuador²⁸ en el que un servidor público denuncia dos actos de presunta corrupción en la contratación pública, sufriendo múltiples represalias y en cuya sentencia la Corte IDH ha resaltado:

²⁷ Fecha de suscripción 05 de agosto de 2004 y ratificación 17 de diciembre de 2004. Decreto Legislativo No. 555, publicado en el Diario Oficial No. 17, Tomo No. 366, de fecha 25 de enero de 2005.

²⁸ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_510_esp.pdf

“la importancia de que los Estados tomen medidas para crear un entorno seguro y propicio para la sociedad civil, denunciantes de irregularidades, testigos, activistas, personas defensoras de derechos humanos, periodistas, fiscales, abogados y jueces, con el fin de proteger a estas personas de toda amenaza derivada de sus actividades de prevención y lucha contra la corrupción”.

Estas disposiciones están diseñadas para combatir la corrupción en el ámbito público y empresarial, asegurando la aplicación efectiva de la ley y la protección de los denunciantes.

Por otro lado, con relación a la Unión Europea (UE), el Acuerdo de Asociación UE-Centroamérica²⁹ posee un apartado relacionado directamente con las compras públicas, en el que se reconoce la necesidad de contrataciones transparentes, competitivas y abiertas. Al igual que en el caso anterior, hay un glosario de términos para su mejor desarrollo y comprensión de los contenidos del acápite por las partes. Asimismo, se regulan principios generales de las compras públicas y la necesidad de publicar la información sobre las contrataciones.

2. Características del marco normativo de la Compra Pública en ES

A continuación, se procederá a analizar el marco normativo actual que regula las compras de bienes, servicios y obras en la administración pública, enfocándose especialmente en sus aspectos de transparencia y rendición de cuentas. Se abordarán las siguientes características o aspectos relevantes de cada regulación vigente:

- Ámbito de aplicación.
- Creación de nueva institucionalidad, si aplica.
- Normativas sobre transparencia y publicidad.
- Tipos de procesos de compra y sus particularidades.

²⁹ Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 29 de junio de 2012 y aprobado por el Parlamento Europeo el 11 de diciembre de 2012 que puede ser consultado en cuanto a la Contratación Pública en: http://infotrade.minec.gob.sv/ue/wp-content/uploads/sites/2/marco_esp_titulo5.pdf y en el Diario Oficial N° 127 Tomo N° 400 Fecha: 11 de julio de 2013

Estos puntos permitirán un análisis detallado y comprensivo de la normativa actual en materia de adquisiciones públicas.

2.1. Norma general: Ley de Compras Públicas

2.1.1. Ámbito aplicación e institucionalidad

Según el art. 2 LCP, se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que contraten con la administración pública, así como las contrataciones en las que se comprometan fondos públicos (Fondo general o préstamos) o las realizadas por los gobiernos municipales, así como los fondos especiales FOPROMID³⁰ (Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres) y FOSEP³¹ (Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión). En suma, se aplica a todas las compras y contrataciones que efectúe la AP en el territorio nacional para la consecución de los fines estatales.

Es importante la mención que se hace del fondo especial FOPROMID, puesto que fue creado con posterioridad a la LACAP y su objetivo era lograr una gestión financiera más ágil para la prevención de desastres o la atención de emergencias causadas por estos sucesos que tuviesen impacto nacional o una zona delimitada del territorio nacional. La problemática de la creación del referido fondo era que este no se regía por las reglas de la LACAP para la adquisición y contratación de bienes, servicios y obras, al ser excluido en el art. 6 de su ley; y, el hecho que la misma LACAP ya preveía la posibilidad de realizar compras de manera directa cuando se encontrara vigente un estado de emergencia por desastres, calamidad, entre otros casos (art. 72 letra b) LACAP). De allí que sea relevante que el FOPROMID deba sujetarse a las reglas de la norma general, la Ley de Compras Públicas, que sí prevé las contrataciones en caso de estados de emergencia por desastres y otros tipos de hechos que son regulados en el art. 41 letra e) LCP.

³⁰ Este fondo fue instituido por medio de la Ley de Creación del Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres, aprobado mediante el DL 788 del 31 de agosto de 2005, publicado en el DO No. 160, Tomo No. 368 del 31 de agosto de 2005.

³¹ El FOSEP fue establecido a través de la Ley de Creación del Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión, promulgado por medio del DL No. 775 del 25 de abril de 1991, publicado en el DO No. 90, Tomo No. 311, del 20 de mayo de 1991.

Y justamente, el art. 41 expresa que la contratación directa es un método particular y excepcional que debe fundamentarse en alguna de las causales que allí se describen. Sin embargo, a pesar de lo que regula la citada disposición, la misma LCP establece una serie de casos que no se sujetarán sus reglas. Estas exclusiones están previstas en el art. 3 LCP y dentro de ellas hay casos que son especiales y que poseen además normativas propias de su materia tales como: las contrataciones financiadas con fondos provenientes de tratados que se sujeten a reglas ad-hoc, las provenientes de convenios interinstitucionales, la contratación de servidores públicos que se rige por el ámbito laboral o de leyes especiales de servicio público, servicios bancarios y financieros que se rigen por las leyes propias, las operaciones de colocación de títulos en el mercado internacional, los derechos de imagen y patentes o similares propiedad del Estado y que se rigen por leyes especiales de la materia propiedad intelectual; las adquisiciones y contrataciones en el extranjero por el MINED y el MDN que se rige por las leyes de los lugares donde se efectúen las compras o las erogaciones, las obras de construcción bajo el sistema de administración por concejos municipales, la adquisición y arrendamiento de inmuebles que se rige por el derecho privado, los seguros paramédicos contratados con organismos internacionales que tiene su normativa propia, las membresías de carácter institucional.

Sin embargo, los siguientes casos no poseen una especialidad con relación a la materia de que se traten sino que se excluyen del ámbito de aplicación de la LCP para evitar utilizar los mecanismos de adquisiciones y contrataciones previstos en la norma en cuestión. Se trata de los casos que a continuación se señalan:

- Los proyectos estratégicos de utilidad pública así definidos por el Consejo de Ministros conforme a la letra m) del art. 3 LCP (art. 6 RLCP). Esto podría transgredir el mismo art. 234 Cn debido a que se estaría dejando al arbitrio del Consejo de Ministros la posibilidad de evadir o no el sometimiento de ciertos procesos o casos a la LCP.
- La Dirección de Obras Municipales (DOM)
- El Ente Nacional de Transmisión Eléctrica

Estos casos que han sido mencionados no parecen tener una particularidad o especialidad que les impida sujetarse a la LCP; por el contrario, se trata de ámbitos que forman parte de la AP puesto que se refieren a obras, bienes y servicios, que son de interés público, y que incluso pueden ser requerimientos repetitivos de la AP. En consecuencia, no deberían de estar excluidos de la aplicación de la LCP.

Es preciso señalar que las sociedades de economía mixta no están sometidas a la ley, dado que se desarrollan sus actividades en el ámbito privado.

La LCP crea una institucionalidad diferente a la de la LACAP, donde la UNAC era una dependencia del Ministerio de Hacienda con facultades para proponer políticas, emitir normativas, asesorar y capacitar a las Unidades de Contrataciones y Adquisiciones, así como administrar el sistema COMPRASAL. En cambio, la DINAC, según su ley de creación, es una entidad descentralizada que posee facultades autorizatorias y de tramitación que antes solo poseían las unidades contratantes, inclusive con una facultad normativa.

Lo expuesto puede advertirse por ejemplo en el art. 43 inc. 2° LCP relacionado a su facultad para representar a las instituciones a petición de una o alguna de estas y realizar la contratación directa en casos de emergencia, siendo la encargada de realizar la incorporación de las necesidades de la AP “para obtener economías de escala y generar competencia en la medida que la situación lo permita”. Esa facultad autorizatoria y de tramitación también puede ser comprobada en el art. 72 inc. 2° LCP en el que se le pone a cargo del proceso de Catálogo Electrónico Derivado de Convenio Marco. De igual forma, se advierte esa potestad en la autorización que debe emitir para todo ajuste de precio art. 109 inciso final.

Otro elemento que destacar es que el Reglamento de la Ley de Compras Públicas (RLCP) también amplía las competencias de la DINAC en cuanto a “autorizar toda remoción y traslado del Oficial de Cumplimiento y el equipo que integre la Función de Cumplimiento” (art. 11 inciso final RLCP) y autorizar procesos especiales de compra si hay mercados limitados o por el objeto de la contratación, o, ante el desinterés comprobado de los proveedores para brindar bienes y servicios al Estado (art 37 RLCP).

Con relación a su facultad normativa, está prevista en el art. 10 inc. 4° frase final LCP que expresa: “En casos excepcionales la DINAC tendrá facultad de normar y autorizar procedimientos especiales para las instituciones, estableciendo los actos que deberán registrarse y publicarse en COMPRASAL, así como la solicitud de una o varias cotizaciones según el objeto contractual”. Y el art. 38 RLCP ratifica dicha facultad. Esta potestad, sin embargo, parece que rompe con el principio de reserva de ley, en el sentido que podría modificar lo regulado por la LCP en el ejercicio de esta función excepcional.

Esto último contrasta con la potestad normativa de emitir lineamientos, lo que se evidencia en los arts. 1 inc. 2°, 7, 10 inc. 4°, 17 inc. 4°, 20 inc. 2° letra a), 23 inc. 2° letra d), g) e inciso final, 29 letra e), 30 inc. 3°, 32 inc. 2°, 44 inc. 5°, 72 inc. 9°, 73 inc. 2° y final, 75 inc. final, 80, 85 inc. final, 108 inc. 3°, 129 inc. 6°, 162 letra i), y 184 letras i), j) LCP.

Actualmente, la actividad normativa de la DINAC ha sido importante, mediante la emisión de lineamientos, los que se enumeran en la tabla 2 que se muestra a continuación.

