

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**“LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS
REALIZADAS POR EL INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL”**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

CASTANEDA, CLAUDIA ROXANA
ESCOBAR MOLINA, MAYRA EDINORA

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ

SAN SALVADOR, CIUDAD UNIVERSITARIA, AGOSTO DE 2007

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LIC. BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ

AGRADECIMIENTOS

Muy especialmente agradezco la culminación de esta meta:

A Dios Todopoderoso, quien me ha permitido llegar hasta esta etapa de mi vida y culminar un propósito tan ansiado.

A Tania y Karlita, mis dos pequeños tesoros, motivos de mi esfuerzo y superación.

A mi madre Dora Hilda Castaneda Rodríguez por su apoyo moral incondicional en el transcurso de mis estudios.

A mi esposo Elmer Alexander Orellana Ramírez por la paciencia demostrada en el transcurso de mi carrera y el apoyo brindado.

CLAUDIA ROXANA CASTANEDA DE ORELLANA

AGRADECIMIENTOS

A mi Padre Celestial, omnisciente, omnipotente, por darme la fortaleza y sabiduría para alcanzar esta meta.

A mi madre María Olivia Molina de Escobar, por su gran amor y sabios consejos que me iluminaron para alcanzar mis objetivos; por apoyarme en mis decisiones y siempre tenderme su mano.

A Fernando José, mi amado hijo quien ha sido mi mayor inspiración para continuar, por comprenderme y entenderme en todo momento, a pesar de sacrificar su tiempo, mis más infinitas gracias.

Al Licenciado Jesús Ernesto Peña Martínez, por brindarnos su apoyo y conocimientos para la realización del presente trabajo de graduación.

MAYRA EDINORA ESCOBAR MOLINA

INDICE

	PAG.
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I	
MANIFESTACION DE LA SEGURIDAD JURIDICA EN LAS LICITACIONES PUBLICAS	
1.1. Planteamiento del Problema.....	1
1.2. Situación Problemática.....	4
1.3. Alcances de la Investigación	
1.3.1. Alcance Conceptual.....	9
1.3.2. Alcance Espacial.....	11
1.3.3. Alcance Temporal.....	11
1.4. Objetivos de la Investigación.....	12
CAPITULO II	
INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA DE LAS LICITACIONES PUBLICAS	
2.1. Marco Histórico de las Licitaciones Públicas	
2.1.1. Antecedentes Generales.....	14
2.1.2. Antecedentes Jurídicos Nacionales.....	19
2.1.3. Antecedentes en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.....	26
2.2. Concepto de Licitación Pública y Seguridad Jurídica.....	31
2.2.1. Licitación Pública.....	31
2.2.2. Seguridad Jurídica.....	32
2.3. Naturaleza Jurídica de la Licitación Pública	
2.4. Principios que rigen la Licitación Pública.....	37
2.4.1. Principios Generales del Procedimiento Administrativo aplicable a la Licitación Pública.....	37
2.4.2. Principios Específicos de la Licitación Pública.....	40
2.5. Procedimiento de Licitación Pública.....	42
2.6. Marco Jurídico que regula las Licitaciones Públicas en El Salvador	
2.6.1. Normativa Constitucional.....	49
2.6.2. Normativa Internacional.....	50
2.6.3. Legislación Secundaria	
2.6.3.1. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.....	51
2.6.3.2. Ley del Seguro Social.....	53
2.6.3.3. Ley de la Corte de Cuentas de la República.....	55
2.6.3.4. Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.....	55
2.6.4. Normativa Reglamentaria	

2.6.4.1. Reglamento de la Corte de Cuentas de la República.....	56
2.6.4.2. Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.....	57
2.6.5. Instructivos.....	59
2.6.6. Jurisprudencia.....	60

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

3.1. Presentación de Hipótesis.....	64
3.1.1. Formulación y Explicación de la Hipótesis de Trabajo.....	64
3.1.2. Extremos de Prueba.....	66
3.1.3. Fundamento de la Hipótesis de Trabajo.....	67
3.1.4. Contextualización de la Hipótesis de Trabajo.....	67
3.2. Operativización de Hipótesis.....	
3.2.1. Variables e Indicadores.....	68
3.2.2. Preguntas derivadas.....	69
3.2.3. Técnicas de verificación.....	71

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

4.1. Presentación de Resultados.....	72
4.2. Interpretación de Resultados.....	90
4.2.1. Interpretación de Resultados en relación a la Hipótesis.....	92
4.2.2. Interpretación de Resultados en relación a los Objetivos.....	96

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones.....	98
5.2. Recomendaciones.....	100
Bibliografía.....	102
Anexos.....	107

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado “La Seguridad Jurídica en las Licitaciones Públicas realizadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social”, versa sobre la problemática enfocada en las irregularidades que han presentado los procedimientos de licitación pública en dicha Institución, siendo éstas atentatorias a la seguridad jurídica que el Estado está obligado a proveer a sus habitantes al aplicar inadecuadamente la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

En el Capítulo I como una breve introducción al tema investigado, se explica como se ha manifestado la seguridad jurídica en las licitaciones públicas que dicha Institución ha celebrado, planteándose el problema en forma general y específica desde una perspectiva coyuntural, histórica y jurídica. En dicho apartado se estipulan los alcances de la investigación a nivel conceptual, espacial y temporal en el que se definen los conceptos básicos relacionados a la situación problemática, delimitándose el espacio y tiempo en que se realizó la investigación. Así también a través de los objetivos generales y específicos planteados se busca darle una respuesta al problema.

En el Capítulo II se desarrolla el marco histórico de la licitación pública, a nivel general, explicando de manera somera cómo surge esta institución en otros países y en El Salvador, finalizando con los antecedentes de la entidad en estudio. Seguidamente se presenta el marco doctrinario con las diversas teorías sobre la licitación pública, describiendo en forma detallada el procedimiento de ésta, culminando con el marco jurídico internacional y nacional que la regula.

En el Capítulo III se presenta la metodología de investigación en el que se formula y explica la hipótesis de trabajo, su fundamentación y contextualización, lo que permite la operativización de ésta, a través de las variables dependientes e independientes y se exponen las técnicas de verificación.

En el Capítulo IV se da a conocer el informe del trabajo de investigación con el respectivo análisis de resultados obtenidos con las encuestas efectuadas a las empresas participantes en los procedimientos licitatorios que celebra la Institución investigada

El Capítulo V contiene las conclusiones y recomendaciones del tema desarrollado, lo que constituye la finalización de la investigación después de haber analizado los resultados, presentando nuestras propias conclusiones y recomendaciones esperando con ello ayudar a minimizar el problema planteado o sentar las bases para que se realicen otras investigaciones.

CAPITULO I

MANIFESTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los procedimientos de licitación pública, desde épocas anteriores y con el devenir del tiempo, han generado cuestionamientos en la administración pública, en cuanto a la aplicación de las leyes promulgadas para tal efecto, en virtud de manifestarse una corrupción desmesurada que infiere en el cumplimiento de los fines del Estado y su ordenamiento jurídico, al evidenciarse la malversación de los fondos de éste.

Un aspecto muy determinante, en estos procedimientos, es la discrecionalidad que las leyes especiales creadas para la regulación del procedimiento (derogadas y ley vigente), le confieren al funcionario público en la adjudicación del contrato a la mejor oferta, que en teoría supone que ha seguido un procedimiento transparente para todos los participantes en la licitación.

Es de advertir que aunado a la discrecionalidad, han coexistido una serie de factores que inciden para que no se le dé estricto cumplimiento a la ley, es decir en el proceso de selección se manifiesta la falta de equidad para los participantes que presentan la oferta, generando inseguridad para los oferentes en dicho procedimiento, al carecer en muchos casos de la información necesaria de las bases de licitación; por no existir unificación de criterios de

selección de ofertas, lo cual permite que la valoración sea subjetiva y no objetiva, pues en la mayoría de casos se adjudica a la misma empresa una serie de licitaciones, lo que no permite un trato igualitario para los ofertantes.

Es innegable que la actuación de la Administración Pública, al no darle cumplimiento al procedimiento en la forma legalmente establecida, y con la potestad discrecional conferida a los funcionarios autorizados para tal efecto, es atentatoria a la seguridad jurídica que el Estado está obligado a procurar a sus habitantes, en lo que se refiere a los actos administrativos que la Administración Pública ejecuta.

Con ello puede creerse, o dar la impresión que el ordenamiento jurídico que rige al Estado, en materia de licitaciones públicas no cumple con el principio fundamental de garantizar la seguridad jurídica para los ofertantes en dichos procesos, al no cumplir con los lineamientos y normas establecidas, lo que supone violación a ese principio fundamental y básico del ejercicio de su poder, ya que se considera que la Administración Pública, actúa con objetividad sirviendo a los intereses generales de acuerdo a principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley.

En El Salvador la Administración Pública se ha caracterizado por la violación a un principio fundamental como es la seguridad jurídica, especialmente en materia de contrataciones públicas, problema que durante años ha persistido, inclusive desde que eran reguladas con la Ley de Suministros, ya derogada por la vigencia de la actual Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

Uno de los problemas que las empresas participantes enfrentan según publicación de la revista ECA “es que para prestar servicios al gobierno es necesario incurrir en prácticas contrarias a la libre competencia e incluso violar la ley, considerando estas infracciones como parte de su actividad, de tal forma que las ilegalidades no son motivo de inquietud entre éstas”.¹

Asimismo dicha publicación hace referencia que: “En la mayoría de licitaciones públicas los empresarios casi nunca o algunas veces tienen claridad sobre las reglas para licitar, debido a que el funcionario goza de gran discrecionalidad para favorecer o entorpecer una gestión o actividad empresarial, lo que deja al empresario o licitante en la incertidumbre, en virtud que los funcionarios modifican a su antojo los términos técnicos y jurídicos de las licitaciones así como también alteran los contratos ya firmados para favorecer a determinada persona o empresa”.²

Esta forma de aplicar la ley en los procedimientos licitatorios se debe a la aplicación inadecuada o inestabilidad del ordenamiento jurídico, lo que produce un irrespeto a principios enunciados en la Constitución de la República³ como es la seguridad jurídica e igualdad dentro de los procesos licitatorios.

Por otra parte la falta de mecanismos de supervisión inmediatos que debe realizar la Corte de Cuentas de la República, como ente contralor, propicia que concurren en el procedimiento administrativo irregularidades en virtud que

¹ La Corrupción Desenmascara el Mito del Mercado Libre, Revista ECA, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA, ed. 678, abril/2005.

² Idem.

³ Art. 1, Constitución de la República de El Salvador, D.L. No. 3838, de fecha 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, T. 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

realiza auditorias a posteriori y en la mayoría de casos no son detectados a tiempo.

1.2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Ha sido de interés primordial estudiar los procesos licitatorios que se realizan en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, I.S.S.S., en virtud de ser una de las instituciones que refleja irregularidades en las licitaciones públicas que realiza, puesto que en el transcurso de los años han sido numerosos los casos que a la luz pública se han dado a conocer y que ha sido objeto de señalamientos por el ente contralor, lo que ha generado descontento en diversos sectores, por ejemplo, el ocurrido en 2000, en el cual la empresa Oncoservice ganó millonarias licitaciones que persistieron hasta 2002, por un monto de \$1,272,462 y de la referida sociedad eran propietarios médicos oncólogos que usaron testaferros, por medio de familiares y prestanombres para registrar la sociedad y así poder participar en las licitaciones celebradas en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social”.⁴

Como este caso han existido otros en los que también se presentaron irregularidades: “En 2003 se adjudicó a la sociedad Serme, una licitación de servicios oftalmológicos por la suma de \$634,840.00 sociedad de la que formaba parte como accionista y secretario de la Junta Directiva, el antes Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, Doctor José López Beltrán”⁵.

⁴ www.laprensagrafica.com,sv., fecha 25 de abril de 2006.

⁵ www.rebellion.org, realidad latinoamericana y caribeña, Boletín, Incidencia y Compromiso, Alcides Ernesto Herrera, 23 de febrero de 2003.

Es evidente que en los anteriores casos se ha violentado el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP, que establece los impedimentos para ofertar, siendo una prohibición la participación en las licitaciones públicas de empleados de la institución así como de funcionarios con cargos directivos; ya que la referida disposición expresamente establece, en su literal “b” que no podrán participar como ofertantes: “Los funcionarios y empleados públicos y municipales en su misma institución, cuando en ellos concorra la calidad de propietarios, socios, o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del ofertante o de las obras, bienes o servicios. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos...”

Por otra parte “En 2004 se inició el proyecto de obras para infraestructura de dicho instituto por la suma de \$70, 000,000.0 habiendo presentado anomalías en el proceso licitatorio, al adjudicar tres licitaciones a la empresa Castaneda Ingenieros, S.A. de C.V., por la suma de \$30.7 millones, ya que generó un proceso ilegal al participar el propietario de la referida sociedad en la elaboración de las bases de licitación.⁶

Con lo anterior se han transgredidos disposiciones establecidas en el Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, tales como los artículos 17 y 39 del mismo, puesto que en el primero se establece que en la elaboración de bases, es el jefe de la Unidad de

⁶ www.elsalvador.com.sv , Denuncias bajo sospechas obras del I.S.S.S., fecha 21 de marzo de 2006.

Adquisiciones y Contrataciones Institucional, UACI, dependiendo del tipo de adquisición o contratación requerida por el solicitante, quien podrá integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de bases de licitación o concurso.

Además en el mismo artículo 17 antes citado, se estipula que el grupo podrá estar integrado por el solicitante de la obra, bien o servicio, el representante de la UACI y de ser necesario por expertos en el objeto del contrato y un asesor legal, no mencionando que para la elaboración de las bases puede haber participación directa de persona relacionada a empresa participante de determinado proceso de licitación y esto es así dada la confidencialidad de las bases establecidas en el artículo 39 de dicho reglamento, que instituye que las bases de licitación o concurso, una vez elaboradas y aprobadas por el titular, serán mantenidas bajo estricta confidencialidad hasta la fecha en que se haga del conocimiento de los interesados, a fin de salvaguardar la igualdad de condiciones en que deben participar los ofertantes. Tanto así que los aspirantes a participar en un proceso de licitación, para tener conocimiento sobre las bases del mismo, deben acudir a la correspondiente convocatoria para el retiro de éstas, tal como lo dispone el artículo 40 del reglamento expresado.

Por otra parte la LACAP contiene disposiciones en la que se establece que los participantes u ofertantes no pueden tener conocimiento de las bases de licitaciones hasta que no sea en el momento que la misma indica, y en igualdad de condiciones para todos, en el artículo 150 de dicha normativa se establece la prohibición de “solicitar o recibir algún bien o servicio a cambio de la entrega de las bases de licitación o concurso”. Asimismo en el artículo 155 literal “b” se hace referencia como causal de despido, “suministrar información a

algún ofertante que le represente ventaja sobre el resto de ofertantes o contratistas potenciales”.

Conforme lo anterior es claro que no debe haber conocimiento de las bases de licitación por parte de los aspirantes a participar en un procedimiento de licitación previo a la convocatoria para el retiro de las mismas, ya que esto supone ventaja sobre los demás ofertantes y constituye una anomalía que el propietario de empresa ofertante forme parte en la elaboración de las bases de la licitación, y aun más grave puede considerarse que se le haya adjudicado la misma.

Por otra parte cabe señalarse que durante la administración del I.S.S.S., bajo la Dirección General de Mariano Pinto, se hizo pública su renuncia el 25 de abril de 2006, en vista de presentarse anomalías en las contrataciones públicas, en el mes de marzo de ese mismo año, las cuales se dieron a conocer mediante una resolución del Consejo de Ministros, en la que se cuestiona la gestión de éste, y las decisiones del Consejo Directivo de la Institución, que se refería literalmente a un serio problema de administración y falta de planeación al interior del I.S.S.S.

La resolución relacionada agrega: “a petición de Mariano Pinto, se aprobó una declaratoria de urgencia para la adquisición, mediante contratación directa de medicamentos e insumos médicos por casi \$18.5 millones.”⁷

El Consejo de Ministros mediante la resolución citada expresó su inconformidad respecto a la manera en que el Consejo Directivo del I.S.S.S.

⁷ Idem, pág. 3.

presentó la documentación, y advirtió que “algunas de las motivaciones invocadas no constituyen necesariamente motivos suficientes para separarse de un proceso de licitación pública.