Tabla 2. Lineamientos de la DINAC desde su creación hasta mayo de 2024.			
No.	Código	Tema	Fecha
1	N 1.01	Lineamiento para la Elaboración de la Planificación Anual de Compras- PAC	11 marzo 2023
2	N 1.01.1	Actualización Lineamiento para la Elaboración de la Planificación Anual de Compras- PAC	8 mayo 2023
3	N 1.01.2	Actualización Lineamiento para la Elaboración de la Planificación Anual de Compras- PAC	7 junio 2023
4	N 1.03	Lineamiento para la conformación y funcionamiento del PEO.	11 marzo 2023
5	N 1.04	Lineamiento para Evaluación de Ofertas	11 marzo 2023
6	N 1.05	Lineamiento para Razonabilidad de Precios.	11 marzo 2023
7	N 1.09	Lineamiento para contratación de auditorías externas a Instituciones Públicas.	11 marzo 2023
8	N 1.10	Proyectos Estratégicos de Utilidad Pública	18 julio 2023
9	N 2.01	Lineamiento para Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.	11 marzo 2023
10	LIN-2024-01	Lineamiento para el Método de Contratación de Licitación Competitiva.	5 febrero 2024
11	LIN-2024-02	Lineamiento para el Método de Contratación de Comparación de Precios.	5 febrero 2024
12	LIN-2024-03	Lineamiento para el Método de Contratación de Contratación Directa.	5 febrero 2024

13	LIN-2024-004	Lineamiento para Contrataciones Directas en Casos de Emergencia y Otros.	5 febrero 2024
14	LIN-2024-005	Lineamiento para el Método de Contratación de Baja Cuantía.	5 febrero 2024
15	LIN-2024-006	Lineamiento para el Método de Contratación de Servicios de Consultoría: Selección basada en calidad y costo.	5 febrero 2024
16	LIN-2024-007	Lineamiento para el Método de Contratación de Servicios de Consultoría: Selección basada en calidad.	5 febrero 2024
17	LIN-2024-008	Lineamiento para el Método de Contratación de Servicios de Consultoría: Selección basada en precio fijo.	5 febrero 2024
18	LIN-2024-009	Lineamiento para el Método de Contratación de Servicios de Consultoría: Selección basada en menor costo.	5 febrero 2024
19	LIN-2024-010	Lineamiento para el Método de Contratación de Servicios de Consultoría: Selección Basada en Calificación de Consultores.	5 febrero 2024
20	LIN-2024-011	Lineamiento para la realización de contrataciones de Servicios de Consultoría: Selección Basada en Fuente Única.	5 febrero 2024
21	LIN-2024-012	Lineamiento para la Contratación de Consultores Individuales.	5 febrero 2024
22	LIN-2024-013	Lineamiento para el Procedimiento Especial de Contratación por Catálogo Electrónico Derivado de Convenio Marco.	5 febrero 2024
23	LIN-2024-015	Lineamiento para la Certificación Anti-Soborno y Oficial de Cumplimiento.	7 marzo 2024
24	LIN-2024-016	Lineamiento para el procedimiento especial de Subasta Inversa.	17 abril 2024
25	LIN-2024-017	Lineamiento para el Procedimiento Especial de Compras en Línea.	22 abril 2024
26	LIN-2024-018	Lineamiento para la Tramitación del Recurso de Revisión.	22 abril 2024
27	LIN-2024-019	Lineamiento para la Realización de Sondeos de Mercado.	23 abril 2024
28	LIN-2024-020	Lineamiento para el Establecimiento del Plan de Implementación del Proceso (PIP).	23 abril 2024
29	LIN-2024-021	Lineamiento para Procesos de Compras CEPA Exceptuados de la LCP.	25 abril 2024
30	INS-2024-001	Instructivo de la DINAC para el cumplimiento de la LCP en la reestructuración de los municipios.	24 abril 2024
Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida del sitio web de la DINAC: https://dinac.gob.sv/marco-normativo/lineamientos-e-instructivos/			

Otro aspecto que resulta pertinente indicar es que, desde su aprobación y entrada en vigencia, es decir, en sus 15 meses de vigencia, la LCP ya ha tenido dos reformas: (i) en la primera modificación, correspondiente al DL No. 689 del 22 de marzo de 2023³², se agrega a su ámbito de competencia dos ámbitos de adquisiciones y contrataciones, además, se excluye a la DOM de los impedimentos para ofertar y contratar; y (ii) en la segunda reforma, referida al DL No. 732 del 11 de mayo de 2023³³, se cambia el nombre del Tribunal de Contrataciones Públicas por el de Tribunal de Apelaciones de Compras Públicas (TACOP), ente adscrito a la DINAC, con autonomía funcional y técnica para conocer de las apelaciones en procedimientos de contratación, extinción contractual y sanciones.

Por otra parte, la LCP en su art. 189 faculta al presidente de la República a aprobar el Reglamento de la LCP (RLCP) para su aplicación y desarrollo. De hecho son varias las disposiciones de la LCP que remiten su desarrollo al RLCP y que no han sido consideradas en el reglamento actualmente vigente:

- Sobre facultades y funcionamiento de DINAC (art. 7 LCP)
- Reglas Especiales sobre obra pública. (art. 45 inc. final LCP)
- Modalidades de la Obra Pública (art. 46 inc. 2° LCP)
- Requisitos mínimos de la obra pública (art. 48 letra d) LCP)
- Subasta inversa por plataforma privada (art. 73 inc. 2° LCP)
- Régimen de contratos (art. 123 LCP)
- Infracción grave por incumplimiento de requisitos en reglamento (art. 184 letra i) LCP)

2.1.2. Transparencia y publicidad

Entre los principios rectores de las compras públicas según la LCP se incluyen la transparencia y la libre competencia (art. 5 LCP). Sin embargo, no se hace mención al principio de publicidad, ni siquiera en relación con el uso de la plataforma que alberga el

³² Decreto publicado en el DO No. 58, Tomo No. 438 del 23 de marzo de 2023.

³³ Decreto publicado en el DO No. 94, Tomo No. 439 del 25 de mayo de 2023.

Sistema Electrónico de Compras (COMPRASAL); aunque el inciso 2° del artículo 2 de la LCP establece que las contrataciones de la administración pública deben regirse por una serie de principios y valores, entre los que se incluye la publicidad, reiterándolo el inciso 1° del artículo 10 que prescribe que "en este sistema debe registrarse toda la información sobre las adquisiciones y contrataciones del Estado conforme a los principios de esta Ley [tales como los mencionados en el artículo 2 LCP]". Es relevante destacar que el Reglamento de la Ley de Compras Públicas (RLCP) tampoco menciona la publicidad como uno de los principios rectores.

Un aspecto novedoso que promueve la transparencia y la eficiencia en el gasto público es la obligación de que las instituciones de la Administración Pública (AP) tramiten y mantengan una certificación y acreditación antisoborno conforme a los estándares internacionales, específicamente la norma ISO 37001. Según lo dispuesto en el artículo 16 LCP, estas instituciones tienen plazo hasta el 10 de marzo de 2026 para obtener esta certificación. Además, a partir del LIN 15-2024 emitido por la DINAC, que derogó el Lineamiento 1.08, se estableció que todas las entidades de la AP deben contar con al menos un Oficial de Cumplimiento. Este oficial tiene la responsabilidad de verificar los procedimientos tanto de la Unidad de Compras Públicas (UCP) como de la Unidad Financiera Institucional (UFI).

Adicionalmente, el art. 27 LCP también impone la obligación a los proveedores de certificarse bajo la norma ISO 37001. El Reglamento de la Ley de Compras Públicas (RLCP), en sus arts. 10 y 11, establece que todas las instituciones están obligadas a obtener esta certificación y designar un Oficial de Cumplimiento, cuyas funciones son detalladas en el art. 12 del RLCP.

Además de lo mencionado anteriormente, siempre está presente el mecanismo de auditoría interna llevado a cabo por un contralor, así como la auditoría externa contratada. En el caso de las auditorías internas realizadas por el contralor, si se identifican irregularidades relacionadas con sobornos o actos de corrupción, estas deben ser informadas a la DINAC según lo dispone el art. 27 LCP. Es importante tener en cuenta que,

aunque el contralor es un funcionario diferente al Oficial de Cumplimiento mencionado anteriormente, el artículo 13 RLCP permite que ambas funciones sean desempeñadas por la misma persona. En el caso de las municipalidades, la figura del contralor es obligatoria conforme al Lineamiento 1.09 emitido por la DINAC.

También, la LCP prohíbe que se realicen prácticas anticompetitivas, tal como lo prescribe el art. 26, disposición que permite que la AP rechace el proceso de adquisición y contratación desde la oferta hasta el desarrollo del propio contrato, siempre que la Superintendencia de Competencia (SC) haya determinado que existió una práctica anticompetitiva (inc. 4°). El inc. 5° de la citada disposición prevé la posibilidad de que la AP o cualquier persona avise a la Superintendencia de Competencia sobre hechos que comprueban o indicios de prácticas anticompetitivas. La regulación de estos aspectos resulta clave para evitar prácticas que minen la libre competencia, la igualdad, entre otros principios relevantes.

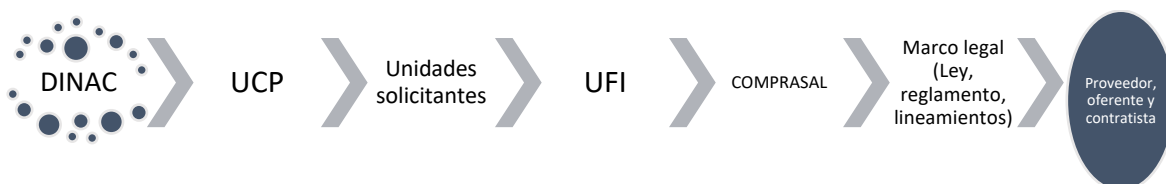
En relación con la plataforma electrónica utilizada para las compras públicas, es crucial señalar ciertos aspectos que podrían asegurar la transparencia y, teóricamente, facilitar la rendición de cuentas por parte de la ciudadanía: el Sistema Electrónico de Compras Públicas, conocido como COMPRASAL, cuya regulación comienza en el art. 10 LCP. Este sistema constituye la infraestructura electrónica central del Sistema Nacional de Compras Públicas (SINAC), que organiza y gestiona todas las adquisiciones realizadas por la Administración Pública y se caracteriza por:

1. Es de uso obligatorio, lo que en principio impide que se realicen procesos con uso de fondos públicos que no sean registrados en la referida plataforma. Esto permitiría mayor transparencia y la posibilidad de rendición de cuentas.
2. El SINAC dentro de COMPRASAL contiene el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones (art. 11 LCP) que posee como componentes: el Registro Único de Proveedores del Estado o RUPES (art. 12 LCP), el Registro de Sanciones (art. 13 LCP) y la información relativa a los procesos y las contrataciones públicas. En este último caso, la LCP señala que tendrán acceso al Registro de Sanciones las instituciones de

la AP y el público en general (arts. 10 inc. 5° y 13 inc. 2° LCP). Sobre estos componentes es preciso apuntar que es útil para efectos de la transparencia y de evitar el cometimiento de actos de corrupción, que exista un registro de sanciones en donde se encuentran aquellos oferentes o proveedores que han sido inhabilitados e incapacitados con base en lo prescrito en las reglas de la LCP (arts. 174 a 181). Sin embargo, no se tiene, o al menos no se plantea expresamente, un registro de servidores públicos que hayan sido sancionados conforme a lo dispuesto en los arts. 182 a 186 LCP.