Otro caso más es el de la sociedad de Manejo Integral de Desechos Sólidos (MIDES), “la cual ganó la adjudicación para la recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos bioinfecciosos para el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, un contrato por la suma \$500,000.00 constando en el procedimiento que la información presentada por la sociedad en las bases de licitación era fraudulenta”.⁸

En los procesos mencionados se han violentado disposiciones legales de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y en otros, la información no ha sido verídica, problemas que se presentan dentro del procedimiento administrativo de la licitación pública, y dejan entre dicho lo que se establece en la referida ley, siendo evidente que la discrecionalidad empleada por los funcionarios públicos es factor principal que incide en su inadecuada aplicación.

Dentro de ese contexto, es importante recalcar que en esta forma de contratación, los funcionarios públicos no aplican el procedimiento administrativo con uniformidad, es decir no existe equidad e igualdad de condiciones para los ofertantes, lo cual conlleva a una trasgresión de la seguridad jurídica que el Estado como garante de derechos fundamentales está obligado a preservar a sus habitantes.

⁸ www.laprensa.com.sv., Adjudicación de licitación a MIDES, fecha 22 de mayo de 2006.

La problemática que se presenta es producto del incumplimiento de la LACAP, al no existir transparencia en los procesos de licitación valiéndose, como ya ha sido mencionado, de la discrecionalidad que la ley confiere al funcionario público, así como transgrediendo principios constitucionales y/o administrativos como son los de seguridad jurídica e igualdad, al no existir uniformidad en los procedimientos licitatorios, lo cual limita la libre competencia para otras empresas ofertantes e incita a la corrupción en la Administración Pública.

De lo expresado puede decirse que la seguridad jurídica, como uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza, puede verse afectada en los criterios de selección de ofertas en el procedimiento de licitación pública que realiza el I.S.S.S., que incide en la inadecuada aplicación de la LACAP, lo cual permitió enunciar el problema de la siguiente manera: ¿En qué medida se garantiza la seguridad jurídica a los ofertantes en las licitaciones públicas realizadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y qué factores inciden en la garantía de la seguridad jurídica en el caso de las licitaciones públicas que realizan?

1.3. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Alcance Conceptual

Para una mejor comprensión de la investigación se definen los términos más frecuentes que se han utilizado en la redacción del informe de investigación, tales como:

SEGURIDAD: que proviene de securitas y deriva del adjetivo securus, que significa estar libre de cuidados.

SEGURIDAD JURÍDICA: Es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques que si llegaran a producirse, le serán asegurados por la sociedad. ⁹

Dicho en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente".¹⁰

La Seguridad Jurídica es "la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos tal y como la ley los declara. Así pues, este principio impone al Estado el deber insoslayable de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos constitucionales, delimitando las facultades y los deberes de los poderes públicos."¹¹

OFERTANTES: Son las personas naturales o jurídicas que participan en las licitaciones públicas de la Administración Pública, ofreciendo bienes y/o servicios, con el objeto de resultar beneficiados con la adjudicación." ¹²

LICITACIÓN PÚBLICA: Es el procedimiento de selección sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera; tiende a

⁹ Martínez Morales, Rafael, Derecho Administrativo. Diccionarios jurídicos Temáticos, segunda edición 1989.

¹⁰ www.monografías.com, La Seguridad Jurídica en el Derecho Tributario.

¹¹ Líneas Jurisprudenciales. Principio de Seguridad Jurídica. Sentencia en Proceso de Amparo, (11/II/1998, Ref: 19-98).

¹² Ídem.

establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la Administración Pública.”¹³

Las características concretas de la cosa a construir o entregar, o del trabajo o servicio a realizar como objeto del respectivo contrato, son fijadas de antemano por la Administración Pública en el pliego de condiciones (cláusulas particulares).

La licitación pública es un modo de selección de contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa por medio del cual éstos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de las que se seleccionará la más conveniente al interés público.¹⁴

INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL: Institución Autónoma de Derecho Público, cuya función es garantizar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social relacionado con la previsión, protegiendo la salud y subsistencia de los trabajadores y beneficiarios afiliados, en caso de enfermedades o accidentes.

1.3.2. Alcance Espacial

Se determinó que el problema se encuentra presente en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y se optó como espacio geográfico para realizar

¹³ Comadira, Julio Rodolfo, La Licitación Pública. Nociones. Buenos Aires, De Palma. 2000.

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo. La Licitación Pública. Nociones-Principios-Cuestiones. Segunda edición actualizada y ampliada. Págs. 1, 2 y 3.

la investigación el departamento de San Salvador, en virtud de ser el sector donde se encuentra la mayoría de empresas ofertantes.

1.3.3. Alcance Temporal

La investigación se desarrolló a partir de abril a julio de 2006, la cual se determinó en vista que en ese período se hizo público el problema de las licitaciones en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

De los antecedentes históricos inmediatos del problema se investigó, a partir del período junio de 2002 a abril de 2006, en virtud que en junio del referido año se inició el período presidencial y cambio de autoridades del I.S.S.S.

Como antecedentes mediatos se tomó a partir de junio de 1997 a junio de 2002, puesto que en la primera fecha mencionada se dieron a conocer diversos casos de corrupción en la administración pública, incluyendo el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivos Generales

- Identificar los factores que inciden en la garantía del principio jurídico de la seguridad jurídica.

- Determinar en qué medida se garantiza a los ofertantes la seguridad jurídica en los procedimientos de licitación pública realizados por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.
- Hacer recomendaciones, con base en las conclusiones obtenidas, que contribuyan a una mayor garantía de la seguridad jurídica de las licitaciones públicas del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Objetivos Específicos

- Describir el procedimiento administrativo de licitación pública realizado en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.
- Establecer la eficacia de los mecanismos de supervisión que ejerce el ente contralor en el procedimiento de licitación pública.
- Explicar cómo se manifiesta la seguridad jurídica con respecto a los ofertantes en los procedimientos licitatorios.
- Establecer el desarrollo evolutivo de la legislación nacional e internacional en los procedimientos de licitación pública.

CAPÍTULO II

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS LICITACIONES PÚBLICAS

2.1. MARCO HISTÓRICO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

2.1.1. Antecedentes Generales

En el transcurso del tiempo han sido variadas las denominaciones que la doctrina y la legislación han conferido a la institución de la licitación pública, en “Italia se ha denominado asta pubblica, en España, subasta pública y concurso subasta y en Francia l`adjudication; licitacao”.¹⁵

Tratadistas como Rondina señalan que licitar en un sentido etimológico, es sinónimo de subastar, y este término viene de los árabes, cuando vendían “sub-hasta” bajo el asta o la lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podía sospechar o criticar el contrato o negocio. Asimismo la licitación parece haber sido utilizada en tiempos remotos por los chinos, encontrándose regulada en el Código de Hammurabi (año 2100 a. C).

Lo cierto es que el procedimiento de la licitación pública, como medio de celebrar los contratos en que intervenía el Estado, fue conocido en el Derecho Romano. Desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista (boletín de guerra), por virtud de la condenación criminal del

¹⁵LOPEZ ELIAS, JOSE PEDRO, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, capítulo II, página 51. 1990.

ciudadano y por el derecho de herencia, se vendían públicamente a los mejores ofertantes, a este tipo de ventas se les conocía como Bonorum sectio o venditio. Llevaba también el nombre de subhastatio, de la lanza (asta), símbolo de la propiedad de los quírites (ciudadanos de la antigua Roma). En el lugar donde se iba a verificar la venta, se plantaba un asta, un arma de guerra y a la vez una insignia real. De ahí que derivó el término de subasta al cual en muchos países de lengua castellana se le designa con el procedimiento de licitación.¹⁶

Más tarde se generalizó el régimen de la venta en asta pública, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales. Así lo establecía el Código de Justiniano, en su capítulo de subhastatione ob publice rationis necessitatem.

También se aplicó el procedimiento de la licitación en la contratación de las obras públicas, y puede afirmarse que tanto en el derecho romano como en los demás sistemas, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar las garantías de intereses del Estado.

Cabe señalarse que el Censor en el derecho romano, era la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas. Ésta se marcaba por tres instituciones esenciales: la fórmula del contrato (lex censoria), la subasta pública (licitatio) y la garantía personal o real (paredes, praedia).¹⁷

¹⁶ *Ibíd.*, López Elías, José Pedro. pág. 52

¹⁷ www.monografias.com, El Procedimiento de Licitación Pública,

En cuanto a la primera de ellas, llamada también *lex locationi* o *lex operis locandi* equivalía a nuestro pliego de condiciones, conteniéndose la determinación concreta de la obra, forma y momento de los pagos; pero no se determinaba el precio, puesto que éste resultaría de quién ofreciera realizar la obra por la cantidad más baja o pequeña (*infima pretia*).

La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara y en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El censor se encargaba de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no consideraba idóneas, que estimara poco honorables o que hubiera dejado incumplidos contratos anteriores.

La adjudicación hecha al último postor (*auctio*) daba naturalmente la propiedad romana de las cosas corporales que habían sido objeto de acto, y el Pretor había creado un interdicto particular de que podía disponer desde el acto mismo de la toma de posesión, *interdictum sectorium*¹⁸. Este último era un juicio de carácter sumario en el que, prescindiendo de la cuestión de la propiedad, se ejercitaba generalmente alguna acción posesoria o bien otra especial y real como medio interino o de precaución para evitar un daño o perjuicio eminente. Es decir era una medida de protección para el procedimiento en el que el Estado vendía en bloques los bienes en pública subasta, siendo éste una de las formas de adquirir la propiedad quiritaria que pasaba al adquirente.

¹⁸ *Ibid.*, www.monografias.com.

Posteriormente en la Edad Media, en Roma y luego casi en toda Europa, se empleó la subasta “a mata candela” o “a vela y pregón”, pidiéndose recibir ofertas para alguna construcción de importancia mientras ardía una vela. La obra se adjudicaba al oferente de menor precio hasta el momento en que se extinguía.

En Francia en el siglo XVI, hay ordenanzas que prescriben la adjudicación al mejor precio para la ejecución de obras públicas o contratos de suministro. En la práctica la adjudicación no siempre se realizaba, hubo entonces escándalos de corrupción por el hecho de celebrarse contratos sin adjudicación.

En el Derecho Español, se procuró que las obras fueran realizadas mediante contrato; sin embargo se opinaba que la “concesión de una obra pública a cualquier empresa, implicaba la delegación en un particular de una facultad propia de la administración, en virtud que le confiaba la satisfacción de cierta necesidad pública y el desempeño del servicio propio para remediarlo.

Dentro de las cláusulas que se establecían en el contrato, era que el gobierno tenía el derecho y deber de velar sobre el cumplimiento de las condiciones del contrato, de exigirlo y de premiar al concesionario. Otro aspecto a destacar en este tipo de contratos era que la vigilancia de la autoridad no cesaba al concluir las obras que una empresa ejecutaba ya que correspondía al gobierno procurar su conservación obligando al empresario a las reparaciones convenientes y precaviendo los abusos en el ejercicio de los derechos que legítimamente le pertenecían.

En términos generales, la licitación pública se generalizó por Europa y se extendió al mundo en el siglo XVIII y especialmente en el siglo XIX, cuando se empezaron a expedir una serie de leyes.¹⁹

En el Continente Americano se continuó con las tendencias Europeas, siguiendo con los principios fundamentales del derecho francés, es decir para asegurar el funcionamiento del servicio público no se aplicaban necesariamente los textos del Código Civil o de las leyes del derecho privado, ante todo se inspiraba en ideas generales que justificaban dichos textos, los cuales debían conciliarse con las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio. Finalmente la noción de servicio público ha trascendido en Francia y se ha desarrollado con gran vigor sobre todo en países de tradición jurídica latina.

En la región de Centroamérica históricamente cabe mencionarse que cuando España ejercía su dominio en las bastas regiones del hemisferio occidental o lo que hoy es Centroamérica se formaba una entidad política administrativa conocida con el nombre de “Capitanía General de Guatemala” la que era gobernada por un capitán general. El uno de marzo de 1822 se estableció que las autoridades españolas no se opondrían a la independencia de Centroamérica y se nombraría como nuevo jefe de Estado al capitán general Gabino Gainza e inmediatamente decretó la conexión de Guatemala y Centroamérica a México la que después de diferentes luchas sangrientas logra que se puedan reunir nuevamente en Guatemala el 24 de junio de 1823, en

¹⁹ López Elías José Pedro op. cit, pág. 52, 53.

donde se establece que Centroamérica es independiente de España, México y de cualquier otra potencia tanto del viejo como del nuevo continente²⁰.

La Constitución federal del 12 de noviembre de 1824 fue la primera que la región de Centroamérica tuvo como federación y se proclama fundamentalmente para establecer el orden público y formar una federación compuesta por 5 Estados: Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, cada uno de éstos tenían potestad, libertad e independencia en sus gobiernos siempre y cuando no fueran contrarios al gobierno federal; en donde los poderes del Presidente de la República eran tan reducidos que no pasaban de ser en la ley más que una figura decorativa, pues no tenía control del ejército, de la hacienda pública, ni de las relaciones exteriores.

La región Centroamericana, en la época de post-independencia, era un país pobre y desorganizado, la ruina del fisco era tal, que hubo que contratar un empréstito con una casa londinense en condiciones verdaderamente desventajosas, con lo que el voraz imperialismo Inglés empezó a cosechar los frutos de nuestra independencia. Es así como se tienen las primeras contrataciones, actuando la región centroamericana como un solo Estado Federal.²¹

²⁰ Tesis “Eficacia en los Mecanismos de la Actividad Contractual de los Municipios, Reyes Maximino, año 2002, UES.

²¹ Tesis “Análisis Jurídico Constitucional y Administrativo de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública”, Contreras, Carlos, año 2002, UES.

2.1.2. Antecedentes Jurídicos Nacionales

En El Salvador las formas de selección se encontraban reguladas en un conjunto disperso de leyes que, a través del tiempo, fueron aplicadas por la Administración Pública para regular todo lo relacionado al proceso de adquisiciones y contrataciones.

Los antecedentes más específicos datan con la Ley de Suministros promulgada el 27 de diciembre de 1939 por Decreto N° 100, la que regulaba en su Art. 1 el término de suministro, entendiéndose por éste la provisión de mercaderías que necesitaban para el servicio de la Administración Pública, también se definía el término adjudicación así: es el hecho de decidir o declarar a quien se encargará un suministro. Así también en el Art. 3 se establecían los cuatro métodos de adjudicación: la subasta, el concurso público, el concurso privado y la libre gestión.

La subasta fue el procedimiento formal en que el encargado de adjudicar un suministro llamaba por avisos insertados en la prensa, en la forma y en las condiciones que esta ley indicaba, a todos aquellos que se consideraban capaces de proporcionar la mercadería necesitada, y adjudicaba el suministro de manera automática a aquel que dentro de las especificaciones y condiciones legalmente establecidas ofreciera la mercadería aún cuando no fuera la de más bajo precio.

El concurso público era un procedimiento similar a la subasta, en relación al aviso que se hacía público por medio de los periódicos, con la única variante que esta forma de contratación incluía no solo suministros sino obras y servicios que cualquier empresa pudiese proporcionar a la administración pública.

El concurso privado, se refería al encargado de ordenar el suministro, quien pedía precios por escrito y de manera directa a varios comerciantes y lo adjudicaba de manera automática al precio más bajo, basándose en otras disposiciones legales de la misma ley.

La libre gestión fue aquella en que el encargado de ordenar el suministro lo asignaba de manera discrecional y sin necesidad de petición de precios por escrito; pero procurando el menor sacrificio posible para el fisco, habida cuenta de las necesidades del servicio.

También se establecía en la sección tercera llamada formas del suministro, en los artículos del 28 al 41 el desarrollo amplio de cada una de las formas o métodos de adjudicación de los suministros antes mencionados, conocidos según la doctrina como formas de selección del cocontratante; por lo que es importante destacar que la referida ley ya desarrollaba una serie de reglas para poder otorgar un suministro; sin embargo, el proceso de selección estaba sujeto a la discrecionalidad del Proveedor General de la República, en virtud de que era el encargado de adjudicar el suministro objeto de licitación.

Mediante decreto número 108 emitido el 30 de diciembre de 1939, se estableció, en sus considerandos que en materia de suministros el supremo gobierno estaría directamente a cargo de las licitaciones, y se establecía en el artículo 24 de la derogada Ley Orgánica de la Auditoría General de la República y en las Disposiciones Generales de Presupuestos algunas reglas de la misma materia, disposiciones que en algunos puntos reformaron y ampliaron el artículo 24 de la referida Ley, aunque no de manera permanente.