3. De acuerdo con el art. 10 inc. 3° LCP este sistema contendrá entre otros componentes uno de divulgación y otro de monitoreo y seguimiento. No obstante, estos componentes no pueden ser utilizados por cualquier ciudadano que pretenda verificar la forma en la que se están efectuando los procesos de compras por cualquier institución de la AP; sino que únicamente pueden ingresar las instituciones y los proveedores registrados, tal como se observa en la página de inicio del sitio web de COMPRASAL <https://www.comprasal.gob.sv/login> que solo permite el registro de dichos usuarios.

Por lo tanto, en el SINAC intervienen, al menos, los siguientes elementos:



Fuente: elaboración propia a partir de la normativa vigente

2.1.3. Tipos de procesos

Con relación a los tipos de procesos para la realización de las compras públicas, la LCP tiene la siguiente estructura:

- Título V: Métodos y procedimientos especiales de contratación
- Capítulo I: Métodos de contratación art. 38

- Capítulo II: Métodos de contratación aplicables para obras, bienes y servicios de no consultoría arts. 39 a 44
- Capítulo III: Sobre las obras, bienes y servicios de no consultoría arts. 45 a 59
- Título VI: Sobre la consultoría y los métodos de contratación aplicables
- Capítulo I: Tipos de consultorías, conflictos de interés y otros relacionados arts. 60 a 70

Es decir que, en primer lugar, se presentan los métodos de contratación, luego se explican aquellos métodos aplicables a la contratación de obras, bienes y servicios (Capítulo II LCP) y en qué consisten cada uno de estos componentes; y, finalmente, se desarrolla el concepto de consultoría y sus métodos de contratación.

(a) El art. 38 LCP establece los tipos de procesos para la contratación de obras, bienes y servicios que no constituyan consultorías:

(i) Licitación competitiva (art. 39 LCP) es la regla general y además constitucional para la realización de las compras públicas y requiere que la compra sea mayor a 240 salarios mínimos mensuales del sector comercio, siendo además obligatoria en los casos de concesiones. La convocatoria debe ser abierta y pública (LIN-01-2024);

(ii) Comparación de precios (art. 40 LCP) que genera competencia debido a que su validez depende de la participación de al menos 3 cotizaciones requeridas a proveedores inscritos en el RUPES, para evaluarlas y tomar una decisión. Solo procede con compras menores o iguales a 240 salarios mínimos mensuales del sector comercio (LIN-02-2024);

(iii) Contratación directa se aplica únicamente si se cumplen las circunstancias que prevé el art. 41 LCP (LIN-03-2024) y excepcionalmente en caso de calificativo de urgencia (LIN-04-2024, como dispone el art. 42 LCP o de emergencias como lo plantea el art. 43 LCP, que además obliga a las instituciones a que publiquen en COMPRASAL “las especificaciones técnicas, resultado del proceso incluyendo el monto y nombre del proveedor, así como la orden de compra o contrato, en concordancia con el principio de transparencia”; y

(iv) Baja cuantía (art. 44 LCP y LIN-05-2024) es un proceso atinente a una necesidad que deba ser suplida inmediatamente y puede ser pagada con el fondo circulante, cuyo

monto máximo deberá ser autorizado por la autoridad de cada institución. Estas necesidades pueden ser imprevistas (no programadas), emergentes (a partir de situaciones accidentales) o recurrentes (deben ser precalificadas por la autoridad y ser requeridas periódicamente), tal como lo explica el art. 40 RLCP. Cabe señalar que en esta clase de procesos no se requiere de la elaboración de los documentos estándares, sino únicamente la comprobación mediante factura y la entrega del objeto contractual.

(b) Los procesos para contratar servicios de consultorías, que se diferencian según el fundamento de la selección en los siguientes: (i) calidad y costo; (ii) calidad; (iii) precio fijo; (iv) menor costo; (v) calificación de los consultores; (vi) fuente única; y (vii) consultores individuales. Para cada uno de estos procesos la DINAC ha emitido lineamientos: LIN-06-2024, LIN-07-2024, LIN-08-2024, LIN-09-2024, LIN-10-2024, LIN-11-2024 y LIN-12-2024, respectivamente.

Además de estos métodos de contratación, existen procedimientos especiales que dependen del objeto contractual. Se trata de los casos previstos en el inciso final del art. 38 LCP, que se refieren a:

- (i) Las compras en línea que se utilizan cuando el objeto contractual solo puede ser utilizado y por tanto proporcionado y recibido por medios digitales. Este tipo de procedimiento no requiere ser documentado de forma general o estándar y por ello se ha emitido un lineamiento específico por parte de la DINAC (LIN 17-2024). Con base en el inciso final del art. 71 LCP, se debe registrar en COMPRASAL la información de la adquisición efectuada “en función del principio de transparencia”, lo que debe ejecutarse por la UFI o el responsable del fondo, según el LIN 17-2024. Cabe resaltar que este tipo de compras no tienen límite en sus montos.
- (ii) El catálogo electrónico (art. 72 LCP) derivado de un convenio marco, requiere la elaboración del catálogo por parte de la DINAC a fin de establecer cuáles bienes y servicios son considerados estandarizados, y también de una calificación y acreditación de los proveedores por parte de la DINAC. Es

importante señalar que con la vigencia del convenio marco, todas las instituciones de la AP quedan adheridas al mismo y deben adquirir por este medio esos bienes y servicios estandarizados. Tanto la administración del catálogo de bienes y servicios estandarizados como los convenios marco son responsabilidad de la DINAC, la cual debe mantenerlos disponibles en COMPRASAL, como parte del principio de transparencia y demás principios aplicables a las compras públicas (LIN 13-2024).

- (iii) La subasta electrónica inversa está desarrollada en el art. 73 LCP, consiste en un procedimiento en el que la adjudicación (segunda etapa) se realiza en una plataforma electrónica, que pueden ser de bolsas de productos y servicios legalmente establecidas (BOLPROS) o mediante la plataforma establecida en el COMPRASAL. Sin embargo, es posible efectuar la adjudicación de forma física, lo cual está desarrollado por el LIN 16-2024.

Un aspecto importante sobre los procesos de compras es lo relacionado con las prácticas anticompetitivas que se encuentra desarrollado en el art. 26 LCP. De advertirse una práctica de esa clase, se deberá rechazar la oferta o revocar la adjudicación, aun cuando esta ya esté firme (art. 56 letra d) RLCP), o no formalizar las obligaciones o caducar la orden de compra o contrato; siempre que la práctica sea definida como tal por la Superintendencia de Competencia.

Según los criterios y recomendaciones (2022) de la Superintendencia de Competencia sobre la contratación pública, se debe atender a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad para que puedan participar la mayor cantidad de competidores, transparencia para evitar favoritismos y asegurar que todos los oferentes tengan igualdad de oportunidades sin discriminaciones, garantizando la igualdad, sin sesgos y evitando ventajas injustas.

El diseño de procesos públicos que fomenten la competencia beneficia tanto al mercado como a las finanzas del Estado, en la medida que con los recursos necesarios puede obtener los mejores bienes y servicios. Por lo tanto, deben definirse criterios de

evaluación imparciales, capacitar al personal de compras para evitar tanto la concurrencia de los particulares como actos de corrupción en los que se vean comprometidos servidores públicos, tergiversando el interés colectivo.

Cualquier mecanismo de contratación pública debe ser justificado y las compras transparentes, informadas y eficientes.

2.2. Normativas especiales

2.2.1. Ley para el uso de productos para tratamientos médicos en situaciones excepcionales de salud pública ocasionadas por la pandemia COVID-19 (conocida como Ley Alabí)

Esta norma tiene su origen en el estado de emergencia que fue decretado a raíz de las consecuencias causadas por la pandemia COVID-19. En su art. 8 autoriza al MINED así como las demás instituciones que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud para llevar a cabo contrataciones directas excluidas de la LACAP, en su momento.

Esa misma disposición facultaba a las instituciones que contrataran bajo esta norma a que suscribieran y se obligaran a términos y condiciones vinculantes con proveedores previo a la firma de contratos y permitía que esto se aplicara retroactivamente a otros casos similares. Asimismo, preveía la posibilidad librar a los proveedores de reclamos por daños o perjuicios que resultaren del uso de los productos proveídos.

Es decir que además de excluir del control de la norma general a las compras realizadas bajo esta regulación, permitía otra serie de protecciones para proveedores, aun tratándose de insumos y productos relacionados con la salud de la población.

Adicionalmente, esta ley no establecía obligaciones relacionadas con la transparencia y la publicidad.

2.2.2. Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales (LSAOM)

Esta ley establece el régimen especial para la realización de adquisiciones y contrataciones de la Dirección Nacional de Obras Municipales (DOM), entidad que fue creada para administrar el Fondo para el Desarrollo Económico y Social de los Municipios

(FODES). Se trata de una normativa instaurada como excepción a la LACAP que era en ese momento la regla general. La justificación del legislador para su elaboración fue la necesidad de establecer un régimen jurídico especial que le diera cumplimiento al art. 234 Cn y que permitiera atender con inmediatez las necesidades más apremiantes de las municipalidades, garantizando adquisiciones y contrataciones más expeditas con competencia, transparencia e igualdad en los procesos de selección.

El art. 1 inc. 2° de la referida regulación establece que las adquisiciones y contrataciones que se lleven a cabo se regirán por los principios de “legalidad, transparencia, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, imparcialidad, probidad, racionalidad del gasto público, antiformalismo, celeridad, eficacia y disponibilidad”. Es decir que se basa en los mismos principios de la derogada LACAP y a su vez son similares a aquellos establecidos por la LCP.

Sobre la transparencia, es preciso señalar que en el art. 5 inc. 4° LSOM se establece la posibilidad de dar por finalizado un procedimiento de adquisición en cualquier estado del mismo si determina que el oferente realizó prácticas anticompetitivas, pero no establece un procedimiento para tal efecto. Además, en el inciso final del art. 6 LSOM prescribe que la DOM “tendrá su propio sistema electrónico y sitio web para registrar lo concerniente a las adquisiciones y contrataciones”, aunque se trata de un sistema similar al de COMPRASAL, lo que implica que únicamente proveedores y la institución tienen acceso a los documentos y procesos publicados. De hecho, la normativa en cuestión solo prevé la publicación de los resultados en el art. 52 LSOM, no así los demás documentos.