Posteriormente, en las Disposiciones Generales de Presupuestos de 1940, se omitieron las reglas relativas a suministros, en vista que estaba pronto

a emitirse la Ley de Suministros, que entraría en vigencia después de iniciado el año fiscal, razón por la cual habría un período en que prácticamente el cuerpo de disposiciones vigentes sufriría interrupción, afectando en el procedimiento establecido las Disposiciones Generales de Presupuestos.

Luego se crearon varios decretos, entre los que figuran el Decreto Legislativo número 101 de fecha 11 de diciembre de 1943, publicado en el Diario Oficial del 17 de mismo mes y año, a través del cual se crea otra Ley de Suministros que no deroga la de 1939, y en la que hace alusión principalmente a la creación de una entidad oficial dependiente del Ministerio de Hacienda, denominada Proveduría General de la República, fiscalizada por la Corte de Cuentas de la República, cuya función principal era la de suministrar al Supremo Gobierno, las mercaderías y servicios que necesitaban y la forma en que ésta operaría, así como los métodos de suministro, siendo el tercero de ellos los contratos celebrados por la proveduría y los vendedores de la misma, dicha normativa no señalaba las formas de selección pues solo especificaba que la contratación se realizaría a través de subasta.

El 14 de junio de 1944 se publica en el Diario Oficial el decreto número 51 de fecha 5 de junio de ese mismo año; así también se publica el 4 de abril de 1945 el decreto número 21 de fecha 15 de marzo de 1944, en los cuales se hacía referencia a la ampliación del plazo establecido en el artículo 31 de la Ley de Suministros, decretada el 11 de diciembre de 1943 facultando al poder ejecutivo dictar las medidas transitorias tendientes a evitar que no existiría un cambio brusco de controles de suministro y determinándose un término de nueve meses para poderlas decretar.

En el año de 1945 se inicia el nuevo marco legal que deroga la legislación antes mencionada, y se publica la Ley de Suministros en el Diario

Oficial número 283, Tomo 139 de fecha 26 de diciembre de 1945, mediante Decreto Legislativo número 280 de fecha 19 de diciembre de ese mismo año, en la que se establece la base para la creación de las leyes posteriores y el proceso de adjudicación de los suministros.

En la referida ley se establecían las funciones de la Proveduría General de la República que tendría el carácter de empresa oficial con patrimonio propio, dependencia del Ministerio de Economía y cuya fiscalización la realizaría la Corte de Cuentas de la República, en forma preventiva y a posteriori.

La Proveduría estaba a cargo de un proveedor general y un sub-proveedor general y los empleados que se consideraban necesarios; ésta comprendía cinco departamentos entre ellos el de Auditoría de Compras, cuya función era revisar los documentos relacionados con la adquisición de bienes y servicios de conformidad a la ley , y en caso de no estar acorde éste, informaba al proveedor general de la República; cabe mencionarse que la ley no expresaba el procedimiento administrativo a seguir por el proveedor general al tener conocimiento de alguna anomalía en los documentos de adquisición de bienes y servicios que reportara el Departamento de Auditoría.

En dicha normativa facultaba al Gobierno Central y a las Instituciones Oficiales Autónomas para que realizaran las compras de bienes o servicios, estipulándoles para ello la forma de contratación o cuantía en que éstas podían contratar, estableciéndose las siguientes reglas: se podía omitir competencia de hasta diez mil colones y que ésta se podía limitar para las compras que excedieran de diez mil y en caso de compras superiores hasta cincuenta mil colones, debía promoverse competencia, es decir pedir autorización al Proveedor General de la República.

Se prohibía el fraccionamiento de las compras de bienes y servicios para evadir competencia, en caso de existir sospechas, el proveedor general era el encargado de iniciar la investigación y al comprobar la mala fe, estaba en la obligación de darle cuentas al Ministerio de Hacienda para los efectos legales consiguientes.

La forma de licitación en la referida ley consistía, en que el proveedor general promovía competencia entre los posibles vendedores, adjudicando el suministro al mejor oferente; cabe mencionar que la mejor oferta no era la de más bajo costo sino la que convenía a los intereses del Estado. Dicho proceso de competencia radicaba en que se daba a conocer a todos los interesados el negocio con la debida anticipación para hacer la oferta y para su cumplimiento, el que se hacía por medio de anuncios en lugares visibles y accesibles al público, anuncios y carteles de las compras o podía enviarse a circular para todos los vendedores inscritos en el Ramo de que se tratara.

Las ofertas se recibían por la proveeduría en sobre cerrado y éste era abierto a la vista de los interesados, el día y hora señalados en el cartel, circunstancia que se hacía constar en acta. Solo se tomaba en cuenta para los fines de adjudicación, las ofertas que se ceñían al cartel y que hubieran sido presentadas por personas que tuvieran la responsabilidad y capacidad para contratar con la proveeduría.

El proveedor estaba obligado a dar conocimiento de toda adjudicación y de toda otra decisión que dictaba en materia de suministros a los Ramos y Dependencias interesados, así como a los que hubieran tomado parte en la competencia. Cuando conviniera a los intereses fiscales, el proveedor podía aceptar y comprobar las ofertas parcialmente, adjudicando el suministro entre varios oferentes, siempre y cuando así lo permitiera el objeto de la contratación.

Posteriormente se creó la Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas en el año de 1951 en virtud de no satisfacer oportunamente los procedimientos establecidos con la Ley de Suministros, por lo que fue necesario la creación de una dependencia destinada exclusivamente a atender los suministros del indicado Ramo, para ello se creó una división específica de la Proveduría General de la República, la que se realizó mediante Decreto número 316 de fecha 11 de julio de 1951 publicado en el Diario Oficial número 136 Tomo 152 de fecha 23 de julio de 1951 la que estuvo vigente desde el 11 de julio de ese año hasta el 26 de febrero de 1953.

Luego en el año de 1983 con las reformas a las Disposiciones Generales de Presupuestos²² en los capítulos IV y V en lo relacionado a las compras y suministros el Art. 1 establecía las disposiciones aplicables a todas las operaciones originadas por la ejecución del presupuesto general a cargo de las unidades del Gobierno Central, así como a las que se originarían por la ejecución de los respectivos presupuestos especiales de las Instituciones Oficiales Autónomas.

En el capítulo IV relacionado a las compras y suministros de las Unidades del Gobierno Central, se hacía mención de las formas de selección del contratante, el Art. 121 determinaba que quedaban facultados el Proveedor General de la República, el Proveedor de Obras Públicas, el Proveedor de Salud Pública y Asistencia Social y el Jefe del Departamento de Finanzas del Ministerio de Defensa, en casos especiales calificados por el Ministerio de Hacienda, para que pudieran sacar a concurso o licitación pública

²² Disposiciones Generales de Presupuestos, D. L. No. 3 de fecha 23 de diciembre de 1983, D.O. No. 239, T. 281, de fecha 23 de diciembre de 1983.

y adjudicar suministros sin que se haya constituido previamente la reserva de crédito; pero era entendido que la obra de suministro o contrato, no podría firmarse sin que se hubiera cumplido con todos los requisitos legales. Y en el Art. 122 que las obras incluidas en el plan de inversiones y consignadas en el presupuesto vigente se podrían sacar a concurso o licitación pública, adjudicar y celebrar el respectivo contrato por el valor total de la obra.

El capítulo V regulaba la forma de realizar las compras de mercaderías, contratación de servicios y contrato de obra por parte de las Instituciones Oficiales Autónomas, estableciendo la Libre Gestión, Concurso o Licitación Pública y Concurso Privado.

En lo que respecta al I.S.S.S., las Disposiciones Generales de Presupuestos, contiene 43 artículos relativos al presupuesto asignado a la referida institución de lo que cabe señalar que el Art. 5 establece que "...en el caso de adquisiciones y construcciones a que se refiere el literal "a" del Art. 27 de la Ley del Seguro Social, que tenga que financiarse con los excedentes a que se refiere el inciso 3º deberá aplicarse su valor a la asignación presupuestaria correspondiente". Es de advertir que el Art. 27 literal "a" se refiere a adquisiciones de inmuebles y construcciones o remodelación de edificios, para el funcionamiento de los servicios propios, tanto administrativos como asistenciales del I.S.S.S., incluyendo su equipamiento.

Posteriormente en 2000, entra en vigencia la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, ante la que se rigen la Administración Pública Central, los Entes Descentralizados e Instituciones Autónomas, estableciéndose las formas de contratación que realice la Administración Pública.

2.1.3. Antecedentes en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social

En 1923, representantes de varios países latinoamericanos se reunieron en la capital estadounidense para analizar asuntos continentales, y entre otros se mencionó, la creación de los Institutos de Seguridad Social al más corto plazo. El Salvador fue signatario de este acuerdo.

Sin embargo, transcurrieron veintidós años para que mediante reformas a nuestra Constitución de 1886, el Legislativo introdujera una norma en el Art. 57 que rezaba: “Una ley establecerá el seguro social con el concurso del Estado, de los patronos y de los trabajadores”. En 1948 el Gobierno designó una comisión que se encargó de elaborar el Proyecto de Ley del Seguro Social. Esta Comisión se llamó Consejo Nacional de Planificación de Seguridad Social.

El 28 de septiembre de 1949 se decretó la primera Ley del Seguro Social (Decreto número 329). Luego, el 23 de diciembre del mismo año fue creado el I.S.S.S., siendo el primer Director General el Doctor Gregorio Ávila Agacio, quien fungió como tal desde mayo de 1950 a enero de 1952. Los primeros pasos que dieron fue en el área administrativa y los servicios médicos inaugurados el 14 de mayo de 1954, cuando era Presidente Constitucional de la República, el Coronel Oscar Osorio, y el Director General del I.S.S.S., el Doctor Miguel Ángel Gallardo.

En cuanto a licitaciones públicas realizadas por dicha institución éstas eran reguladas por la Ley de Suministros de esa fecha la que establecía procedimientos generales para todas las instituciones de la Administración Pública.

Con el transcurrir de los años, dicha institución fue objeto de señalamientos en los procedimientos realizados para contrataciones de

servicios y obras, así como de la corrupción atribuida a directivos de la Institución; tal es el caso del ex-director Romeo Majano Araujo y cuatro directivos más (Alicia Córdova de Rivera, Oscar López, Nuria Menjívar de Muñoz y René Cabrera), que fue descubierto en julio de 1995, al ordenarse la captura con base a catorce auditorías de examen especial realizado por la Corte de Cuentas de la República que reveló la compra de seguros de vida en forma fraudulenta, estafa en la adjudicación de medicamentos (a través de una empresa fantasma) y peculado por un monto superior a los veintiún millones de colones. En abril de 1998 un juez dejó en libertad a los directivos mencionados debido que no se había logrado establecer el delito contra los imputados.”²³

Dos años después de vigencia de la LACAP, es decir a partir “de noviembre de 2002 se hace pública la celebración de los contratos que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social había otorgado en forma discrecional a empresas privadas, causa de ello hubo manifestaciones en protesta por la designación de los contratos a empresas privadas.”²⁴

En ese mismo año, un miembro del Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, presenta una petición a la administración de esa dependencia solicitando copias de los contratos que en concepto de servicios médicos hospitalarios se hubiesen otorgado a empresas privadas durante el período del 12 de agosto de 2002, no habiendo obtenido respuesta.

²³ www.eldiariodehoy.com , Anulan exoneración a favor de Majano Araujo, página 3, año 1997.

²⁴ www.eldiariodehoy.com. Colegio Médico exige contratos de servicios médicos hospitalarios, página 12, 2 de febrero de 2002.

La revelación pública de los contratos permitiría establecer con precisión qué servicios médicos hospitalarios fueron transferidos a empresas privadas, bajo qué criterios y justificación fueron otorgados, y si éstos cumplían con todos los requisitos legales; se dieron denuncias que los contratos fueron suscritos sin previa licitación y sin una partida presupuestaria que garantice su financiamiento después del 31 de diciembre de 2002 tal como lo exige el Art. 228 de la Constitución de la República.

Tal situación era evidente, y se tomaba de base el Art. 54 de la LACAP, que únicamente faculta a los funcionarios públicos a mantener en reserva la información sobre las licitaciones entre el momento de "la apertura de las ofertas y antes del anuncio de la adjudicación del contrato". Es decir que la reserva de la información no es aplicable una vez suscritos los contratos y por tanto, los funcionarios del I.S.S.S., no tenían facultades legales para ocultar al público tales documentos.

En 2003, bajo la administración del Presidente Francisco Flores, se observaron muchos casos de corrupción en las licitaciones públicas en las que se involucraron el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, el Ministro de Trabajo y Previsión Social y el Subdirector del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, quienes negociaron la adjudicación de atención oftalmológica.²⁵

Parte también de las anomalías que presentó en ese período la institución en estudio, fue el plan de contingencia que implementó, ya que fue objeto de señalamientos por la Corte de Cuentas de la República, quien afirmó

²⁵ www.rebellion.org "Realidad Latinoamericana y Caribeña", Boletín, Incidencia y Compromiso, Alcides Ernesto Herrera, 23 de febrero de 2003.

que “El plan de contingencia implementado por I.S.S.S., es ilegal”, para los auditores, la razón de la ilegalidad fue que, al revisar los artículos de la Constitución de la República y de la Ley del I.S.S.S., “en ninguno de éstos se contempla la facultad del Consejo Directivo para declarar estado de emergencia en el país ya que ésta es atribución expresa de la Asamblea Legislativa o del Órgano Ejecutivo (artículo 29 de la Constitución de la República)”.²⁶

La LACAP establece que el procedimiento de contratación directa (lo que ocurrió en el plan de contingencia) solo podrá acordarse al tratarse de una emergencia proveniente de guerra, calamidad pública y grave perturbación del orden, y ninguna de estas condiciones estaban dadas para decretarla y dar los contratos sin licitación a la empresa privada.

Bajo la administración del Presidente Elías Antonio Saca, se han dado a conocer irregularidades en diversas instituciones del Estado, entre ellas figura el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, en el cual con la Dirección General de Mariano Pinto, se emitió una resolución del Consejo de Ministros de fecha 27 de marzo del año recién pasado, en la que se cuestiona la gestión de éste y las decisiones del Consejo Directivo de la Institución, el documento, que si bien fue “exclusivamente para efectos de control”, supone el primero que salió a la luz pública, en el que este Gobierno cuestiona sin matices a un miembro de su gabinete.²⁷

La resolución del Consejo de Ministros hablaba literalmente de “un serio problema de administración y falta de planeación” al interior del I.S.S.S., cuyos

²⁶ Idem. Pág. 9.

²⁷ www.laprensagrafica.com.sv, Director ISSS señalado por el Gobierno, de fecha 14 de julio de 2006, página 2.

cuerpos principales de decisión son, según el artículo 7 de la Ley del Seguro Social, “el consejo directivo y la dirección general”, ocupada esta última por el señor Pinto.

“En concreto, la resolución gubernamental se refería a la decisión tomada por el consejo directivo, el 14 de noviembre de 2005, en la que a petición de Mariano Pinto, se aprobó una declaratoria de urgencia —que al final se desdobló en 16 distintas— para la adquisición, mediante contratación directa, de medicamentos e insumos médicos por casi \$18.5 millones.”²⁸

2.2. CONCEPTO DE LICITACIÓN PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

2.2.1. Licitación Pública

Al contrario de los particulares que disponen de amplia libertad cuando pretenden adquirir, vender, comprar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios, el poder público para hacerlo necesita adoptar un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido de conformidad con la ley, tal procedimiento se denomina “Licitación” que consiste en un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera que tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la Administración Pública.

²⁸ Idem, pág. 3.

Por licitación pública debe entenderse el procedimiento de selección del cocontratante de la administración donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ellas todas aquellas personas o entidades que de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate. De manera que el rasgo típico de la licitación pública es la posibilidad que concurra en ella un número ilimitado de oferentes o licitadores, en tanto estos se hallen encuadrados en las disposiciones normativas vigentes.

Según el Art. 59 de la LACAP la licitación pública es “el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren los de su consultoría”.

Según Sayagués Laso²⁹, los tratadistas de derecho administrativo poco han estudiado la licitación pública, y menos atención le han dedicado al problema concreto de su naturaleza jurídica, limitándose la más de las veces a la exposición y crítica de las disposiciones legales vigentes. Asimismo expresa: “los pocos que ahondaron en el análisis de este problema, han incurrido casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino una licitación pública determinada, o sea, la reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así, que siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que solo cuadra con una legislación determinada”.

²⁹ Sayagués Laso, Enrique, La Licitación Pública, Montevideo, Acali Editorial, reedición, prólogo de Daniel Hugo Martins, de la tesis publicada en 1940, 1978.

2.2.2. La Seguridad Jurídica

Es preciso conocer qué dicen los diferentes autores acerca de algunos términos utilizados para definir el término de seguridad jurídica, siendo necesario examinar las corrientes doctrinarias que giran alrededor de este principio jurídico.

Diversos tratadistas afirman que seguridad jurídica se entiende como la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no sea modificada más que por los procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente.

Por su parte Linares Quintana, concluye que “seguridad jurídica es el conjunto de condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano”³⁰, es decir que implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro, permitiendo prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías del orden constitucional que gozan tales actos. Eduardo García de Enterría, señala que “la seguridad jurídica es una exigencia social inexcusable” pero “constantemente deficiente”.³¹

Este planteamiento sin duda se acomoda a la realidad que en materia de Administración Pública se manifiesta en nuestro país, ello debido a que el Estado está obligado garantizar dicho principio mediante su ordenamiento jurídico y la aplicación de éste por parte de sus funcionarios.

³⁰ Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª edición, 1998, pág. 25.

³¹ García E. de Enterría: Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas, Madrid, 1999, ed. Civitas.

Asimismo Sánchez Viamonte, afirma que “la seguridad crea el clima que permite al hombre vivir como hombre, sin temor a la arbitrariedad y a la opresión en el pleno y libre ejercicio de los derechos y prerrogativas inherentes a su calidad y condición de tal”³², es decir, la seguridad jurídica es la característica ecológica fundamental del Estado de Derecho.

Como dice Pérez Luño, la seguridad jurídica es sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; origen de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico. Este mismo autor señala que en el Estado de Derecho, .la seguridad jurídica asume un perfil definido como presupuesto del derecho; pero no de cualquier forma de legalidad positiva sino de aquella que emana de los derechos fundamentales, es decir los que fundamentan el entero orden constitucional y como función del derecho que aseguran la realización de las libertades.³³

García Luengo, señala que la seguridad jurídica es un postulado de muy amplia proyección, informador de todo el ordenamiento y del que se derivan otros principios como el de la protección de la confianza que no tienen rango constitucional.³⁴

³² López Benítez Mariano, Contrato Administrativo y Centralización de las Compra Públicas. 1ª. Edición, Barcelona. Atelier 2000.

³³ López Benítez, Mariano, Op. Cit., pág. 30.

³⁴ Idem, pág. 31.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación pública, según Adilson Dallari³⁵ los estudiosos del Derecho tienen divergencia en la doctrina y a continuación comentan las tres principales corrientes en que se agrupan; la primera de ellas considera la licitación como una figura de derecho financiero, seguida solo en Italia, en donde la materia de la licitación pública es parte de este derecho. Las otras dos concuerdan en cuanto su inclusión en el derecho administrativo diferenciándose estas últimas que una es considerada como un acto condicionado y la otra la clasifica como procedimiento administrativo.

En México, existe una clara distinción entre lo que es el Derecho Financiero y el Derecho Administrativo, dado que sus asuntos inherentes reciben un trato legal y doctrinal, totalmente distintos. Por lo tanto podemos concluir que la licitación es un instituto de Derecho Administrativo.

El objeto de la licitación o su resultado jurídico no es una alteración patrimonial o financiera, sino la elección de un contratante por la administración; se trata de algo precedente y preparatorio de un contrato. Ahora bien como fase preliminar a una manifestación de voluntad de la administración pública o más propiamente como medio técnico-jurídico de la formación de la voluntad de la administración, claro está que la licitación solamente puede ser regida por el Derecho Administrativo.

³⁵ Dallari, Adilson A., Aspectos Jurídicos da Licitação, citado por López Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 53.

Algunos autores como Cretella Junior y Jeze, consideran, siguiendo a León Duguit, la licitación como un acto condición. Éste es un acto de atribución subjetiva, consistente en colocar a una persona determinada dentro de un estatuto preexistente de reglas generales que no la alcanzarían si el acto no fuera emitido. En la licitación ocurre exactamente lo contrario, ella no coloca a un individuo en una situación genérica y sí atribuye a una situación individual, para alguien escogido entre un grupo de oferentes. Al iniciarse la licitación tenemos una categoría general de convocados y después, a su término, como su resultado jurídico, pasamos a tener un sujeto determinado contratado por la administración. Por lo tanto la licitación no es un acto condición, sino una serie de actos interligados y destinados a la producción de un único resultado jurídico. Es decir, la licitación encuadra en el concepto de procedimiento administrativo, pues exige sucesivas manifestaciones de voluntad expresadas exactamente en las fases autónomas que anteceden al acto jurídico final al que se unen.

José Roberto Dromi distingue claramente entre el procedimiento precontrato y el contrato de la administración y en este sentido, expresa: “el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (pre-contratual) no se confunde con el contrato que es el resultado del encuentro de aquélla con la voluntad del cocontratante; por lo que, debemos distinguir un procedimiento precontractual previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución.”³⁶

³⁶ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 70.

La doctrina entiende la licitación pública como la que excede el marco limitado de los actos porque está integrada por una serie ininterrumpida de éstos³⁷ y por constituir una secuencia, ordenada y metódica de diversos estadios con su contenido propio, indispensable para la configuración de la licitación, pero que por sí solo no es suficiente para darle vida. Está integrado por un conjunto de actos previos y consecuentes que dan origen al procedimiento que habrá de seguirse, esencialmente el pliego de bases de licitación y concluir con la celebración del contrato administrativo entre la administración y quien haya resultado seleccionado.

Caracterizar la licitación pública como un procedimiento administrativo, implica volver aplicable los principios propios de éste con las particularidades específicas de la licitación y sobre la base de ésta, emplear los principios específicos que le sean inherentes.

2.4. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA

2.4.1. Principios Generales del Procedimiento Administrativo aplicables a la Licitación Pública.

Como ha quedado expuesto, la licitación es un procedimiento en el que rigen los principios generales del procedimiento administrativo como instrumento fundamental en que el Estado cumple su función administrativa. Esos principios son los de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo

³⁷ Comadira, Julio Rodolfo, Op. Cit.. Pág. 6.

moderado, debido procedimiento previo y celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites,³⁸ los cuales se definen:

Juridicidad. Si el bien común es el conjunto de condiciones para la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y pleno de su perfección, no es dudoso que una de esas condiciones sea la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la administración dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien no es tampoco dubitable que ella deba actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico.

Oficialidad: Este principio adquiere singular significación en la licitación pública, la cual no constituye un procedimiento promovido por un particular, ya que es la propia administración la que lo origina y lo orienta, a efecto de alcanzar por su intermedio la adecuada satisfacción de sus fines de interés público.

Corresponde a la autoridad administrativa adoptar los cuidados conducentes al impulso del procedimiento hasta el dictado del acto final y asimismo desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución.

Verdad Material: El procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y de sus circunstancias,

³⁸ Comadira, Julio Rodolfo. Op. Cit. Pág. 17.

independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso probadas por las partes.³⁹

En el procedimiento licitatorio, este principio gravita con pretensiones imperativas no solo respecto de la autoridad licitante sino también en relación con los propios oferentes sobre quienes pesa el deber de colaborar con la administración, que cuando se incumple genera consecuencias sobre ellos.

Formalismo Moderado. El oferente como colaborador de la administración: Las exigencias formales no esenciales en el procedimiento administrativo, es consecuencia del papel de colaborador que corresponde atribuir al administrado respecto de la gestión del bien común atribuida a la Administración Pública.

Este principio general guarda estrecha vinculación con otros específicos de la licitación: la igualdad y la concurrencia, esa relación es la que explica por qué el formalismo moderado está sujeto a ciertas peculiaridades propias de la naturaleza de la compulsa. Ocurre que al producirse la concurrencia de aspirantes ha de concretarse en igualdad de manera que todos estén sujetos a los mismos requisitos.

No se debe perder de vista que la concurrencia no constituye en sí misma la finalidad de la licitación, porque ésta no tiene por meta obtener el mayor número de oferentes sino la mayor oferta que convenga al interés público.

³⁹ Escola, Héctor J. Tratado General de Procedimiento Administrativo. Buenos Aires, 1981, pág. 126.

Debido Procedimiento Previo: En un Estado de Derecho el “debido procedimiento es previo a todo acto administrativo”, del cual el “debido proceso adjetivo” constituye una manifestación especial, por lo que el particular no solo se defiende frente al accionar de la administración porque colabora con ella y participa de la gestión pública mediante procedimientos garantizadores no solo de su propio interés, sino también de la legalidad y eficacia del accionar administrativo.⁴⁰

El incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo debe ocasionar la nulidad absoluta del acto pertinente, porque la licitación pública es un supuesto del debido procedimiento en su acto de adjudicación y consecuente contrato.

Celeridad, Economía, Sencillez y Eficacia: Su incumplimiento es normalmente el núcleo de las principales argumentaciones que se dan en contra de la licitación pública como procedimiento de selección del contratista del Estado. De tal manera que la licitación pública parecería ser sinónimo de lentitud, dispendio, complicación e ineficacia. Y por supuesto, instrumento inadecuado para neutralizar la corrupción.⁴¹

2.4.2. Principios Específicos de la Licitación Pública:

La licitación pública tiene principios rectores que determinan el cumplimiento eficaz y adecuado del procedimiento que son materializados por

⁴⁰ Fiorini, Bartolomé A. citado por Comadira, Julio Rodolfo. Op. Cit. Pág. 48.

⁴¹ Comadira, Julio Rodolfo. Op. Cit. Pag.51

medio de actos realizados por la Administración cuyas bases tienen como finalidad darle cumplimiento primordialmente a los principios de igualdad, publicidad y competencia concursal.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que le dan validez y seguridad a los participantes y tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad del mismo. Un proceso de licitación conforme a derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

El primero de dichos principios establece que todos los oferentes deben tener trato igualitario frente a la Administración, así: a) consideración de las ofertas en plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; b) respeto a los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando favorecer a alguno de los concurrentes; c) cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; d) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; e) inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales, y f) que se indiquen las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.

El principio de publicidad pretende brindar transparencia al procedimiento de licitación ante la opinión pública y control interno para un desarrollo amplio de la competitividad de los potenciales oferentes, teniendo como conclusión ineludible que la Administración tendrá opciones mucho más amplias a fin de satisfacer las necesidades de una manera más efectiva.

De la conjugación de los tres principios indicados se desprende que los concurrentes deben encontrarse –desde un inicio- en la misma condición

durante todo el procedimiento licitatorio, lo que conlleva a afirmar que: "toda ventaja concedida a alguno de los concurrentes invalida el procedimiento" porque violenta cualquiera de los principios señalados.

Nuestro ordenamiento legal establece los siguientes principios:

a) Publicidad: El acceso que los interesados tienen a la información relacionada con los procesos de adquisición y contratación que desarrollan las Instituciones y su difusión a través de los medios establecidos en la Ley.

b) Libre Competencia e Igualdad: Propiciar la participación del mayor número de ofertantes en las condiciones previstas por la ley para que proporcionen las mismas oportunidades sin favorecer o perjudicar a los participantes.

c) Racionalidad del Gasto Público: La utilización eficiente de los recursos en la adquisición y contratación de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de las facultades, deberes y obligaciones que corresponden a las Instituciones.

d) Centralización Normativa y Descentralización Operativa: Se entiende por Centralización Normativa, la facultad de ejercer en forma centralizada la formulación de lineamientos o directrices de carácter normativo complementarios para la ejecución de la ley y el reglamento y por Descentralización Operativa, la facultad de las Instituciones para proceder con independencia y responsabilidad en la ejecución de la LACAP y su reglamento.

2.5. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

El mecanismo o curso de la licitación pública se traduce en fases o etapas que constituyen el procedimiento de la misma y son las siguientes:

FASE PREPARATORIA: Esta fase es interna, sin intervención ni participación de los oferentes o terceros interesados en ella y se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación contractual administrativa.

Comprende los estudios de la factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación; así como la consideración previa de conformidad al crédito presupuestario. Una vez que se adapta la decisión de contratar, se realizan los proyectos de orden técnico, en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

Antes de disponer, autorizar o aprobar el llamado a licitación, el licitante deberá contar con crédito presupuestario suficiente. El cruce legal surge de la imputación previa en el rubro de la partida de presupuesto de gastos de la administración de la nación.

La autorización financiera no habilita por si misma al órgano para concluir el contrato y debe ajustarse a un procedimiento arreglado de preparación y

ejecución, en tanto que la autorización legislativa del crédito es un requisito previo, financiero y contable.⁴²

De acuerdo a lo expresado en la doctrina, la legislación salvadoreña en materia de licitaciones públicas en su Art. 16 de la LACAP literalmente dice “todas las instituciones deberán hacer su programación anual de adquisiciones y contrataciones de bienes, construcción de obras y contratación de servicios no personales, de acuerdo a su plan de trabajo y su presupuesto institucional de carácter público. A tal fin se deberá tener por lo menos:

- a) Política anual de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, dentro de los límites establecidos en el literal “a” del Art. 6 de dicha ley;
- b) Disposiciones pertinentes de acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado;
- c) Existencia en inventario de bienes y suministros;
- d) Estudios de preinversión que se requieran para definir la factibilidad técnica, económica y ecológica en la elaboración de una obra;
- e) Sanciones previas, durante y posteriores a su ejecución incluyendo las obras principales, complementarias y accesorias; así como aquellas que sirvan para ponerlas en servicio, definiendo metas a corto y largo plazo, y
- f) Calendarización física y financiera de los recursos necesarios para su ejecución, gastos de operación, resultados previsibles, unidades responsables de su ejecución, fechas previstas de iniciación y terminación de cada obra, investigaciones, planos, proyectos, especificaciones técnicas,

⁴² Dromi, Roberto. Derecho Administrativo, séptima edición, editorial de Ciencia y Cultura, Argentina Buenos Aires, año 1988. Cap. IX, Pág. 364.

asesorías, consultarías y estudios que se requieran incluyendo los proyectos técnicos económicos que sean necesarios.”

En relación al literal “b” mencionado, el Art. 11 de la LACAP señala la importante relación integrada e interrelacionada existente, entre las Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales y la Unidad Financiera Institucional (UFI), del Sistema de Administración del Estado Integrado (SAFI), establecido en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, en lo relacionado a las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, especialmente al crédito, presupuesto y disponibilidad financiera.

En el artículo 43, Título IV, “Disposiciones Generales sobre las Formas de Contratación, Capítulo I, Actuaciones relativas a la contratación, hace referencia a que toda licitación o concurso, deberá elaborarse las bases correspondientes, las que constituyen el instrumento particular que regulará la contratación específica cuya redacción deberá ser en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan el detalle de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones; estableciendo el contenido de las mismas el Art. 44 de la citada Ley.

FASE ESENCIAL: Comprende la licitación propiamente dicha, es decir los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista; en esta fase, las relaciones que sentaban eran bilaterales, que afectan o pueden beneficiar a terceros y se desarrollan a través del llamado a licitación, publicación y notificación, presentación de propuestas, emisión de oferentes, apertura de las ofertas, preadjudicación y adjudicación.

Una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y concretado en los pliegos de condiciones las particularidades de la contratación a realizar debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir de los posibles licitadores u oferentes. El licitante inicia de oficio el procedimiento de selección de su contratista. Para ello, el órgano competente después de los informes técnicos, planos, proyectos, pliegos e imputación previa de acuerdo con el crédito presupuestario hace el llamado a licitación con el que inicia el procedimiento de formación de la voluntad contractual.

Esa convocatoria implica un pedido de ofertas que reviste forma jurídica de acto administrativo. Ese llamado es un acto administrativo de trámite separable, con autonomía e independencia jurídica respecto de los demás e inclusive de su publicación y deberá contener en principio, la determinación del procedimiento de selección y sus modalidades, por ejemplo en los procedimientos de licitación o concurso, si es público o privado, con base o sin ella, nacional o internacional; la fecha a partir del cual se abre el llamado, objeto de la futura contratación que origina el procedimiento, la aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares, especiales o la estipulación de cuáles van a aplicarse en ese llamado; la determinación de competencias en cuanto a las diferentes etapas del procedimiento licitatorio (consultas, precalificación, preadjudicación, firma del contrato) lugar día y hora para la presentación de antecedentes y ofertas.