Ahora bien, es preciso recordar que uno de los principios que rigen las adquisiciones y contrataciones según esta ley es el de publicidad, de ahí que esta debe ser tanto para los usuarios como para los ciudadanos; a pesar de que el art. 76 LSOM solo se refiere a la obligación de la DOM de mantener los expedientes y registros de contrataciones completos y uniformes, y que solo exige que lleven registros electrónicos y no que deben ser públicos.

Por otro lado, el art. 122 LSOM prescribe como infracción grave la no publicación de la información pertinente en el sistema de la DOM, conforme a las pautas establecidas en

la misma. El defecto de la referida infracción es que la interpretación de los alcances de la publicación depende de cómo se entienda según las reglas que han sido analizadas en el párrafo anterior; es decir, que podría limitarse el alcance a una publicidad más formal y aplicable únicamente para los usuarios.

Por otra parte, los métodos de adquisiciones en esta regulación están prescritos en el art. 6, siendo estos: (a) Licitación Competitiva; (b) Licitación Limitada; (c) Comparación de Precios; (d) Compras para funcionamiento; (e) Contratación Directa; y (f) Adquisición de servicios de Consultoría que tiene 8 procedimientos diferentes. Es decir, la Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales se apartaba de lo estatuido por la LACAP. Con relación a la LCP, la cual es posterior que la LSOM, recoge la mayoría de proceso de adquisiciones y contrataciones, con excepción de la licitación limitada.

Con relación a la licitación limitada, es importante tener en cuenta que se trata de una licitación “mediante invitación directa sin convocatoria pública”, tal como dispone el art. 88 LSOM. La referida disposición establece dos causales para aplicarla: que el número de proveedores sea limitado, en cuyo caso se debe de invitar a todos, o si existen razones técnicas excepcionales que justifiquen no efectuar la convocatoria pública que requiere una licitación competitiva ordinaria.

Ahora bien, tanto para las licitaciones competitivas (art. 13), la comparación de precios (art. 14), la contratación directa (art. 16), como los servicios de consultoría (art. 17), la LSOM permite delegar su aprobación en un funcionario de menor rango que la autoridad de la institución. Esto normalmente no está permitido por las normas que regulan las adquisiciones y contrataciones. Y resulta importante considerarlo sobre todo en el caso de la contratación directa, por tratarse de un proceso que está más sujeto a la discrecionalidad. La máxima autoridad debiera ser la única con facultad para decidir la aprobación o no de una adquisición o contratación.

2.2.3. Ley especial para la construcción de Centros Penitenciarios (LCCP)

La LCCP declara que es de orden público y seguridad nacional (arts. 1 inc. 2° y 32) lo que implica que prevalece sobre otras regulaciones que pudieran aplicarse por ser supletorias pero no si la contradicen, otorgándole así el carácter de especial. Por medio de esta regulación se encarga al Ministerio de Obras Públicas y Transporte (MOPT) la planificación, diseño y construcción de los centros penales. En su art. 4, la referida normativa faculta al MOPT para celebrar convenios con privados o constituir sociedades para garantizar la construcción del o los centros penitenciarios que se estimen necesarios. Es decir que, se le permite al Estado por medio del MOPT utilizar mecanismos de adquisición de obra pública que se regirán bajo las reglas del Derecho Privado.

El art. 9 LCCP, interpretado auténticamente³⁴ ratifica la idea anterior, dado que en su inc. 2° indica que no serán aplicables las disposiciones de la LACAP – vigente en ese momento – para las adquisiciones y contrataciones que se realicen en el marco de esta normativa excepcional. En consecuencia, tampoco rigen las reglas de la actual LCP. Ahora bien, se faculta a la UNAC a emitir la regulación mediante lineamientos, los cuales fueron formulados el 22 de abril de 2022 y en los que se estableció la publicación de los procesos de compras y sus resultados en el sistema COMPRASAL.

Asimismo, es importante resaltar que el art. 26 LCCP exime de impuestos tanto al MOPT como a los particulares – compañías – involucradas en la planificación, diseño y construcción de los centros penitenciarios. Ahora bien, el art. 28 inc. 2° LCCP señala que “[p]ara efectos de control tributario” las empresas deben llevar registro de todas las exenciones fiscales y presentarlos con la declaración tributaria correspondiente. Y el art. 30 LCCP refiere que, dentro de sus facultades, la Corte de Cuentas de la República puede realizar auditorías, por tratarse del uso de fondos públicos.

Todo esto genera la posibilidad formal de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de los referidos fondos. De hecho, existe la posibilidad de sancionar al MOPT por las infracciones graves previstas en la LCP, tal como se desprende del art. 9 inc.

³⁴ Se interpretó auténticamente el inc. 1° de la referida disposición, mediante el DL No. 638 de 5 de enero de 2023, publicado en el DO No. 7, Tomo 438, de 11 de enero de 2023.

2° LCCP que, si bien remite a la aplicación de las infracciones y sanciones de la LACAP, ahora serían aplicables las de la LCP³⁵ por tratarse de la normativa general. Sin embargo, no existen reglas que obliguen a las instituciones involucradas para que publiquen conforme al principio de máxima publicidad la información pública de los procesos de adquisiciones y contrataciones.

2.2.4. Ley del régimen especial para la simplificación de trámites y actos administrativos relativos al Tren del Pacífico (LRETP)

La LRETP fue creada con dos objetivos claros establecidos en sus considerandos: por un lado, “que agilice la transferencia de dominio de los inmuebles que sean necesarios para la ejecución sin demora de los proyectos de utilidad pública” y, por el otro, “para la ejecución de un Sistema de Transporte Ferroviario”.

El art. 1 LRETP indica como objeto: “establecer el marco regulatorio especial para la planificación, construcción, explotación y administración del sistema de transporte ferroviario nacional denominado "Tren del Pacífico", garantizando la simplificación y aceleración tanto de trámites como de actuaciones administrativas o judiciales”. Se trata de una nueva norma excepcional respecto de la regla general de la LCP, pero que en el momento de la aprobación de la ley era la LACAP. Para efectos de remarcar esa situación especial o excepcional de la norma, el art. 35 LRETP indica que la ley es de carácter especial y priva sobre cualquier otra ley especial o general. Además, se facultaba a la UNAC (ahora DINAC) para poder emitir la normativa necesaria para la implementación del referido proyecto, en el marco de sus facultades, emitiendo los lineamientos el 9 de mayo de 2022.

³⁵ El art. 184 letra i) LCP dispone que es considerada infracción grave el incumplimiento del uso de COMPRASAL de conformidad con lo establecido en la misma LCP, que prevé la necesidad de publicar aquella información que deba registrarse o publicarse y que se rige por el principio de transparencia, entre otros.

Al igual que con la legislación anterior, se trata de una normativa que le otorga importantes facultades discrecionales para el MOPT en cuanto la administración de la planificación, diseño y construcción del referido proyecto. Se trata, pues, de las siguientes:

- (i) La no aplicación de las reglas de la entonces vigente LACAP, hoy LCP (art. 8 y de forma más específica su inc. 3° LRETP).
- (ii) La posibilidad que tiene el MOPT de crear empresas públicas para la operación total o parcial del sistema que se construya (art. 9 LRETP). Cabe señalar que a diferencia de la LCCP que expresamente prevé que el régimen sancionatorio aplicable será el de la normativa común, en este caso no se indica nada al respecto.
- (iii) La exención de impuestos tanto para el MOPT como para los particulares (personas naturales y jurídicas) involucrados en el proyecto (art. 10 LRETP). El citado art. 10 en su inciso penúltimo exime de impuestos hasta por el plazo de 25 años a quienes participen en tanto en la operación, mantenimiento y funcionamiento del proyecto.

Ahora bien, como en la normativa anterior, se deja la posibilidad, al menos en teoría, de que se fiscalice la utilización de esos fondos por parte de la Corte de Cuentas de la República (art. 30 LRETP). Empero, no se establecen de manera expresa reglas que aseguren la publicidad de los procesos regulados por la normativa especial, debilitando las posibilidades de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas.

2.2.5. Ley para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional del Pacífico (LAEPAC)

El presente régimen es, al igual que los anteriores, un marco regulatorio especial, tal como lo indica el art. 1 LAEPAC y su objeto es la “planificación, construcción, explotación y administración del Aeropuerto Internacional del Pacífico”. La normativa en cuestión establece que el proyecto es de utilidad pública y de la más alta prioridad (art. 13). En este caso, la autoridad encargada (art. 5 LAEPAC) de la implementación de la referida normativa

es la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA). Asimismo, como para los proyectos de centros penitenciarios, la autoridad designada, en este caso CEPA, podrá asociarse y celebrar convenios con privados o, inclusive, constituir sociedades para garantizar el desarrollo de los fines previstos en la regulación en cuestión (art. 6 LAEPAC), lo que podrán hacer en conjunto con el MOPT, o delegarle esa facultad. En tal sentido, es el MOPT la institución que potencialmente tendría una amplia discrecionalidad para actuar, con base en las reglas excepcionales que le otorga la LAEPAC.

Respecto del régimen aplicable para las adquisiciones y contrataciones que se requieran para la consecución de la presente norma, no será el marco general de la LCP, sino que se sujetará a reglas especiales. De hecho, se faculta a la UNAC, hoy DINAC, para emitir la normativa necesaria para la implementación del referido proyecto, en el marco de sus facultades. El art. 35 LAEPAC señala que es una ley especial que prevalece sobre otras regulaciones especiales o generales (LCP) que la contradigan. Asimismo, el art. 11 inc. 2° prevé que para las adquisiciones y contrataciones no serán aplicables las disposiciones de la LACAP que hoy es la LCP. Y el art. 29 LEAPAC exonera de impuestos tanto a CEPA, al MOPT como a las empresas que se involucren con el proyecto del aeropuerto.

También se establece la posibilidad de que la Corte de Cuentas de la República realice auditorías, conforme a lo dispuesto en el art. 33 LAEPAC, aunque ello no es suficiente para garantizar la transparencia y la publicidad de los procesos de adquisiciones y contrataciones, especialmente si no se garantiza el derecho de acceso a la información a la ciudadanía.