El llamado a licitación y la publicación se encuentran regulados en el Art. 47 de la LACAP, que dice: “En las licitaciones y concursos nacionales, la convocatoria se efectúa en forma notoria y destacada en los medios de prensa escrita de circulación de la República, en los que se indicarán las obras bienes y servicios a contratar, lugar donde los interesados puedan retirar los

documentos de información pertinentes y derechos a pagar por las bases, plazo para recibir ofertas y para su apertura. Además podrá, utilizarse cualquier medio tecnológico que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje.”

El llamado a licitación se publica y desde allí genera deberes y derechos para los licitantes y derechos para los licitadores. Los deberes de éstos surgen con la notificación del llamado que puede realizarse de dos formas, la primera con la adquisición del pliego de bases y condiciones y la segunda con la presentación instantánea de la oferta. Como consecuencia del llamado a licitación, es lógico que las personas interesadas en la respectiva contratación presenten sus ofertas o propuestas que requieren requisitos subjetivos, objetivos y formales.

Los interesados en concurrir a la licitación estudian la obra, servicio suministro licitado, calculan su costo y redactan después la oferta o propuesta de contrato, la que presentarán en el lugar y día indicados con la formalidad que señalan las leyes y los pliegos.

La presentación de la oferta por parte del licitador, requiere como contrapartida obligatoria la recepción del licitante que consiste en la “simple admisión” de la documentación que contiene la propuesta por lo que produce efectos jurídicos directos e inmediatos. Se trata de un acto administrativo de trámite que fija el momento en que la Administración pierde la facultad de modificar el anuncio de la licitación, es decir, los actos que con éste se publican y el oferente asegura su participación en tiempo oportuno. La negativa del licitante al recibir la oferta que presenta un licitador implica el virtual rechazo de ella. Tal decisión del licitante desde el punto de vista jurídico es un acto

administrativo definitivo desfavorable que debe de motivarse y que puede ser impugnado en vía administrativa.

La etapa siguiente al procedimiento licitatorio para la contratación administrativa que generalmente se denomina “oferta”, comprende una serie de actos de significación jurídica que emite tanto el licitador como el licitante que en el lugar día y hora determinados en los avisos para celebrarlo se procederá a abrir los sobres que las contienen.

Los oferentes pueden formular por escrito consultas antes de la fecha de recepción de las ofertas, las que deberán ser contestadas y comunicadas por escrito a todos los interesados que hayan retirado las bases de licitación o de concurso, los plazos para dichas consultas serán determinados en las bases legales que deben complementar las ofertas de los demás licitadores.

Complementada la etapa de recepción, apertura e instrumentación de esta última, el licitante debe pronunciarse sobre la admisibilidad de las ofertas que compiten por la adjudicación. La recepción de la oferta genera un derecho para el licitador, con el equivalente de apreciar, considerar, estimar o valorar positiva o negativamente la oferta, debiendo dar razón a la decisión, ya sea que la considere admisible o inadmisibile, inconveniente o desventajosa mediante un acto fundado y motivado. La admisión de las propuestas opera de modo tácito pues el licitante se pronuncia solo respecto de las ofertas rechazadas (in admitidas), lo cual implica la aceptación de las restantes.

Después de la admisión las ofertas son estudiadas por la Comisión de Evaluación de Ofertas, compuesta según el Art. 20 de la LACAP, por el Jefe de la UACI o la persona que él designe, el solicitante de la obra, bien o servicio o su delegado, un analista financiero, un experto en la materia de que se trate la

contratación y por un asesor legal que no será parte integrante de la comisión, quienes las evalúan en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación.

Concluida la etapa de evaluación de ofertas, la comisión elabora un informe al titular, basado en los aspectos mencionados en el párrafo precedente, en el que hace la recomendación para la adjudicación respecto de las ofertas que resultaron mejor calificadas o para que declare desierta la licitación. La recomendación comprende la calificación de la oferta mejor evaluada para la adjudicación e incluye la valoración de otras que en defecto de la primera, representan opciones a tomarse en cuenta para su eventual adjudicación de acuerdo a las bases de licitación o de concurso.

Si la autoridad competente estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate, y la UACI dará a conocer el resultado mediante la resolución de adjudicación a los oferentes, la que quedará firme transcurridos cinco días hábiles posteriores a su notificación, período dentro del cual se podrá interponer el recurso de revisión regulado en la LACAP. Si no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas establecidas en la misma recomendación o declarar desierta la licitación.

2.6. MARCO JURÍDICO QUE REGULA LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN EL SALVADOR

2.6.1. Normativa Constitucional

El Art. 227 inciso 4º de nuestra Constitución dispone que las Instituciones Autónomas están sujetas a Presupuestos Especiales, es decir que el Estado las subsidia en una parte y cada año integran el Presupuesto General de la Nación, por lo que los fondos que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social invierte en las licitaciones públicas son fondos que el mismo Estado subsidia para obras, bienes y servicios, y cuando éste compromete fondo o bienes públicos en los contratos que celebra para realizar obras o adquirir bienes muebles, debe someter dichas obras o suministros a licitación pública de conformidad al Art. 234 de dicha normativa.

Para el control de la administración de los fondos del Estado la Constitución en el Art. 195 hace referencia que la Corte de Cuentas de la Republica, ejercerá la contraloría en la administración del Estado, determinando en el ordinal 4º del referido artículo que es de su competencia la fiscalización económica: "...de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo y de las entidades que se costeen con fondos del Erario o que reciban subvención o subsidio del mismo".

En la Constitución de la República que entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983, previa publicación en el Diario Oficial No. 234 Tomo 281 del 16 del mes y año mencionados, establece en su Art. 1 que: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común". Esta disposición contempla la seguridad jurídica de

los habitantes como uno de los fines del Estado y la actuación de éste bajo el concepto de Administración Pública en sentido general.

2.6.2. Normativa Internacional

El Salvador ha ratificado el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, en lo relativo a las licitaciones públicas que los países suscriptores del tratado realicen. Estableciéndose en el Art. 9.1 el ámbito de aplicación y su cobertura, a la contratación de mercancías, de servicios o de ambos, por parte de las empresas nacionales e internacionales de cada Estado.

El Art. 9.2 hace referencia, a los principios generales por los que se regirá la contratación estableciendo en dicho apartado, el principio de igualdad que deberá prevalecer entre los proveedores que participen en la licitación. El Art. 9.9 establece el procedimiento a seguir para la contratación, disponiendo que la licitación debe ser abierta; sin embargo menciona algunas excepciones en que la entidad licitante podrá obviarla, tales como la ausencia de ofertas siempre que no cumplan con los requisitos esenciales para los documentos de contratación, en caso de entregas adicionales por el proveedor original y de servicios adicionales de construcción que no fueron incluidos en el contrato original.

2.6.3. Legislación Secundaria

2.6.3.1. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

En materia de contratación la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública⁴³, regula los procedimientos que deben observarse previamente a la celebración de los contratos. Esa regulación incluye una diversidad de actuaciones, algunas de carácter previo y otras que integran el proceso mismo de contratación. En ese sentido se regulan las generalidades de las contrataciones, entre cuyas disposiciones se determinan los tipos de contratos especialmente reglamentados, la calificación de los contratistas, las garantías exigidas para contratar y las formas de selección del licitante.

En el Art. 17 de la LACAP se confiere a los titulares del Ramo respectivo, entidades e instituciones autónomas, la representación legal para la ejecución de las contrataciones públicas; así también el Art. 18 establece la competencia de los mismos para la aprobación de las bases de licitación o concurso, así como la observancia de todo lo establecido en la ley. Disponiendo que la autoridad competente para la adjudicación de los contratos, la aprobación de las bases de licitación o de concurso será el titular, la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones de que se trate o el Concejo Municipal en su caso; no obstante otorga a la autoridad competente la facultad para designar a otra persona para adjudicar las adquisiciones y contrataciones que no excedan del monto de las que concede la Libre Gestión. Por su parte el

⁴³ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D.L. No. 868, de fecha 5 de abril de 2000, D.O. No. 88, T 347 de fecha 15 de mayo de 2000.

representante del Estado, en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles objeto de licitación es el Fiscal General de la República, a través de la División de la Defensa de los Intereses del Estado en su Unidad de Control de Bienes del Estado.

En lo que se refiere al procedimiento de licitación pública, el Art. 20 confiere potestad discrecional al titular para nombrar comisiones de evaluación de ofertas, ya que designa según lo crea conveniente y de acuerdo a la naturaleza de las obras de bienes y servicios, el número de miembros que la integrarán. Dicha ley en su Art. 39 literal “a” define la licitación pública como una forma de contratación y en el Art. 40 literal “a” establece los montos para la aplicación de la forma de contratación para la licitación que equivale a seiscientos treinta y cinco salarios mínimos.

El Art. 43 de la citada ley determina que las bases de licitación pública deben ser claras y precisas a fin de que los interesados conozcan detalladamente las obligaciones contractuales de tal manera que en un procedimiento de licitación pública la administración debe explicar a los licitantes en forma sencilla el contenido de las bases, esto significa que a fin de garantizar la transparencia en el procedimiento y que se respete la libre competencia y el principio de igualdad, la LACAP establece el procedimiento administrativo que se inicia a partir de la elaboración de las bases de licitación que constituyen el instrumento particular que regulará la contratación cuya redacción debe ser comprensible y concreta, a efecto de que los interesados conozcan en detalle, el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y especificaciones de las mismas.

Una vez terminadas las bases de licitación se realiza la convocatoria según lo establece el Art. 47 que dispone que ésta se efectuará en forma

notoria y destacada en los medios de prensa escrita de la República, en los que debe indicarse las obras, bienes o servicios a contratar, el lugar donde los interesados puedan retirar los documentos de información pertinentes, los derechos a pagar por las bases, el plazo para recibir ofertas y la apertura de la mismas.

Posterior a la convocatoria la Comisión de Evaluación de Ofertas, realiza la recomendación al titular ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas o para que declare desierta la licitación o el concurso; el resultado constará en acta suscrita por los miembros de la Comisión de conformidad al Art. 56 de la LACAP. Esta Comisión tomará en cuenta los aspectos técnicos y económicos-financieros y evalúa las ofertas utilizando criterios establecidos en las bases de licitación o de concurso, tal como lo dispone el Art. 55 inciso 1º es decir que el informe que se presenta al titular es determinado por especialistas en la materia.

Otro aspecto importante a mencionar es el recurso de revisión que la ley regula en el Art. 76 y según establece el Art. 77 dicho recurso es resuelto por el titular ante quien se recurre a través de una comisión de alto nivel, con esa resolución se agota la vía administrativa.

2.6.3.2. Ley del Seguro Social

En lo que respecta a la administración del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, éste se rige por su ley⁴⁴ expresando en su Art. 1 que: “De acuerdo al Art. 186 de la Constitución se establece el Seguro Social obligatorio como una institución de Derecho Público, que realizará los fines de Seguridad Social que esta ley determina...”, estableciéndose de esta forma el objeto de creación de esa institución que garantiza la seguridad social de sus habitantes.

El Art. 45 de la Ley del Seguro Social regula que la contratación de obras, bienes y servicios que fuere mayor a diez mil colones es obligación someterla a concurso, aunque en caso de construcción de obras mayores a cincuenta mil colones el Instituto está obligado a solicitar la aprobación del Órgano Ejecutivo en los Ramos de Hacienda y de Trabajo y Previsión Social.

En cuanto a los mecanismos de supervisión de la Corte de Cuentas de la República, en la ley mencionada el Art. 46 dispone que dicha Institución estará sujeta a fiscalización, nombrándose al efecto un delegado permanente que supervise directamente las operaciones del Instituto debiendo trabajar en las oficinas centrales de éste. De lo expresado se concluye que no existe un período para realizar la auditoría ya que se presume que el ente contralor está supervisando el trabajo continuamente; sin embargo se contempla en tal normativa que en caso de anomalías que el delegado observare que transgredan la ley, informará al Consejo Directivo de la Institución para que haga las consideraciones necesarias, si éste no resuelve, el delegado informa

⁴⁴ Ley del Seguro Social. D.L. 1263, publicado en el D.O. N° 226. T. 161 de fecha 11 de diciembre de 1953.

al Presidente de la Corte de Cuentas de la República para que de cumplimiento a lo preceptuado en el Art. 3 de su Ley.

2.6.3.3. Ley de la Corte de Cuentas de la República

La Ley de la Corte de Cuentas de la República,⁴⁵ en su Art. 1 establece como función principal de dicho ente la fiscalización de la Hacienda Pública y de la Ejecución del Presupuesto General en concordancia con el Art. 195 ordinal 4º de la Constitución de la República.

El Art. 3 de la referida ley, ordena que la Corte de Cuentas de la República fiscalizará las entidades que reciban asignaciones, privilegios o participaciones ocasionales de recursos públicos, incluido en esa fiscalización el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; además en las auditorías que realice “se pronunciará sobre la legalidad, eficiencia, economía, efectividad y transparencia de la gestión al examinar las actividades financieras, administrativas y operativas de las entidades y servidores sujetos a su jurisdicción.”⁴⁶ La ley en el Art. 4 designa a dicha Institución el control externo de la gestión pública, esa competencia conferida le faculta actuar preventivamente o de oficio cuando lo estime necesario.

⁴⁵ Ley de la Corte de Cuentas de la República, D.L. No. 438 de fecha 31 de agosto de 1995, D.O. 176. T.328 de fecha 25 de septiembre de 1995.

⁴⁶ Ley de la Corte de Cuentas de la República, op. cit.. Art. 21 inciso 3º.

2.6.3.4. Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado (AFI)

Por mandato de la Constitución de la República, el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Hacienda, tendrá la dirección de las finanzas públicas y estará obligado a conservar el equilibrio del presupuesto hasta donde sea compatible con el cumplimiento de los fines del Estado.

La Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado tiene por objeto normar y armonizar la gestión financiera del sector público, sujetándose a las disposiciones de la misma las dependencias centralizadas y descentralizadas del Gobierno de la República, las Instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, según lo dispone el Art. 2.

Como parte del Sistema de Administración Financiera, la Unidad de Tesorería Institucional del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, está obligada a presentar toda la información financiera de conformidad al Art. 18 de la citada ley, asimismo por ser una Institución que requiere de fondos especiales del Estado, debe formular y presentar el proyecto de presupuesto, tomando en cuenta la política presupuestaria de acuerdo a los lineamientos del Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Presupuesto según se establece en el Art. 33.

2.6.4. Normativa Reglamentaria

2.6.4.1. Reglamento de la Corte de Cuentas de la República

El Reglamento de la Ley de la Corte de Cuentas de la República,⁴⁷ explica las atribuciones en forma específica de sus departamentos de control, siendo atribución principal de la Dirección de Auditoría, realizar auditorías y exámenes especiales de las entidades y organismos sujetos a su competencia; asimismo examinar y evaluar los sistemas administrativos, financieros y de control interno, revisar los estados financieros, registros, documentos, archivos y en general las operaciones de tales entidades y organismos, hacer las observaciones, comentarios, conclusiones, recomendaciones y emitir el dictamen profesional sobre la presentación razonable de su situación financiera y los resultados de sus operaciones.

2.6.4.2. Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

Este reglamento⁴⁸ tiene por objeto regular, desarrollar y facilitar la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en sus disposiciones señala en su Art. 2 que: "...para las adquisiciones y contrataciones de la Administración

⁴⁷ Reglamento de la Ley de Corte de Cuentas de la República, D.L No. 9 de fecha 20 de junio de 1994, D.O. No. 150, T. 326 de fecha 10 de febrero de 1995.

⁴⁸ Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D.E N° 98 de fecha 20 de octubre de 2005, publicado en D.O N° 200, Tomo 369 de fecha 27 de octubre de 2005.

Pública registrarán los siguientes principios: la publicidad, la libre competencia e igualdad, la racionalidad del gasto público y la centralización normativa y descentralización operativa.”

Asimismo el Capítulo I del Título II hace referencia a la idoneidad del Jefe de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC) y a la facultad de ésta de llevar un Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones que conforme al Art. 5 del Reglamento “...constituirá el soporte de la estadística sobre contratación pública para fines estatales y contendrá información actualizada sobre la naturaleza, estado, cuantía, grado de cumplimiento de los contratistas y ofertantes de las instituciones.” También formará parte del registro la información actualizada de las personas naturales o jurídicas que han incumplido sus obligaciones contractuales y sean objeto de exclusión por las instituciones en su caso, especificando la duración de la inhabilitación y el tipo de incumplimiento. En este registro se incluirá el nombre o razón social, la fecha de sanción, los motivos que mediaron para su imposición, la fecha de vencimiento del plazo de la sanción y su cumplimiento.

La Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI), deberá suministrar la información pertinente a la UNAC. Esta información será de acceso público y la UNAC lo mantendrá en soporte informático y de ser posible accesible en línea para cualquier interesado.

Por otra parte, el Reglamento referido desarrolla la estructura de la UACI, estableciendo que la consolidación y preparación del programa anual de adquisiciones y contrataciones integrado corresponderá al Jefe de ésta (Art. 6 inc. 2), además se mencionan en el Art. 7 las atribuciones de dicha Unidad tales como: a) Coordinar las fases de implantación y administración del Sistema de

Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en la institución a que pertenece; b) Dar seguimiento permanente a la ejecución de la programación anual de adquisiciones y contrataciones; c) Requerir del solicitante de la adquisición o contratación la definición de aspectos tales como objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados y condiciones específicas de administración de los contratos, y d) Formar los expedientes de cada adquisición o contratación.

En relación a la elaboración de bases el Art. 17 de este reglamento, establece que dependiendo del tipo de adquisición o contratación requerida por el solicitante, el jefe de la UACI podrá integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de bases de licitación o concurso de acuerdo al objeto y alcance de la contratación. Éste podrá estar integrado por el solicitante de la obra, bien o servicio, el representante de la UACI y si fuere necesario, expertos en el objeto del contrato y un asesor legal. Así también dispone que si concurre alguno de los impedimentos para ofertar entre los miembros de la comisión de evaluación de ofertas será relevado y reemplazado por otra persona. En su caso, procederá la excusa o la recusación por la misma causa (Art. 6).

2.6.5. Instructivos

El procedimiento de licitación pública se desarrolla mediante el Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones aplicable al Gobierno Central, Instituciones Oficiales Autónomas y Municipales, instrumento técnico cuyo objeto de creación basado en la ley ha sido establecer los parámetros como forma de orientar a la administración pública determinando estándares y formularios para cada etapa del procedimiento, su asidero legal es el Art. 43

inciso 2º de la LACAP estableciendo que las bases de licitación o de concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones.

El referido instructivo ha sido elaborado por la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública para que exista unificación de criterios en el procedimiento realizado por cada UACI de las instituciones, constituyéndose para su aplicación las normas y competencias del procedimiento de la licitación el cual está basado en la ley especial que lo regula, así también contempla la forma de elaborar las bases de licitación y presenta los formularios para el acto que se realiza dentro del procedimiento administrativo.

2.6.6. Jurisprudencia

La Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de seguridad jurídica, al expresar que: “Para determinar el contenido del principio de seguridad jurídica resulta imprescindible tener presente lo indicado en el informe único de la Comisión de Estudio del Proyecto de la Constitución de 1983 pues en el mismo se puntualiza que, el artículo 2 del proyecto consigna que toda persona tiene derecho a la vida, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad, posesión y a ser protegida en la conservación de los mismos. Este concepto con similar redacción estaba comprendido en el artículo 163 de la Constitución de 1962. El concepto de seguridad aquí incluido es, en opinión de la Comisión, algo más que un concepto de seguridad material. No se trata únicamente del derecho que pueda tener una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo que ilegítimamente amenace sus derechos sino también se trata de la seguridad jurídica como concepto

inmaterial ya que es la certeza del imperio de la ley, en el sentido que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara"⁴⁹. Este principio impone al Estado el deber necesario de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos constitucionales, delimitando de esa manera las facultades y deberes de los órganos públicos.

Para que exista seguridad jurídica no basta que los derechos aparezcan en forma enfática en la Constitución de la República, sino que es necesario que tengan un goce efectivo. Es decir que desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho. La Sala de lo Constitucional sostiene que seguridad jurídica es "la certeza que el particular posee que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente."⁵⁰

En relación al procedimiento de las licitaciones públicas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la actividad de la Administración Pública, además de sus manifestaciones de carácter unilateral existen otras de carácter bilateral, en la que entabla relaciones con otros sujetos de derecho como suele acontecer en la contratación pública. Este proceso comprende dos fases perfectamente

⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo Constitucional, referencia 74-98, de fecha 15 de junio de 1999.

⁵⁰ Ibidem.

definidas: el procedimiento de licitación o selección del contratista y la contratación.

Es de advertir que en jurisprudencia de la Sala se ha establecido que la licitación es un procedimiento administrativo de selección y análisis acerca de las propuestas de los oferentes, cuyo fin es encontrar la oferta más favorable en atención a los intereses estatales y del bien común que persigue la función de la Administración. El resultado de ese procedimiento constituye el acto de adjudicación mediante el cual el Estado determina cuál resultó ser la oferta más ventajosa y la da por aceptada habilitándose la futura celebración del contrato.

También en jurisprudencia de la referida Sala se ha considerado que “las bases de licitación contienen cuatro postulados en su contenido: a) el objeto licitado se define mediante elementos cualificativos y cuantitativos de individualidad que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública; b) regulan exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas; c) cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito dado que las mismas se encuentran contenidas en disposiciones legales positivas, y d) siempre existe una fijación de actos y afectaciones que sientan las reglas a seguir, lo anterior incluye el ejercicio de ciertos derechos, solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado.

De lo anterior se concluye que el contenido de las bases de licitación tiene como finalidad específica, fijar los extremos de participación y condiciones de realización de las facultades de la Administración Pública, es por ello que las

mismas constituyen un derecho positivo derivado de una relación precontractual.”⁵¹

En sentencia pronunciada por la referida Sala ⁵² se ha establecido que la licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no sólo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares. Por ende debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable y a las bases de licitación.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos que le dan validez y tienden a asegurar la transparencia y legitimidad del mismo. En anteriores resoluciones dicha Sala ha sostenido que un proceso de licitación manejado conforme a derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

La transparencia como principio rector de la licitación pública, exige de la administración el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control, ésta y la publicidad están íntimamente ligadas a la posibilidad de participación en el procedimiento licitatorio.

⁵¹ Sentencia emitida en Proceso Contencioso Administrativo No. 285-A-03.

⁵² Proceso Contencioso Administrativo, 23-J-2003.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. PRESENTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el capítulo ha desarrollar se presenta de forma sencilla y clara la hipótesis de trabajo que es el resultado del estudio del marco de análisis y que ha permitido encontrar una respuesta al problema, a través de los extremos de prueba con los que se ha podido someterla a verificación.

Dicha hipótesis se ha complementado con la fundamentación de sus extremos de prueba, luego se ha realizado su contextualización en donde se hace un análisis de la relación causal formada a la vez por las relaciones entre los distintos factores que lo conforman, seguidamente se desarrolla la operativización de la hipótesis en donde se comprueban las variables y sus indicadores que servirán para plantear las preguntas derivadas, por último y en forma breve se exponen las técnicas que se han utilizado para la respectiva investigación.

3.1.1. Formulación y Explicación de Hipótesis de Trabajo

A manera de proporcionar una respuesta tentativa al problema planteado sujeta a la comprobación correspondiente, se ha formulado la siguiente hipótesis de trabajo: “En las licitaciones públicas realizadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el abuso de la potestad discrecional es el principal factor que influye en la adecuada aplicación de la Ley de

Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y como consecuencia se afecta el principio de la seguridad jurídica y de las garantías fundamentales de los ofertantes.”

El enfoque que se le ha dado ha sido basado en una visión realista del problema en estudio, relacionando la norma jurídica con el hecho, esto ha permitido descomponer la hipótesis de trabajo en tres elementos estructurales que son: las unidades de análisis, las variables y los elementos lógicos.

El Instituto Salvadoreño del Seguro Social constituye la unidad de análisis, en virtud de ser esta institución la que ha presentado mayores anomalías en sus licitaciones públicas.

Del segundo elemento se desprenden las variables independiente y dependiente, ubicando como variable independiente “el abuso de la potestad discrecional en las licitaciones públicas” y como la variable dependiente “la afectación del principio de la seguridad jurídica”.

Las variables mencionadas se derivan del comportamiento que han presentado las licitaciones públicas realizadas por el I.S.S.S., por medio de su Unidad de Adquisiciones y Contrataciones, siendo la principal causa del problema la potestad discrecional que la ley confiere a los funcionarios públicos, ya que ésta al no ser aplicada dentro de los parámetros que la misma ley faculta conlleva dentro del procedimiento licitatorio, a la toma de decisiones privilegiadas en la fase de selección de ofertas, generando desigualdad para los participantes y en consecuencia afectando la seguridad jurídica que en el ordenamiento jurídico de todo Estado de derecho es un principio fundamental cuya transgresión deriva la violación de derechos y garantías constitucionales para los ofertantes en las licitaciones públicas al no permitir la participación igualitaria.

Por último los elementos lógicos de la hipótesis planteada han sido obtenidos de la relación de las unidades de análisis con las variables y éstas entre sí, tomando como factor incidente, el abuso de la potestad discrecional ya que ésta influye en gran medida en la aplicación de la LACAP y de ella deriva la afectación del principio de seguridad jurídica.

3.1.2. Extremos de Prueba

Para fundamentar la hipótesis de trabajo se ha verificado cada una de sus variables a efecto de probar que existe una relación causal entre ambas.

1º EXTREMO (CAUSA): El abuso de la potestad discrecional de los funcionarios públicos ha influido en la aplicación de la LACAP.

2º EXTREMO (EFECTO): En las licitaciones públicas que ha celebrado el I.S.S.S., el principio de seguridad jurídica ha sido afectado.

3º EXTREMO (RELACION CAUSAL): En las licitaciones públicas realizadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el abuso de la facultad discrecional es el factor principal que influye en la aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, afectando directamente el principio de seguridad jurídica.

3.1.3. Fundamento de la Hipótesis de Trabajo

En el primer extremo de prueba que se plantea ha tenido como base las irregularidades que se han dado a conocer en los procedimientos licitatorios

realizados por I.S.S.S., cuya publicidad a través de las investigaciones realizadas por los medios de comunicación y el ente contralor, permitió que dicha institución fuese objeto de señalamientos en el período determinado debido a las inconsistencias que dichos procedimientos han tenido, a manera de ejemplo la supresión de algunas etapas del procedimiento administrativo, así como la forma en que se evalúa la selección de ofertas que en la mayoría de casos ha sido el resultado de la discrecionalidad utilizada por el funcionario competente, en virtud que la misma ley lo faculta; pero en tales casos excede el espíritu de la ley permitiendo el abuso de la potestad discrecional.

El segundo extremo se fundamenta en la manifestación del abuso de esa potestad discrecional en los procedimientos licitatorios, ya que afecta los principios administrativos y constitucionales por los que se rigen, por consiguiente influye en la adecuada aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, al extralimitarse en la toma de decisiones, ya que son muchos los casos conocidos en los que no se le ha dado el debido cumplimiento.

En consecuencia se genera inseguridad para los ofertantes en la licitación, permitiendo la violación al principio de seguridad jurídica, fundamental en todo ordenamiento jurídico.

3.1.4. Contextualización de la Hipótesis de Trabajo

El abuso de la potestad discrecional en los procedimientos licitatorios es la causa principal que determina la aplicación de la ley, produciendo la afectación del principio de seguridad jurídica. De ello parten las variables

planteadas en la hipótesis de trabajo de las que se derivan factores que se relacionan entre sí para explicar el problema.

Es decir si la ley permite la potestad discrecional se entiende que debe ser aplicada respetando el ordenamiento jurídico, claro está que al concederle dicho ordenamiento al funcionario público la libertad de tomar decisiones, permite que éste se exceda discrecionalmente en la aplicación de la ley; este abuso en decidir discrecionalmente produce consecuencias como la desigualdad de los participantes.

Por otra parte no existe unificación de criterios de selección de ofertas, lo que permite que la valoración sea subjetiva ya que en la mayoría de casos se adjudica a la misma empresa una serie de licitaciones y existen factores que en forma secundaria también explican el problema, como los escasos mecanismos inmediatos de supervisión por parte de la Corte de Cuentas de la República, puesto que las auditorías en las que ha hecho señalamientos por irregularidades, han sido posteriores a los señalados por los medios de comunicación, por lo que se requiere un control eficaz y continuo por parte del mencionado ente, a fin de verificar la adecuada y apropiada aplicación de la ley para llevar a cabo los procedimientos licitatorios.

3.2. OPERATIVIZACIÓN DE HIPÓTESIS

3.2.1. Variables e Indicadores

De la hipótesis planteada se desprenden las variables tanto la dependiente e independiente con sus respectivos indicadores, las que se muestran de la siguiente manera:

VARIABLE INDEPENDIENTE “X”

Abuso de la potestad discrecional

VARIABLE DEPENDIENTE “Y”

Afectación de la Seguridad Jurídica

INDICADORES DE “X”

X1 Presencia de Corrupción

X2 Irregularidades en el Procedimiento

X3 Desigualdad entre ofertantes

X4 Ley permite tácitamente la discrecionalidad

X5 Adjudicaciones subjetivas

INDICADORES DE “Y”

Y1 Inadecuada aplicación de la ley

Y2 Escasos mecanismos de Supervisión por el ente contralor

Y3 Arbitrariedad en la selección de ofertas y adjudicación de contrato

Y4 Violación de principios constitucionales y administrativos

Y5 Escasos mecanismos de impugnación

3.2.2. Preguntas Derivadas

1x ¿Considera que por el abuso de la facultad discrecional se puede generar corrupción en los procedimientos licitatorios? y

¿Tiene conocimiento de licitaciones adjudicadas ilegalmente en el I.S.S.S.?

2x ¿Estima que en las licitaciones públicas realizadas por el I.S.S.S., ha existido irregularidad en el procedimiento?,

¿En las licitaciones en que ha participado ha habido cumplimiento de las etapas del procedimiento licitatorio? y

¿Conoce de licitaciones adjudicadas a empresa que no cumplían los requisitos?

3x En relación a los procedimientos licitatorios en los que ha participado, ¿se ha manifestado la libre competencia de los ofertantes e igualdad de los mismos?

¿Se le ha informado, oportunamente sobre las bases de licitación? y

¿En los procesos de licitación en que ha sido parte, ha existido igualdad de oportunidades para los participantes?

4x ¿Estima conveniente que los funcionarios resuelvan discrecionalmente en los procesos licitatorios?

5x ¿En las licitaciones en que ha intervenido la adjudicación ha sido en forma objetiva?

1y ¿Cree que en los procedimientos licitatorios existe inadecuada aplicación de la ley? y

¿Considera que la discrecionalidad afecta el procedimiento licitatorio?

2y ¿Considera que los mecanismos de supervisión por parte de la Corte de Cuentas de la República son escasos?

3y ¿Tiene conocimiento si ha existido arbitrariedad en la selección de ofertas y selección de contratos?

4y ¿Diga si en los procedimientos licitatorios realizados por el I.S.S.S., existe violación de principios constitucionales y administrativos?

3.2.3. Técnicas de Verificación

Ha sido importante la utilización de las siguientes técnicas:

Documentales: Permitió obtener información que contribuyó en la elaboración teórica del problema de investigación con apoyo de revistas, artículos de periódicos, libros y otros.

De Campo: Fue de suma importancia la utilización de la encuesta, para comprobar la hipótesis de trabajo, a través de la opinión de diversas empresas involucradas.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

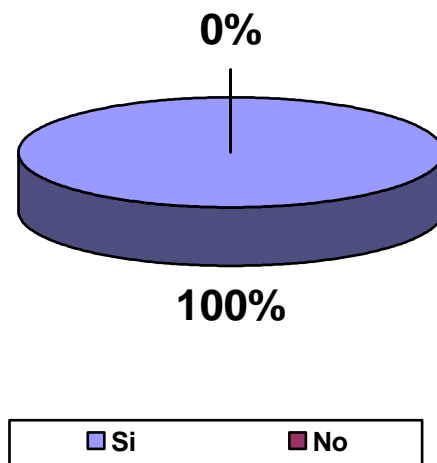
El presente capítulo contiene la presentación de los resultados que consisten en dar una explicación de las encuestas realizadas a los participantes de licitaciones públicas en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; luego se hace una interpretación de éstos relacionados con la hipótesis de trabajo, los extremos de prueba y los objetivos generales y específicos.

4.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Después de haber desarrollado la investigación, se considera que la técnica de campo más indicada para el presente caso, son las encuestas realizadas ya que han permitido obtener opiniones de personas que han estado involucradas en procedimientos de licitaciones públicas que ha realizado la institución en estudio, cada encuesta fue efectuada con un total de diecisiete preguntas las cuales están plasmadas con sus respectivas respuestas y conclusiones de una manera gráfica para mayor detalle de los resultados obtenidos.

Pregunta 1

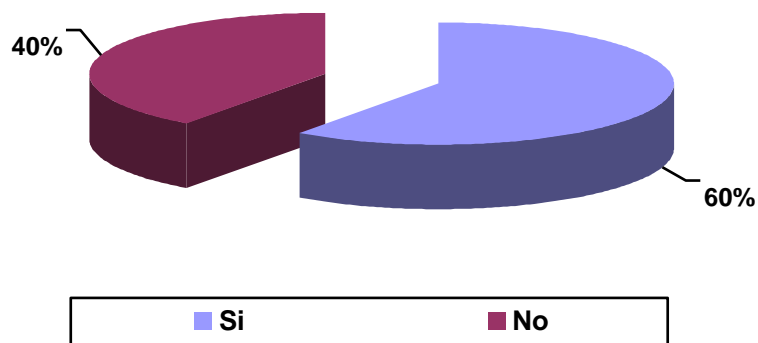
¿Ha participado como ofertante su empresa en licitaciones públicas del I.S.S.S.?



En relación a esta pregunta todas las personas respondieron afirmativamente, porque han participado en los procedimientos licitatorios realizados por el I.S.S.S.

Pregunta 2

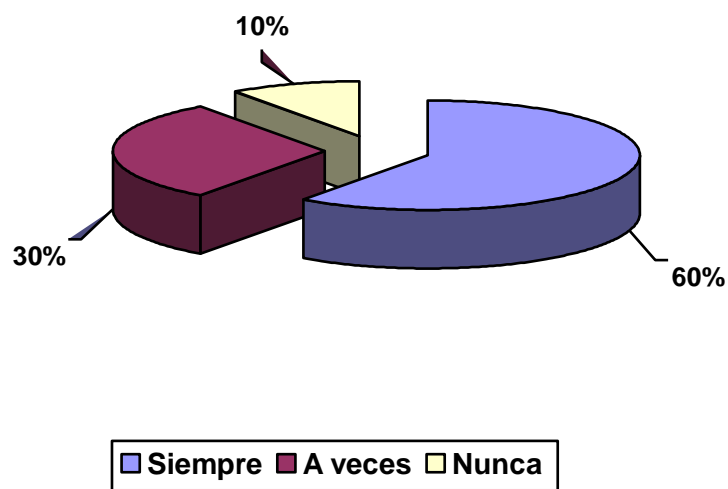
¿Ha sido su empresa beneficiada con adjudicaciones de licitaciones públicas por el I.S.S.S.?



El sesenta por ciento de las personas expresó que sí les han sido adjudicados en alguna ocasión, licitaciones públicas, mientras que el cuarenta por ciento manifestó que no, a pesar de haber participado en esos procedimientos no se les adjudicó licitación alguna.

Pregunta 3

¿Considera que la potestad discrecional permitida en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, puede generar corrupción en los procedimientos licitatorios?

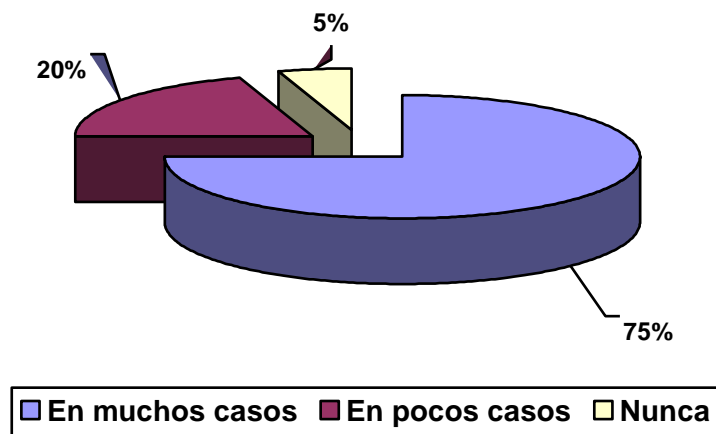


El noventa por ciento de los encuestados respondió que la potestad discrecional regulada en la LACAP, siempre o a veces puede generar corrupción en los procedimientos licitatorios, es decir que se inclinan por una tendencia negativa de los funcionarios públicos al decidir discrecionalmente tal procedimiento.

En cambio, el diez por ciento no consideran que dicha potestad discrecional sea un factor que propicie la corrupción.

Pregunta 4

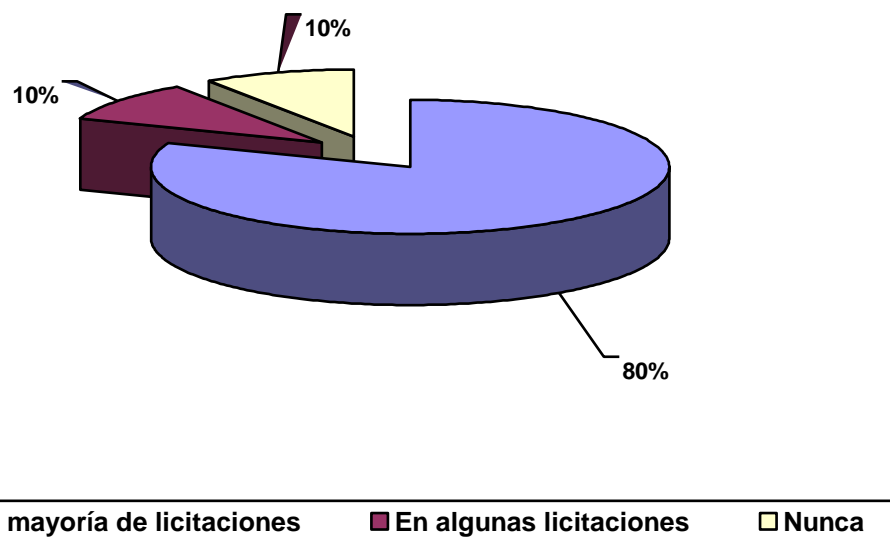
¿Tiene conocimiento de licitaciones adjudicadas ilegalmente dentro del I.S.S.S.?



El setenta y cinco por ciento respondió con seguridad que tiene conocimiento de licitaciones adjudicadas ilegalmente; sin embargo con tendencia a esa ilegalidad el veinte por ciento contestó que efectivamente han tenido conocimiento de algunos casos, lo cual indica que del cien por ciento la mayoría de los encuestados, es decir el noventa y cinco por ciento, afirma que las adjudicaciones celebradas en el I.S.S.S., son adjudicadas ilegalmente y solo un cinco por ciento no tiene conocimiento.

Pregunta 5

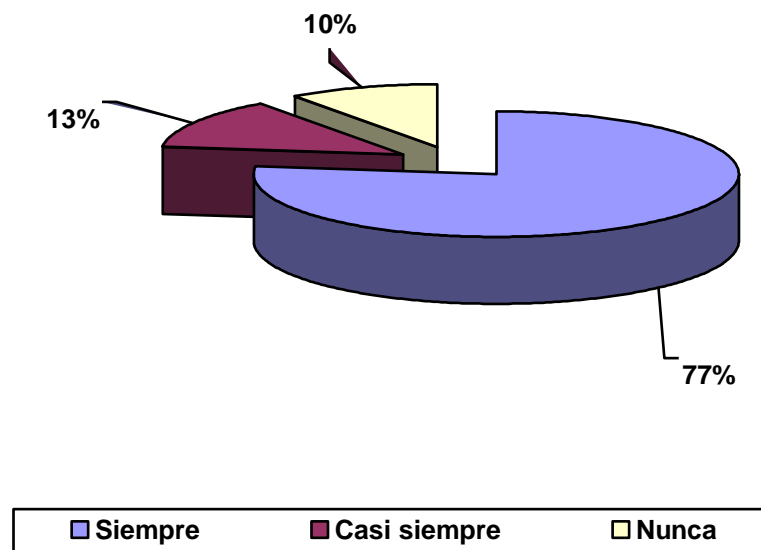
¿Considera que en las licitaciones públicas realizadas por el I.S.S.S., ha existido irregularidad en el procedimiento?



El ochenta por ciento expresó que en la mayoría de licitaciones públicas celebradas, existe irregularidad en los procedimientos; el diez por ciento considera que en algunas licitaciones y el diez por ciento respondió que nunca hubo irregularidades.

Pregunta 6

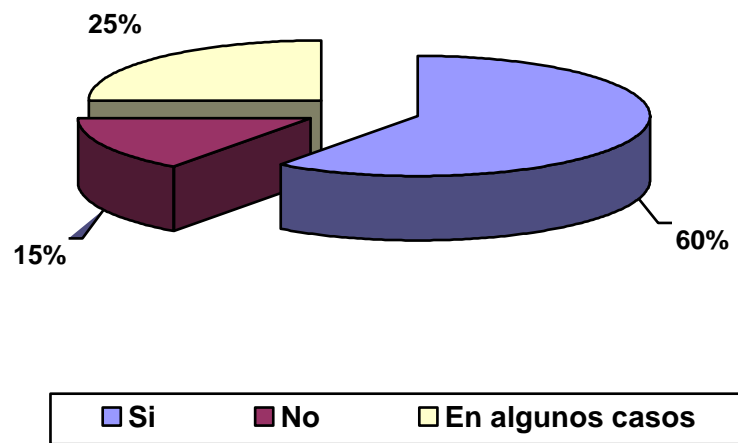
¿En las licitaciones en que usted ha participado se cumplen las etapas del procedimiento licitatorio?



Para esta interrogante el setenta y siete por ciento de los encuestados respondió que en las licitaciones que han participado se ha obviado ciertas etapas en el procedimiento; mientras que el trece por ciento manifestó que casi siempre se cumplían las etapas del mismo, y el diez por ciento expresó que nunca se cumplían.

Pregunta 7

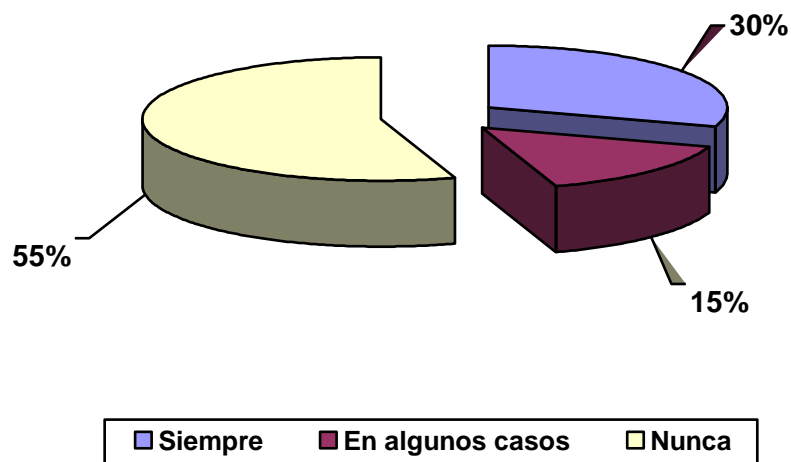
¿Existen licitaciones adjudicadas a empresas que no cumplían los requisitos correspondientes?



En relación a esta interrogante, el sesenta por ciento manifestó que existían licitaciones adjudicadas a empresas sin cumplir con los requisitos correspondientes, esto en muchas ocasiones fue alegando una elección de “mejor oferta” como consecuencia de la potestad discrecional; por otra parte las personas que consideran que si han existido adjudicaciones de esa manera fue el veinticinco por ciento, mientras que el quince por ciento considera que no se han adjudicado licitaciones a empresas sin cumplir los requisitos.

Pregunta 8

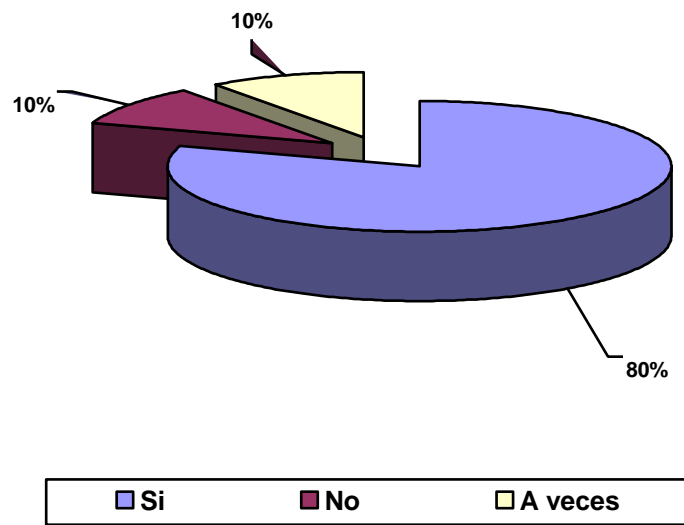
¿En relación a los procedimientos licitatorios en los que ha intervenido se ha manifestado la libre competencia de los ofertantes?



El cincuenta y cinco por ciento de los participantes consideran que la libre competencia en los procedimientos licitatorios nunca se manifiesta; el treinta por ciento, estima que siempre, y el quince por ciento afirma que en algunos casos se ha manifestado en los procedimientos licitatorios.

Pregunta 9

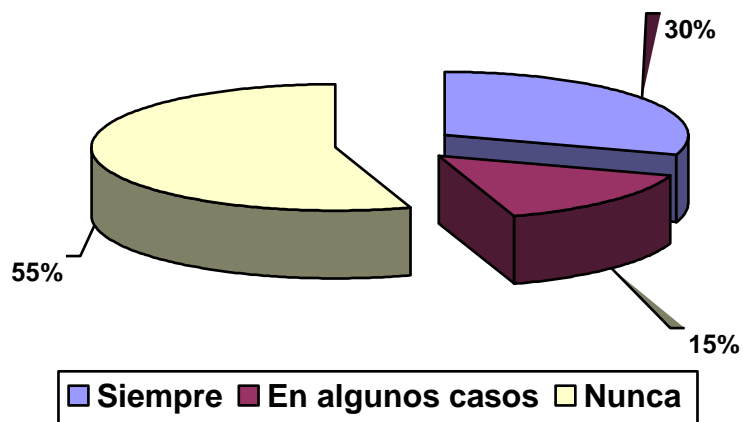
¿Se le ha informado oportunamente sobre las bases de licitación?



El ochenta por ciento expresó que sí los han informado; el diez por ciento manifestó que no han tenido conocimiento sobre esas bases, y el diez por ciento, exteriorizó que a veces se les ha informado en forma oportuna.

Pregunta 10

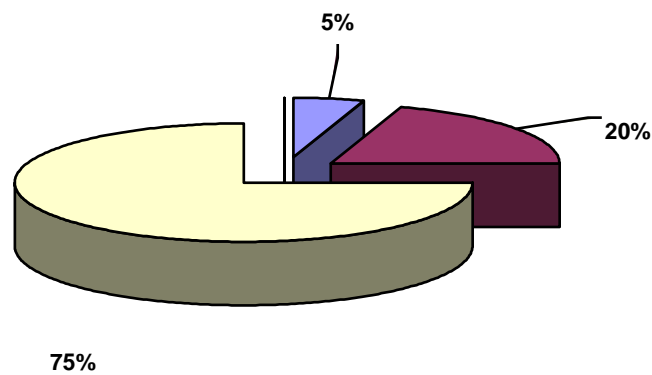
¿Ha existido igualdad de oportunidades para los participantes en los procesos licitatorios?



El cincuenta y cinco por ciento respondió que nunca ha existido igualdad de oportunidades para los ofertantes; mientras que el treinta por ciento considera que siempre existe igualdad y el quince por ciento estima que en algunos casos.

Pregunta 11

¿Estima factible que los funcionarios resuelvan discrecionalmente en los procesos licitatorios?