2.2.6. Régimen Especial Transitorio para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado en el marco de la Declaratoria del Régimen de Excepción

La presente normativa tiene su origen en el régimen de excepción aprobado por la Asamblea Legislativa el 27 de marzo de 2022, cuyo objetivo es restablecer el orden público en el ámbito de la seguridad pública, según lo indica el decreto. En tal sentido, se autoriza a la AP para que realice adquisiciones y contrataciones que den cumplimiento a las

disposiciones del régimen de excepción de forma más ágil y simplificada, a fin de obtener los bienes, servicios y la ejecución de obras e inversiones necesarias. Por ello, el decreto excluye estos procesos de adquisiciones y contrataciones de la aplicación de la LACAP hoy sustituida por la LCP. Es importante apuntar que, además de las instituciones de la AP que conforman el gobierno central (las que forman parte de la Presidencia de la República), también se incluyen las adquisiciones y contrataciones que realice la Fiscalía General de la República en el marco del régimen de excepción.

Es importante resaltar que existe un amplio ámbito de discrecionalidad del referido decreto, respecto de cuáles serán los bienes, servicios y obras calificados como “necesarios” y cuál institución de la AP los definirá. En tal sentido, faculta a la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -facultades ejercidas actualmente por la DINAC- para emitir y ajustar los instrumentos normativos que sean pertinentes para ello. Este decreto únicamente se compone de tres artículos.

El 25 de abril de 2022, la UNAC emitió los lineamientos correspondientes a las compras que se efectuarían en el marco del régimen de excepción decretado. En el pliego de lineamientos emitidos, se hace alusión a dos tipos de contrataciones: selección de contratista con competencia y selección de contratista sin competencia. El primero se asemeja a los casos de contrataciones en las que se comparan ofertas y se selecciona la más ventajosa, atendiendo a los intereses estatales y el bien común. En el caso de la selección de contratista sin competencia, se establecen circunstancias justificantes para utilizarlo, tales como la necesidad de abastecer de bienes y servicios a los Ministerios de Justicia y Seguridad Pública, de la Defensa Nacional y de la Policía Nacional Civil, no interrumpir las operaciones en curso y desabastecimiento comprobado, entre otros.

Cabe señalar que las situaciones que se describen están directamente relacionadas con el régimen de excepción, por lo que fácilmente se podrían realizar todas las compras bajo esas justificaciones. En consecuencia el proceso de selección con competencia no tendría razón de existir. Además, en el procedimiento que se establece se permite que con el requerimiento de compra se acompañe de una vez la oferta y el análisis de cumplimiento,

es decir que prácticamente con requerimiento de la oferta se presenta al proveedor o contratista elegido previamente. En otras palabras, no habría un procedimiento real de selección.

En el caso del régimen sancionatorio aplicable, el pliego de lineamientos establece una serie de reglas al respecto, las cuales rompen con el principio de reserva de ley que debe regir para dichas disposiciones.

Otro aspecto por destacar y que ha sido replicado en las anteriores regulaciones especiales es la exención de impuestos a estas adquisiciones y contrataciones. Además, su duración o vigencia se mantendrá mientras dure el Régimen de Excepción, el cual actualmente lleva 26 prórrogas, siendo la última aprobada la correspondiente al DL 27 del 6 de junio de 2024, publicado en el DO No. 107, Tomo No. 443, del 7 del mismo mes y año.

Finalmente, es un decreto catalogado de orden público, de carácter especial, por lo que, a partir de su excepcionalidad, se reitera la no aplicación de la normativa general de las compras públicas.

2.2.7. Ley Especial para la contratación de obra pública con financiamiento incluido (LECOF)

La presente norma se fundamenta en la necesidad de tener regulaciones que permitan “explorar nuevas modalidades de financiamiento, que garanticen la ejecución de obras públicas requeridas y de impostergable realización”. El legislador, al promulgar esta ley, introduce una nueva modalidad de contratación: aquella con financiamiento incluido para la ejecución de obras públicas y de servicios esenciales con apoyo del sector privado. Si bien la norma se refiere en mayor medida a la contratación de obras, el art. 2 considera como obra pública a “[l]as prestaciones de servicios profesionales de consultorías como la elaboración de estudios de prefactibilidad, factibilidad, proyecto, dirección, o fiscalización, servicios de topografía, investigación de suelos e hidrológicos y ensayos de laboratorio”.

La particularidad más relevante que presenta esta ley es la forma de financiamiento de las obras públicas o servicios esenciales. El art. 4 LECOF indica que:

“serán financiados con recursos provenientes de entidades financieras nacionales o extranjeras, o corporaciones privadas legalmente constituidas, o con fondos propios del contratista, o mediante cualquier otra forma de financiamiento, tales como, titularizaciones, constitución de fideicomisos, instrumentos de financiamiento colectivo, o cualquier otra forma que resulte conveniente a los intereses del Estado, los cuales deberán ser definidos por el oferente desde la presentación de su oferta técnica y económica para la obra”.

Es por ello por lo que la referida norma faculta a las instituciones contratantes a que regulen los instrumentos necesarios para tal efecto. Así lo establecen los arts. 1 inc. 2°, 4 inc. 2°, 5 inc. 1° y 37. No obstante lo anterior, el art. 36 LECOF prevé que el Presidente de la República emita un reglamento general que desarrolle la LECOF. Asimismo, el art. 7 LECOF de la norma en cuestión permite que se autoricen de manera excepcional la no competencia en los procesos de adquisiciones y contrataciones, debiendo hacerlo mediante resolución razonada por la necesidad prioritaria y las condiciones particulares del mercado de que se trate.

Con relación al financiamiento de las obras a las que se refiere esta regulación, se remite a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado y su Reglamento para lo que no esté regulado (art. 25 LECOF). Además, en su art. 33 LECOF se establece que no se requerirá de la verificación de asignación presupuestaria, dada la naturaleza de la contratación.

En cuanto al procedimiento se aplicarán las reglas de la Ley de Procedimientos Administrativos (art. 30 LECOF) excepto en cuanto a las infracciones y sanciones que están previstas en la LECOF. Por otro lado, el art. 34 regula la exoneración de impuestos a las empresas contratadas y las subcontratadas. Finalmente, el art. 32 LECOF indica que la ley es de carácter especial.

2.2.8. Disposiciones transitorias para el "Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la tormenta tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional".

Las referidas disposiciones surgen en vista de las consecuencias provocadas por la Tormenta Tropical Julia y para ejecutar un préstamo otorgado por el Banco Interamericano

de Desarrollo para atender las emergencias por el referido desastre natural. Para ello se faculta al MOPT para realizar adquisiciones y contrataciones que requieran el “Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la Tormenta Tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional”.

Asimismo, se dispone que no se aplicarán las reglas emanadas de la LACAP, con excepción de las disposiciones relacionadas con el incumplimiento de obligaciones, las infracciones y sanciones. Para tal efecto se faculta a la UNAC para emitir los lineamientos que considere pertinentes aplicar. De allí que se formularon unos lineamientos específicos el 16 de diciembre de 2022.

En la misma lógica que los anteriores casos, se exoneran del pago de impuestos las adquisiciones y contrataciones realizadas por el MOPT en el marco de esta ley especial.

2.2.9. Disposiciones transitorias a la “Ley de Creación del Comité Organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador”

En un primer momento se aprueba la Ley de Creación del Comité Organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador, la que en su art. 19 declara de urgencia las adquisiciones y contrataciones para la construcción o reconstrucción de obras de infraestructura deportiva que sean financiadas con fondos públicos. Asimismo, faculta para que esos procesos se realicen bajo la modalidad de contratación directa de conformidad con lo establecido en el art. 71 LACAP.

Es así que en diciembre de 2022 se aprueban las Disposiciones transitorias a la referida ley, que posteriormente tuvo una interpretación auténtica de su art.2 inc. 2°. Las referidas disposiciones facultan al MOPT para llevar a cabo de forma expedita los procesos de contratación que sirvan para intervenir la infraestructura de la Universidad de El Salvador para albergar los citados Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023, a partir del mandato de realizarlos mediante contratación directa.

En el art. 2 de las disposiciones se señala que no se aplicará la regulación de la LACAP para las adquisiciones y contrataciones necesarias para cumplir con el mejoramiento de las

instalaciones de la Universidad de El Salvador. Se exceptúan de la referida regla las disposiciones de la LACAP relacionadas con incumplimientos, infracciones y sanciones. Además, se faculta a la UNAC para emitir los lineamientos que considere pertinentes para desarrollar lo prescrito en las disposiciones en cuestión, los cuales fueron emitidos el 16 de diciembre de 2022.

En los referidos lineamientos se establecen dos formas de selección de contratista: la que se realiza con competencia y la que se efectúa sin competencia. La segunda tiene previstas una serie de situaciones excepcionales que deben concurrir para fundamentar su utilización. Sin embargo, al tratarse de una regulación que se crea con base en una supuesta situación de urgencia y excepcionalidad, parece que no tendría razón de ser el proceso de selección con competencia. Otro aspecto relevante es que la selección sin competencia permite prácticamente que se fusionen todas las etapas desde el requerimiento de la oferta hasta la adjudicación ya que pide que en el documento inicial se indique la oferta que cumple para ser adjudicada.

3. Limitaciones y desafíos para la transparencia

A partir de los insumos extraídos de las propias regulaciones y de las consideraciones de tres expertos en la temática en cuestión, se realizará un análisis sobre los desafíos en la implementación y aplicación de la vigente normativa sobre compras públicas que permitan garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de los procesos de adquisiciones y contrataciones de la AP.

Diferencias importantes entre LACAP y LCP

En términos muy generales, es posible afirmar que la LCP retoma muchos contenidos de la LACAP. Como toda normativa, se trata de una creación perfectible, es decir, que tiene fortalezas y deficiencias que pueden ser mejoradas. Sin embargo, se destaca que podría haberse apostado por establecer un paquete de reformas a la LACAP en lugar de crear una normativa totalmente nueva.

Las diferencias más relevantes entre la normativa anterior y la vigente son:

- Cambio de terminología que podría dar lugar a confusiones y generar problemas de comprensión y aplicación de la norma: por ejemplo la licitación pública hoy es licitación competitiva, las bases de licitación o términos de referencia ahora son los documentos de solicitud, el contrato de suministros es ahora el contrato de no consultoría.
- Se modifica la estructura institucional donde la DINAC cobra un mayor protagonismo que la UNAC, se crea el TACOP y se le da mayor protagonismo a las Unidades Solicitantes.
- Se crea el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que contiene: el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPES) y el Registro de Sanciones.
- Se requiere del registro del beneficiario final por parte de cada proveedor que se inscriba en el RUPES.
- Se reconocen nuevos principios como el equilibrio económico, la racionalidad del gasto público, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica y sostenibilidad social y ambiental
- Se implementa, en teoría, la tecnología para el manejo del expediente digital.
- Hay cambios en algunos métodos y procedimientos especiales, así como en los contratos regulados.
- Hay nuevas responsabilidades para los servidores públicos

Proceso de formulación sin evaluación previa

A pesar de la anterior afirmación, la norma tiene mecanismos que podrían permitirle un buen funcionamiento de las compras públicas de la AP, pero ello depende en gran medida de la implementación o aplicación por parte de las instituciones. La correcta aplicación y desarrollo de la Ley de Compras Públicas requiere un profundo conocimiento por parte de quienes la aplican, especialmente ahora que involucra a múltiples personas

por institución. Esta inclusión abarca tanto a las Unidades de Compras Públicas como a cada unidad institucional que actúa como Unidad Solicitante, desempeñando un papel crucial en el proceso de compras públicas. Además, se considera que la participación ampliada de diversos actores en este proceso podría beneficiar la prevención de prácticas corruptas, al requerir la concurrencia de más involucrados.

Con la verificación del proceso de creación de una nueva normativa³⁶, esta no se realizó con la debida planificación a fin de que su aplicación fuera mucho más factible. Careció de procesos de consultas a expertos, análisis del Organismo de Mejora Regulatoria (OMR) o consulta a la Superintendencia de Competencia. El proceso de formación de Ley se describe en el siguiente esquema y tal como puede verse fue sumamente breve, considerando la magnitud de las implicaciones de la norma a crear. Desde la recepción de la iniciativa hasta la emisión de un dictamen favorable por la Comisión de Economía solamente transcurrió un día y luego un día más para su aprobación por el pleno de la Asamblea Legislativa. Posteriormente, surgieron observaciones por parte del presidente de la República que fueron subsanadas en 8 días y al siguiente fue sancionado por él para su publicación en el DO.

Esquema 1. Proceso de formación de Ley de la LCP

³⁶ <https://noticias.uca.edu.sv/videos/nueva-ley-de-compras-publicas-transparencia-en-el-manejo-de-fondos>



Fuente: elaboración propia a partir de videos de plenarias, comisión de Economía y Diario Oficial

En primer lugar, se debía de realizar una evaluación seria respecto del funcionamiento de la LACAP para establecer cuáles eran sus debilidades, dónde estaban los problemas en su implementación y así evaluar de qué forma se podría dar respuesta o solución a ellos. Además, a partir de los parámetros que establece la Ley de Mejora Regulatoria, se debió efectuar un estudio y evaluación del impacto regulatorio previo a la elaboración de la regulación en cuestión. Este tipo de evaluaciones previas a la formulación de una nueva regulación habrían permitido establecer con mayor seguridad cuáles eran los problemas de la LACAP para definir la manera de darles solución y además evaluar con qué recursos se contaba para el desarrollo e implementación de la nueva normativa.

A modo de ejemplo, la LCP posee un diseño diferente en cuanto al sistema de recursos disponibles, dado que crea una instancia diferente al de cada institución para afrontarlos. Se trata de la creación del Tribunal de Apelaciones de Compras Públicas (TACOP). Este nuevo diseño supone que el anterior no era eficaz para solventar los recursos presentados a la AP por oferentes que no estuvieran de acuerdo con sus decisiones. O supondría que la AP no resuelve de forma imparcial, sino que sus decisiones tienden reiterar la decisión tomada previamente sin dejar posibilidades reales para la revisión. Sin embargo, no existe un estudio estadístico que respalde alguna de las observaciones anteriores, por lo

cual puede afirmarse que no queda clara la verdadera necesidad de otra instancia diferente a la AP para resolver los mecanismos impugnativos.

Justamente, ese tipo de cambios o reformas que implican la erogación de fondos para la implementación de nueva normativa requieren que se lleven a cabo estudios serios para establecer la necesidad de mejoras regulatorias y la formulación de soluciones para ello. Precisamente, para la sustitución de la LACAP por la LCP y el desarrollo de su nueva institucionalidad, no se han dado aquellos pasos previos que habrían permitido definir de mejor manera el diseño a implementar.

Llama la atención como la nueva Ley de Compras Públicas, ni ninguna de las leyes especiales, contó con la opinión de la Superintendencia de Competencia para su aprobación y a más de 1 año de vigencia no hay ningún análisis de las referidas regulaciones, especialmente cuando la limitación de oferentes en algunos mecanismos como la contratación directa, la selección de fuente única y la baja cuantía, afectan la competencia.

Implementación sin planificación

Otro aspecto relevante es la necesidad de que los implementadores o aplicadores de la nueva normativa la conozcan para que su desarrollo sea más eficiente. Lo conveniente habría sido que se permitiera una etapa previa suficiente para dar a conocer los contenidos de la nueva regulación y otorgar periodos de tiempo razonables para capacitar al personal de cada institución que tendría que aplicar la LCP. Sin embargo los tiempos de implementación fueron pocos a diferencia de lo ocurrido con la LACAP como puede advertirse en el siguiente cuadro.

Tabla 3. Comparativo de los plazos del proceso de formación de ley				
Regulación	Aprobación	Sanción	Publicación	Entrada en vigor
LACAP	5/04/2000	12/04/2000	15/05/2000	45 días después de su publicación
LCP	25/01/2023	8/02/2023	2/03/2023	8 días después de su publicación

Fuente: elaboración propia

Es preciso recordar que además del personal de las UCP de cada institución, las unidades solicitantes también aplican la nueva normativa, así como los que serán administradores de contratos, entre otros. También, es importante agregar que, de manera paralela a la preparación o formación sobre la nueva ley, se podrían haber generado capacidades en temas relacionados con la probidad y la transparencia en el ejercicio de la función pública y de forma específica en la gestión del gasto público, conforme a los principios y valores que deben fundamentar las compras públicas.

Asimismo, se advierte la ausencia de capacitaciones a servidores públicos involucrados en el ciclo de compras con la obligación de notificar a la Superintendencia de Competencia ante las posibles prácticas anticompetitivas, según el art. 16 LSP, particularmente a los Oficiales de Cumplimiento, quienes hasta la fecha³⁷, a excepción de FOVIAL³⁸ no han sido capacitados, según se pudo verificar en las redes sociales de la SC y de consultas institucionales directas.

Ahora bien, al analizar la LCP, aunque normativamente posee mecanismos para la transparencia y la rendición de cuentas, existen más posibilidades de actuar con discrecionalidad por parte de los operadores de la ley. Así por ejemplo, hay reglas poco claras para establecer el uso de los procedimientos selectivos o el caso del establecimiento de los inexistentes límites en los montos para el procedimiento de baja cuantía. Esto podría tener efectos negativos respecto de la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción en las compras públicas. De allí que resulte necesario que los aplicadores conozcan la regulación y sean sensibilizados respecto de la importancia de la publicidad de la información como parte de la transparencia, que a su vez permita la rendición de cuentas de las instituciones.

Otro elemento importante de la LCP es que sufrió sus primeras reformas a pocos días (15) de haber entrado en vigor, tanto para ampliar los sujetos de la ley como para

³⁷ El cierre del presente informe se realizó el 7 de junio de 2024.

³⁸ <https://x.com/scompetencia/status/1762533171017535507?s=48>

autorizar la participación en la contratación de instituciones públicas en su condición de accionistas, lo que puede advertirse en el Cuadro 4.

Cuadro 4. Comparativo de periodo de primeras reformas a las leyes principales sobre compras públicas		
Regulación	Primera reforma	Contenido
LACAP	21/08/2000	Difiere la entrada en vigor para las municipalidades hasta el 1 de enero de 2001
LCP	22/03/2023	Excluye de las restricciones en la contratación pública: <ul style="list-style-type: none"> - Al Estado si es accionista, - Si la participación accionaria de los sujetos limitados es el 0.05%. - A las personas jurídicas en las que la DOM sea accionista

Fuente: elaboración propia

Certificación antisoborno

En cuanto a la regulación de mecanismos para garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y evitar la corrupción, se destaca la inclusión de la figura del oficial de cumplimiento y la obligatoriedad de que algunas instituciones, según la LCP, obtengan la certificación antisoborno a través de la norma ISO 37001 en el término de tres años so pena de remoción del titular (art. 16 LCP). Sin embargo, las instituciones obligadas que quedaron a determinación del Reglamento terminaron siendo casi todas según su art. 10, siendo estas:

- “Las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres; y el Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión;
- b. Las entidades de carácter público o privado que comprometan fondos públicos de conformidad a lo establecido en la Constitución y leyes respectivas; y,

c. Las Municipalidades”

De ahí que el Oficial de Cumplimiento, que inicialmente era obligatorio solo para aquellas entidades que no requirieran la certificación (Art.16 LCP), según el Reglamento ahora están obligadas a contar la figura (Art. 11 RLCP).

Sobre el Oficial de Cumplimiento es procedente establecer que sus funciones son: verificar que los procesos del ciclo de las compras públicas estén libres de prácticas anticompetitivas, corrupción y sobornos; así como realizar el control del desarrollo de todos los procesos de compras llevados a cabo mediante licitación competitiva, contrataciones directas y consultorías por selección de fuente única y un muestreo de las modalidades especiales; y, sobre todo, desplegar su rol de denuncia informando sobre los resultados de las revisiones de procesos de compras a la máxima autoridad de la institución, reportar a la DINAC de anomalías y denunciar ante las autoridades competentes en caso detecte cualquier acto de soborno o práctica anticompetitivas.

Ahora bien, el buen desempeño de esta figura solo será posible en la medida que el oficial pueda actuar con independencia y con las garantías necesarias para desarrollar su trabajo de control. En caso contrario, será únicamente una figura utilizada para reportar en los informes de país.

Finalmente, es relevante que se regule de una forma complementaria la figura del auditor, tanto interno (contralor, art. 27 LCP) como externo. Esto es necesario debido a que el art. 13 RLCP consigna la posibilidad de que una misma persona posea el nombramiento de oficial de cumplimiento y al mismo tiempo de contralor. Esta posibilidad iría en detrimento del desempeño de las funciones de ambos cargos y ello tendría consecuencias negativas en cuanto al funcionamiento de esos mecanismos de control previstos por la normativa.

Cambios relevantes en la gestión administrativa

Otras disposiciones de la LCP que marcan una diferencia relevante en la gestión de los recursos públicos son:

- No se requiere tener una disponibilidad presupuestaria previa al inicio del proceso de contratación³⁹ sino hasta la firma del contrato⁴⁰. Esto se puede convertir en una práctica nociva para la AP, dado que se estaría obligando antes de verificar sobre los recursos disponibles.
- Se elimina la obligación establecida en la LACAP⁴¹ de adquirir o contratar en un 25% de las micro y pequeñas empresas nacionales y se sustituye por una recomendación o procura⁴², reduciendo las posibilidades de que las MYPES accedan a la contratación pública. Esto tiene un impacto en cuanto a la competitividad que podría verse afectada.
- Además, se suprimió la garantía que incorporaba⁴³ en la LACAP⁴⁴ de asegurar que al menos un 10% del presupuesto para las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios sea adquirido o contratado a las MIPYMES en las que su propietaria, mayoría accionaria o representante legal sea una mujer, quedando regulado como una intención sin consecuencias ante su inobservancia⁴⁵.

³⁹ Art. 10 letra e) LACAP. La UACI estará a cargo de un Jefe, el cual será nombrado por el titular de la institución; quien deberá reunir los mismos requisitos exigidos en el artículo 8 de la presente Ley, y sus atribuciones serán las siguientes: e) Verificar la asignación presupuestaria, previo a la iniciación de todo proceso adquisitivo;

⁴⁰ Art. 20 letra e) LCP. La UCP llevará a cabo la gestión de las compras con base a las solicitudes de obras, bienes, servicios y consultorías que remitan las unidades solicitantes. Las atribuciones del Jefe de la UCP serán las siguientes: e) Verificar la estimación financiera, o disponibilidad presupuestaria para el ejercicio vigente, previo a la contratación de todo proceso de compra o a la autorización de modificaciones por incremento.

⁴¹ Art. 39 -C. LACAP- En las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios con las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, las entidades de la administración pública y municipalidades deberán: b) adquirir o contratar a las micro y pequeñas empresas nacionales al menos lo correspondiente a un 25% del presupuesto anual destinado para adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, siempre que éstas garanticen la calidad de los mismos.

⁴² Art. 32 b) LCP.- En las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios con las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, las entidades de la administración pública y municipalidades deberán: b) Procurar adquirir o contratar a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales al menos lo correspondiente a un 25% acorde a su tipo de presupuesto anual, destinado para adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, siempre que éstas garanticen la calidad de los mismos.

⁴³ Decreto Legislativo No. 240, de 14 de febrero de 2019 publicado en el Diario Oficial No. 44, Tomo 422 de 5 de marzo de 2019.

⁴⁴ Art. 39 C letra d) LACAP. Garantizar que al menos un 10% del presupuesto destinado para las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios sea adquirido o contratado a las micro, pequeña y mediana empresa que su propietaria, mayoría accionaria o su representación legal sea de mujeres.

⁴⁵ Art 32 d) LCP. Art. 32.- En las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios con las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, las entidades de la administración pública y municipalidades deberán: d) Procurar que al menos un 10% del presupuesto destinado para las adquisiciones y contrataciones de bienes y

- Se exime de la obligación de inscribirse en el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPES) a los proveedores en emergencias, urgencias o bajas cuantía, restándole transparencia al sistema electrónico, particularmente en este último caso en el que no hay límites establecidos. Esto implica que en la aplicación de las normativas excepcionales no será posible la verificación de los proveedores y de sus beneficiarios finales, lo que sirve para evitar prácticas de corrupción.
- En el art. 100 último inciso, se le permite a la DINAC suspender procesos de contratación e incluso puede ordenar la revocatoria de haberse emitido el acto administrativo de la adjudicación, previa a su notificación. Ya se había mencionado anteriormente que la DINAC tiene facultades que le otorgan un gran poder y que podrían no ser esquemas de funcionamiento correctos, considerando que en casos como el descrito parece más una intromisión en un proceso de compra más que una instancia de control del este.
- Se amplía el monto del anticipo del 30% en la LACAP hasta del 50%⁴⁶, monto considerablemente alto si se tiene en cuenta que para la contratación se requiere una evaluación financiera que sustenta la capacidad económica de las empresas. Y es que la posibilidad de que se entregue el 50% como anticipo parece más un pago parcial que un anticipo, por lo que este caso podría ser utilizado como un mecanismo legal para encubrir la verdadera capacidad financiera del proveedor e implicaría un posible fraude en los documentos correspondientes.
- Se elimina el requerimiento de garantías de mantenimiento de obra y se establece la posibilidad de que no se requiera en todos los procesos una garantía contractual de acuerdo con lo que establece el art. 20 letra k) LCP.

Normas especiales o excepcionales injustificadas y dispersión normativa

servicios sea adquirido o contratado a las micro, pequeña y mediana empresa que su propietaria, mayoría accionaria o su representación legal sea de mujeres.

⁴⁶ Art. 112 LCP

Además de la Ley de Compras Públicas, que es la normativa de aplicación general para todas las instituciones de la Administración Pública, es relevante referirse a las demás regulaciones que coexisten actualmente y que han sido emitidas con anterioridad a la primera. Estas regulaciones se apartan de la regla general, por haber sido creadas con carácter especial. Sin embargo, expertos entrevistados indican que en la mayoría de los casos no habría justificación para esa producción de normas especiales. Y es que para que se justifique la creación de una regulación especial, su objeto no debe ser igual o similar al de la norma general. En otras palabras, el objeto no puede ser de obras, bienes y servicios que sean permanentes o repetitivos en el tiempo, puesto que de ser así no habría una justificación técnica.

De allí que se considere que las regulaciones especiales van en contra del principio de centralización normativa que reglamenta la misma LCP y se observa un retroceso en cuanto al sistema que se pretende consolidar, que se parece más al que se tenía en la etapa previa a la creación de la LACAP. Con la entrada en vigencia de la LCP se debieron derogar aquellas legislaciones especiales que seguían funcionando, dado que los fenómenos que las originaron y sus consecuencias habían desaparecido. Además, esta dispersión normativa rompe con los principios de igualdad y de libre competencia en las compras públicas, al establecer estándares diferenciados para casos que resultan emblemáticos, como es el caso de los denominados proyectos estratégicos.

Desregulación y falta de controles

Aunado a la dispersión normativa que provoca una evasión de los estándares que requieren las compras públicas, la misma LCP excluye de su regulación y de su control esos denominados proyectos estratégicos⁴⁷ y le otorga al Consejo de Ministros la facultad de definir cuáles serán considerados como tales, una potestad que no posee

⁴⁷<https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/asamblea-lacap-ley-de-adquisiciones-y-contrataciones-la-administracion-publica-corrupcion-investigacion-gobierno-bukele-nayib-/1035993/2023/>

constitucionalmente. Ese nivel de discrecionalidad es riesgoso para garantizar un control sobre el gasto público y procurar que la AP rinda cuentas de cómo lo gestiona.

Los rubros en los que se han utilizado reglas que están fuera de la regulación ordinaria de las compras públicas representan erogaciones importantes de dinero público que resulta exento de controles⁴⁸. Ese es el caso de las compras de insumos médicos que se realizaron durante la época de la pandemia por COVID-19 y que fueron documentados por investigaciones periodísticas⁴⁹ o la utilización del FOPROMID⁵⁰ en el marco de la pandemia por medio del cual se utilizaron miles de millones de dólares de fondos públicos sin garantías de transparencia o rendición de cuentas que permitiera establecer que no hubo corrupción en su manejo. De igual forma, los gastos para la seguridad pública han tenido un tratamiento diferenciado⁵¹, fundamentándose en el régimen de excepción que aún continúa vigente y en los proyectos asociados, tal es el caso de la construcción del CECOT⁵². Asimismo hay otros casos de proyectos estratégicos que han sido tramitados con reglas *ad-hoc*, como la adecuación de las instalaciones de la UES para los Juegos Centroamericanos y el Caribe que se celebraron en 2024⁵³, entre otros casos⁵⁴⁵⁵.

Finalmente, se advierte una privatización de la actividad pública, mediante la facultad que se otorga a ciertas instituciones públicas de crear sociedades o formar parte de estas. Con esta posibilidad, esas empresas o sociedades creadas o de las que forme parte el Gobierno salen del espectro de aplicación del Derecho Administrativo y por ende del

⁴⁸<https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Encuentran-anomalias-en-manejo-de-fondos-para-emergencia-covid-19-20210202-0041.html>

⁴⁹[https://www.elfaro.net/es/202011/el_salvador/24977/Presiones-y-documentos-alterados-en-Salud-para-pagar-\\$126-millones-a-una-empresa-de-autopartes.htm](https://www.elfaro.net/es/202011/el_salvador/24977/Presiones-y-documentos-alterados-en-Salud-para-pagar-$126-millones-a-una-empresa-de-autopartes.htm)

⁵⁰ <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/proteccion-civil-lluvias-torrencales-emergencias-decreto-de-emergencia-transparencia-gastos-publicos/1150552/2024/> y <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Gobierno-salvadoreno-uso-1378.2-millones-en-FOPROMID-desde-el-2020-20240614-0066.html>

⁵¹<https://gatoencerrado.news/2022/04/25/asamblea-autoriza-compras-sin-controles-y-con-exencion-de-impuestos-en-regimen-de-excepcion/>

⁵²<https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/gobierno-oculta-costos-y-contratos-de-construccion-megapenal-tecoluca/1038100/2023/>

⁵³<https://www.revistafactum.com/omni-remodela-la-ues/>

⁵⁴<https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/asamblea-aprueba-exoneracion-de-impuestos-por-obras-relacionadas-a-turismo/1102041/2023/>

⁵⁵<https://www.revistafactum.com/los-otros-ganadores-de-miss-universo/>

control que se puede ejercer en ese ámbito jurídico. Esta fórmula que existía en normativas como la de CEL⁵⁶ se normaliza con la nueva LCP⁵⁷.

4. Conclusiones y recomendaciones

4.1. Conclusiones

Durante el quinquenio 2019-2024, el régimen de compras públicas en El Salvador ha sufrido cambios que han sido explicados y analizados en el presente documento y respecto de los cuales se exponen las siguientes conclusiones.

El sistema de compras públicas en El Salvador tiene una base constitucional sólida y con la LACAP el régimen jurídico evolucionó significativamente para desarrollar un sistema más moderno, más homogéneo y ágil, al mismo tiempo que para promover la transparencia, la competencia y la eficiencia en el uso de fondos públicos. Sin embargo, la LACAP no era una normativa infalible por lo que debía ser evaluada para impulsar aquellos cambios que fueran necesarios para el contexto actual.

Posteriormente, la pandemia por COVID-19 y la implementación del Régimen de Excepción fueron situaciones que permitieron al gobierno, en coordinación con la Asamblea Legislativa 2021-2024, aprobar regulaciones especiales cuya justificación inicial era la necesidad de adquirir bienes y contratar servicios de forma rápida para afrontar los efectos de la pandemia y para lograr un efectivo combate contra las pandillas en el caso de la seguridad pública. No obstante lo anterior, es posible concluir que se pudo utilizar la misma LACAP con las reglas que ya incorporaba para casos tan excepcionales como los ocurridos, en lugar de descentralizar la normativa.

Luego, la introducción de la LCP implicó la modificación de ciertas reglas relacionadas con: nuevos métodos y procedimientos especiales de adquisiciones y contrataciones, nuevos principios además de los existentes, la creación de un nuevo ente rector (DINAC) y avance en la incorporación de la tecnología a las compras públicas con el

⁵⁶https://elfaro.net/es/202109/el_salvador/25707/Chivo-es-una-empresa-privada-financiada-con-fondos-p%C3%BAblicos.htm

⁵⁷<https://focostv.com/gobierno-oculta-por-mas-de-un-ano-informacion-sobre-constructora-el-salvador/>

expediente digital. Aparte de esos cambios, los demás aspectos de la LCP son muy similares a los que ya contemplaba la LACAP, aunque en algunos casos cambia la denominación.

Además, la LCP no derogó las normativas especiales que fueron creadas con anterioridad a esta nueva normativa de carácter general, a pesar de que la idea de la LCP es simplificar y agilizar los procedimientos para las compras públicas. Inclusive, la LCP deja abierta la posibilidad para que ese tipo de regulaciones excepcionales proliferen, puesto que permite su reglamentación como es el caso de los proyectos estratégicos. Esto genera una descentralización de la normativa y, en consecuencia, una heterogeneidad que provoca confusiones y un menoscabo en las posibilidades de control de la gestión del gasto público por parte de la AP.

Queda claro que la aprobación e implementación de la LCP no tuvo a su base un análisis serio para establecer cuáles eran los aspectos o componentes de la LACAP que requerían una modificación, renovación o ajuste. Tampoco se valoró la necesidad de preparar a los encargados en cada una de las instituciones en el conocimiento de la nueva normativa, a fin de que tuvieran las herramientas suficientes para aplicar las nuevas reglas con destreza y sin la necesidad de que el ente rector, DINAC, recurriera a la producción excesiva de lineamientos para atenuar el desconocimiento de los usuarios sobre la ley.

Asimismo, las regulaciones especiales otorgan a ciertas instituciones facultades con amplia discrecionalidad, incluyendo la capacidad para crear entidades asociativas público-privadas y crear o ser parte de sociedades privadas para la ejecución de proyectos. Esta clase de potestades van en desmedro de la capacidad de fiscalización de la actividad de las instituciones públicas, al implicar una evasión de la sujeción al Derecho Administrativo y una privatización de las compras públicas y del gasto público.

En cuanto a la regulación de mecanismos para garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y evitar la corrupción, resulta importante destacar la inclusión de la figura del oficial de cumplimiento y la obligatoriedad, finalmente para todas las instituciones (arts. 16 LCP y 11 RLCP), de obtener la certificación de la norma ISO 37001 que otorga un estándar de sistema de gestión antisoborno, que ayuda a la prevención,

identificación y el manejo de casos de soborno dentro de las instituciones y sobre todo en el marco de las compras públicas. Sin embargo, es preciso que se verifique la obtención por parte de las instituciones en el término de tres años, a fin de que se aplique en caso sea necesario la pena de remoción del titular (art. 16 LCP).

Por otra parte, a pesar de que se mantiene el sistema COMPRASAL como la plataforma para operativizar las compras públicas de toda la AP, este ya no tiene las mismas funcionalidades que antes: no permite que cualquier ciudadano pueda visualizar toda la información pública que se sube en la plataforma, ni siquiera los usuarios (proveedores u oferentes e instituciones públicas) pueden ver otros procesos, lo que atenta con la Rendición de Cuentas en la contratación pública. Finalmente, las regulaciones especiales no establecen reglas claras que refuercen la transparencia y rendición de cuentas, sino que por lo general son ambiguas. Todo esto puede plantear desafíos en términos de accesibilidad a la información para el público en general.

En resumen, en términos generales, se advierte un retroceso en la evolución del marco regulatorio de las compras públicas en El Salvador, tanto en cuanto a los aspectos técnicos del mismo como respecto de la accesibilidad a la información para el público en general. Estas circunstancias plantean desafíos para los actores del sistema (sus usuarios: oferentes, proveedores e instituciones públicas) con relación a la aplicación de la normativa en cuestión, como para las personas en general en consideración a las posibilidades de exigir rendición de cuentas y una gestión íntegra por parte de la AP. De hecho, hay ejemplos documentados que confirman esa preocupación.

Estas conclusiones destacan los retos significativos que enfrenta la aplicación de la LCP y demás regulaciones de compras públicas en El Salvador y subrayan la necesidad de evaluar reformas adicionales para llenar los vacíos existentes, eliminar las zonas de discrecionalidad, aclarar los aspectos ambiguos, fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas, eliminar la posibilidad de evadir la sujeción al Derecho Administrativo y los controles derivados de ello, así como asegurar una gestión pública más ética y responsable en las adquisiciones y contrataciones del sector público.

4.2. Recomendaciones

A partir del análisis efectuado y de las conclusiones extraídas, a continuación se enumeran una serie de recomendaciones que podrían contribuir a mejorar el régimen de las compras públicas en El Salvador:

1. Eliminar las disposiciones especiales que exigen la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas (LCP) bajo la justificación de que se trata de proyectos estratégicos. La LCP contempla mecanismos especiales suficientes para asegurar la eficacia en las compras públicas. Asimismo, suprimir la facultad del Consejo de Ministros para clasificar los proyectos como estratégicos, ya que dicha facultad es totalmente discrecional y otorga al órgano gubernamental un poder sin límites claros.
2. Con el fin de asegurar que todas las entidades gubernamentales cumplan con sus obligaciones bajo la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), especialmente en lo que respecta a la publicación y divulgación de la información oficiosa (art. 10 LAIP), es necesario regular de manera explícita esta obligación y establecer mecanismos para la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento. Aunque esto pueda parecer redundante, el objetivo es disuadir a los responsables en cada institución de omitir la divulgación de la información oficiosa relacionada con las compras públicas.
3. Habilitar el acceso al Sistema Electrónico de Compras Públicas COMPRASAL a cualquier persona interesada, independientemente de que no sea un usuario registrado del sistema ni una institución o proveedor. Esto permitiría la consulta y búsqueda de información sin restricciones, con el objetivo de garantizar la transparencia en las compras públicas y la participación ciudadana.
4. Establecer como parte de la auditoría interna o de la función de cumplimiento antisoborno la necesidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y publicidad en el uso de los fondos públicos.

5. Desarrollar un nuevo Reglamento de la LCP que consolide todos los lineamientos emitidos hasta la fecha por la DINAC, que son el resultado de la falta de conocimiento por parte de los aplicadores de la ley y de ampliación y mejor explicación de conceptos y procedimientos de la LCP.
6. Capacitar al personal de las instituciones públicas y promover el conocimiento de la normativa de compras públicas, incluyendo la de competencia, para lograr una aplicación óptima de las reglas y permitir que los usuarios del sistema puedan utilizar los mecanismos existentes para hacer valer sus derechos dentro de los procedimientos.
7. Eliminar las reglas existentes que permiten a ciertas instituciones constituir o formar parte de empresas o sociedades privadas, puesto que ello implica obstáculos para la fiscalización del uso de los fondos públicos.
8. Instar a la Corte de Cuentas de la República a realizar las auditorías que sean necesarias sobre el uso de los fondos públicos.

En conclusión, estas recomendaciones subrayan la complejidad y los desafíos significativos que enfrenta la normativa de compras públicas en El Salvador, así como la necesidad de reformas adicionales para fortalecer la transparencia, mejorar la claridad normativa y asegurar una gestión pública más eficiente y ética en la administración de los recursos públicos.

5. Bibliografía

Asamblea Legislativa. (1983). Constitución de la República. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2000). Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2021). Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Disposiciones para el "Programa de rehabilitación y reparación de obras afectadas por la tormenta tropical Julia en municipios priorizados a nivel nacional". San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Disposiciones transitorias a la Ley de creación del comité organizador de los XXIV Juegos Centroamericanos y del Caribe 2023 a realizarse en la ciudad de San Salvador. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Ley del régimen especial para la simplificación de trámites y actos administrativos relativos al Tren del Pacífico. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Ley Especial para la Construcción de Centros Penitenciarios. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Ley Especial para la contratación de obra pública con financiamiento incluido. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Ley para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional del Pacífico. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2022). Régimen especial transitorio para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado en el marco de la declaratoria del Régimen de Excepción. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Legislativa. (2023). Ley de Compras Públicas. San Salvador, El Salvador.

FUSADES, Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. (2020). *El manejo del FOPROMID ante la pandemia del COVID-19 es contrario al orden jurídico y carece de transparencia*. San Salvador: FUSADES.

FUSADES, Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. (2020). *Reformas al Reglamento de la LACAP son inconstitucionales y un retroceso a la transparencia*. San Salvador: FUSADES.

FUSADES, Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. (2020). *Todas las compras públicas durante la emergencia requieren transparencia y rendición de cuentas*. San Salvador: FUSADES.

ICEFI, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales. (2017). *La corrupción: sus caminos e impactos en la sociedad y una agenda para enfrentarla en el Triángulo Norte Centroamericano*. San Salvador: ICEFI.

Instituto de Ciencia Tecnología e Innovación, UFG. (2021). *Compendio de investigaciones especializadas en materia de transparencia y anticorrupción*. San Salvador: ICTI.

Oliva de la Cotera, R. (2024). *Comentarios a la Ley de Compras Públicas y su Reglamento*. San Salvador: Lex Innovation.

Superintendencia de Competencia. (2022). *Manual para elaborar procesos de contratación bajo principio de competencia*. San Salvador: Superintendencia de Competencia.

Superintendencia de Competencia de El Salvador. (2021). *Competencia y Compras Públicas*. San Salvador: Superintendencia de Competencia.

funde
FUNDACIÓN NACIONAL
PARA EL DESARROLLO

PECES
PROYECTO DE EMPODERAMIENTO
CIUDADANO EN EL SALVADOR