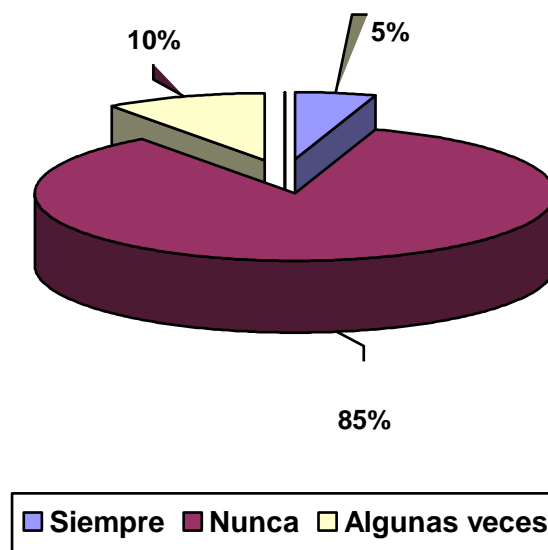


- Si es aplicable en todos los casos
- Es aplicable en algunos casos
- Es mejor que no existiera la discrecionalidad en los procedimientos

El setenta y cinco por ciento coincidió que en los procesos licitatorios debía resolverse sin discrecionalidad por parte del funcionario, porque ello se presta a una decisión “justificada” en la adjudicación de la licitación a determinadas empresas; mientras que el veinte por ciento fue de la opinión que la potestad discrecional era aplicable en determinados casos pero no en todo el proceso licitatorio, por otra parte, el cinco por ciento consideró acertada la potestad discrecional en tales procedimientos.

Pregunta 12

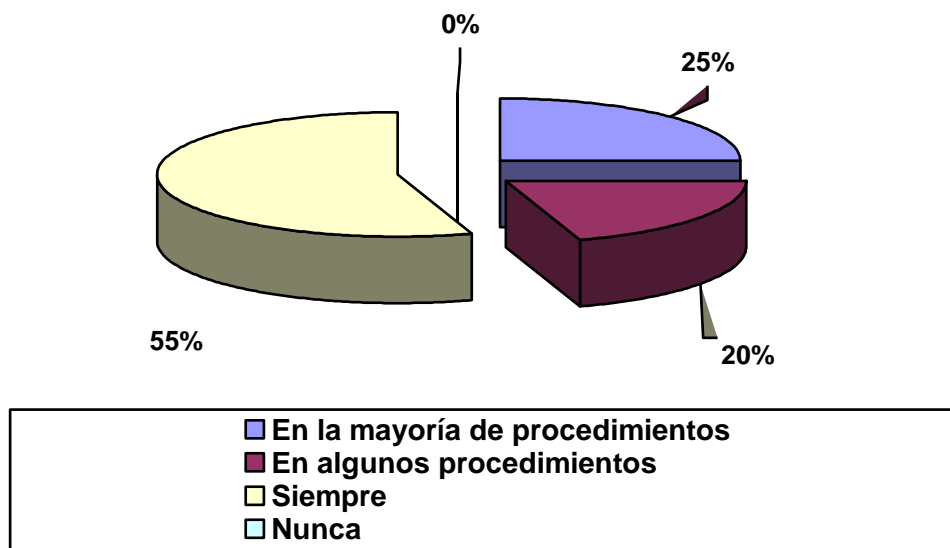
¿En las licitaciones en qué ha participado, la adjudicación ha sido objetiva?



El ochenta y cinco por ciento, estima que, según su experiencia como participantes de licitaciones públicas en el I.S.S.S., la adjudicación no fue objetiva, debiéndose en gran parte a que se notó el interés de beneficiar a alguna empresa, valiéndose de interpretaciones en la aplicación de la potestad discrecional, el diez por ciento dijo que algunas veces dichos procedimientos son objetivos en la etapa de adjudicación y el cinco por ciento considera que siempre es objetiva.

Pregunta 13

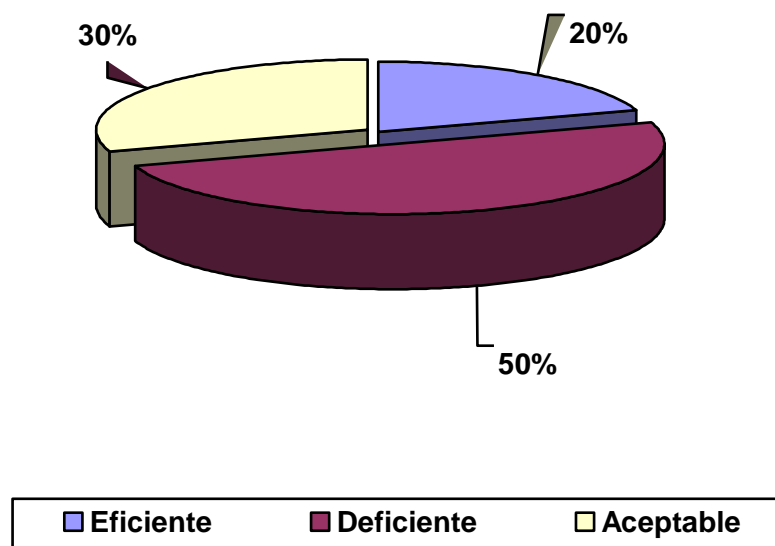
12. ¿Cree usted que en los procedimientos licitatorios existe inadecuada aplicación de la ley?



Para la presente interrogante, la mayoría de los encuestados fueron de la opinión que siempre existía aplicación inadecuada de la ley en los procedimientos licitatorios; no obstante el porcentaje no fue muy alto en relación a preguntas anteriores ya que el cincuenta y cinco por ciento lo aseveró; el veinticinco por ciento opinó que ello era en la mayoría de procedimientos y el veinte por ciento estima que solamente se da en algunos; pero la tendencia en la pregunta fue que nadie consideró que tal situación no se daba, coincidiendo en que uno de los factores que propicia lo anterior, es la potestad discrecional que la misma ley confiere al funcionario público.

Pregunta 14

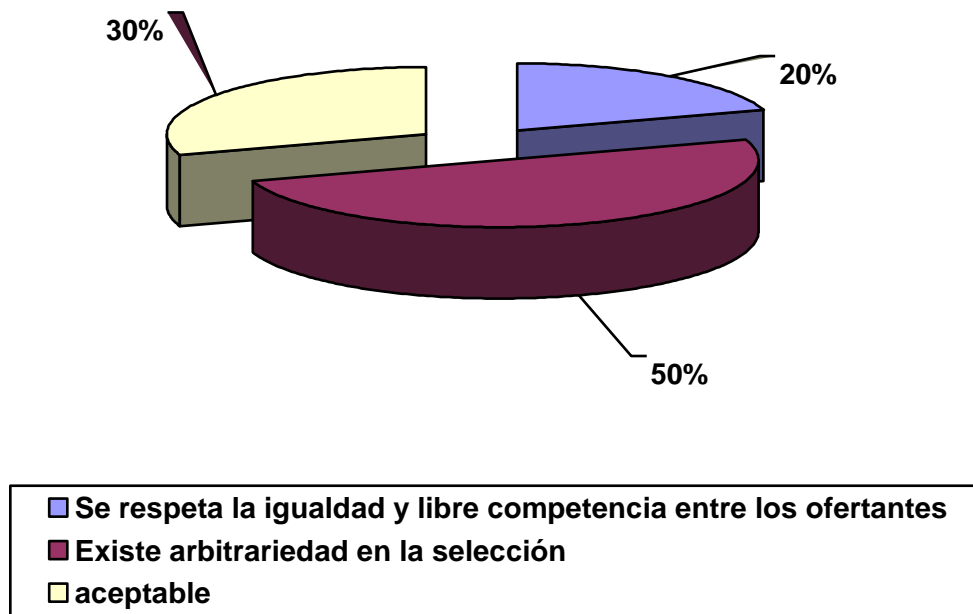
¿Cómo considera los mecanismos de supervisión de la Corte de Cuentas de la República en los procedimientos licitatorios del I.S.S.S.?



El cincuenta por ciento de los encuestados estima que los mecanismos de supervisión son deficientes, pues consideran que no son constantes y permanentes en cada procedimiento licitatorio; mientras que el cincuenta por ciento se encuentra dividido, entre los que opinan que dichos mecanismos de supervisión son aceptables (30%) y eficientes (20%).

Pregunta 15

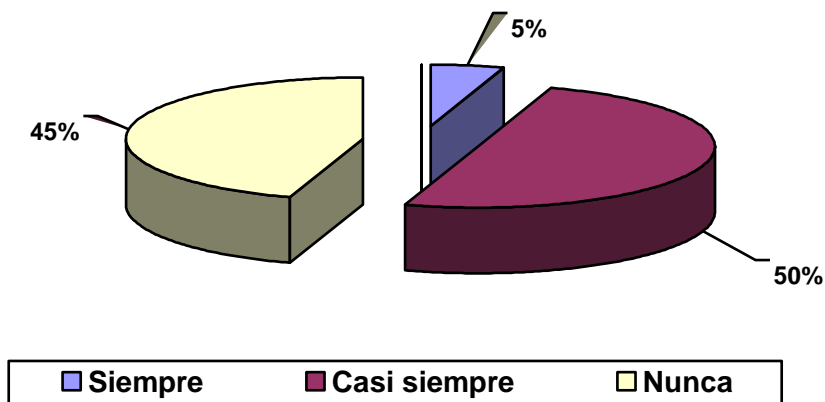
¿Cómo se celebran los procedimientos de selección de ofertas y adjudicación de contratos en el I.S.S.S.?



Para responder esta interrogante, la mitad de los encuestados manifestaron que según su experiencia, existe arbitrariedad en la selección; el treinta por ciento considera como aceptable la selección de ofertas y adjudicación de contratos y el veinte por ciento, es de la opinión que se respeta la igualdad y libre competencia entre los ofertantes en las etapas del procedimiento licitatorio.

Pregunta 16

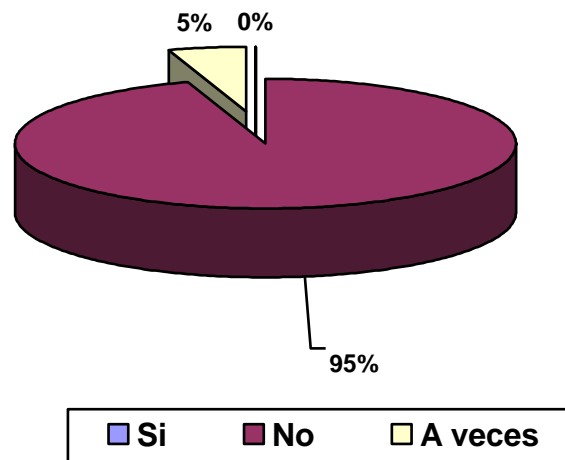
¿Considera que en los procedimientos licitatorios realizados por el I.S.S.S., se respetan las garantías y los principios constitucionales?



El cincuenta por ciento respondió que casi siempre se respetan las garantías y los principios constitucionales; el cuarenta y cinco por ciento opina que tales garantías y los principios nunca son respetados; mientras que el cinco por ciento considera que siempre se respetan.

Pregunta 17

¿Le merece confianza la forma de llevar a cabo los procedimientos licitatorios por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social?



Para finalizar la encuesta, la totalidad de personas que colaboraron manifestaron su opinión de no merecerle confianza los procedimientos de licitación pública que lleva a cabo el I.S.S.S., por diferentes motivos que en su oportunidad expresaron tales como intereses personales, tráfico de influencias y abuso de la potestad discrecional de los funcionarios.

4.2. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Producto del procesamiento de las encuestas realizadas a un total de cien empresas seleccionadas que han sido participantes u ofertantes de procedimientos licitatorios llevados a cabo en el I.S.S.S., y como muestra representativa de esta investigación se ha concluido lo siguiente:

- Que es notoria la desconfianza que implica para la mayoría de personas la aplicación de la potestad discrecional en los procedimientos licitatorios por cuya vía se genera corrupción.

- Se evidenció que para la mayoría de empresas participantes las adjudicaciones celebradas en el I.S.S.S., son realizadas ilegalmente, independientemente que en alguna ocasión hayan o no ganado las licitaciones públicas; como consecuencia se considera que en dichos procesos licitatorios existen irregularidades.

- También se constató que para la mayor parte de los encuestados en los procedimientos licitatorios siempre o casi siempre se cumplen las etapas del mismo.

- Que existe un alto porcentaje de licitaciones adjudicadas a empresas que no cumplen los requisitos que la LACAP señala.

- Que es alta la tendencia existente en los procedimientos licitatorios en que no se manifiesta la libre competencia de los ofertantes.

- Que hay información oportuna aceptable acerca de las bases de licitación para las empresas participantes.

- Que un alto índice de los encuestados estima que no se brinda igualdad de oportunidades para los participantes en los procedimientos mencionados.

- Los participantes son de la opinión que dada la potestad discrecional, los funcionarios pueden elegir una “mejor oferta” y con ello adjudicar licitaciones a empresas con alguna irregularidad.

- Se constató que para los participantes de los procedimientos de licitación pública del I.S.S.S., sería mejor que no se resolviera discrecionalmente.

- Que casi la totalidad de personas que colaboraron, estiman que las adjudicaciones no se otorgan en forma objetiva.

- Que se estima en los procedimientos licitatorios que no existe adecuada aplicación de la ley (LACAP).

- Que no existe total confianza en los mecanismos de supervisión que ejerce la Corte de Cuentas de la República.

- Se evidenció que para un alto porcentaje de empresas participantes existe arbitrariedad en la selección de ofertas y adjudicación de contratos.

- Que para la mayoría de participantes no existe respeto hacia las garantías y procedimientos constitucionales.

- Que la totalidad de participantes no confía en la forma de llevar a cabo los procedimientos licitatorios por el I.S.S.S.

4.2.1. Interpretación de resultados en relación a la hipótesis

Cabe recordar la hipótesis planteada: “En las licitaciones públicas realizadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el abuso de la potestad discrecional es el principal factor que influye en la adecuada aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración

Pública, y como consecuencia se afecta el principio de la seguridad jurídica y de las garantías fundamentales de los ofertantes”.

Para darle solución a la interrogante planteada, se retomará toda la información procesada de las encuestas realizadas y de acuerdo a éstas encontramos que los extremos de prueba que se plantearon para la hipótesis de trabajo, se han comprobado las siguientes conclusiones:

- Un alto índice de los encuestados estimó que la potestad discrecional es un factor por medio del cual se genera corrupción, lo que es contrario al espíritu del ordenamiento jurídico y para el caso el que regula la licitación pública que es la LACAP como norma secundaria y por ende a la Constitución de la República, afectándose el principio de la seguridad jurídica.
- Para muchos de los participantes la potestad discrecional es causa de adjudicaciones realizadas a empresas que no cumplían los requisitos de ley, con el “pretexto” de elegir la “mejor oferta”.
- Para un alto porcentaje de participantes es mejor que no existiera la discrecionalidad en los procedimientos licitatorios, puesto que con ella se justifican algunas acciones o decisiones aplicadas. Lo que vale decir, redundando en una aplicación inadecuada de la ley puesto que en la misma, el legislador planteó los parámetros, modalidades, principios y otros que

regirían tales procedimientos y que pueden verse afectados o alterados al resolverse discrecionalmente.

- Para la mayoría de los participantes no existe objetividad en la adjudicación y mucho de ello se debe a que no se sabe si el funcionario valiéndose de su discrecionalidad y con cualquier interpretación de ésta, beneficie a determinada empresa.

- La totalidad de encuestados concluyó en afirmar que la potestad discrecional que la ley en algunos casos permite, es factor que propicia la inadecuada aplicación de la ley en los procedimientos licitatorios.

- Existe una serie de violaciones a la seguridad jurídica, ya que de acuerdo a lo investigado mediante la técnica de campo, gran parte de los encuestados como partícipes de procesos licitatorios llevados cabo en el I.S.S.S., opinan que en éstos no existe igualdad de oportunidades para los participantes, que existe arbitrariedad en la selección, que tampoco se respetan las garantías y los principios constitucionales, que han existido licitaciones adjudicadas ilegalmente y en consecuencia, no existe adecuada aplicación de la ley, afectándose el principio de la seguridad jurídica cuyo respeto es primordial en un Estado de derecho, puesto que al verse afectado éste los participantes se ven en la incertidumbre de qué puede suceder en determinados procesos licitatorios no sintiendo plena confianza en los mismos.

Respecto a las conclusiones antes apuntadas, se estima que los extremos de prueba establecidos en la hipótesis de trabajo se han cumplido, ya que por medio de la técnica de campo fueron diversas las opiniones recogidas que de una u otra manera aseveraron que por medio de la potestad discrecional se permite una inadecuada aplicación de la ley, puesto que muchas veces atendiendo a tal potestad se han decidido, entre otras situaciones, adjudicar licitaciones a empresas que al final son cuestionadas en cuanto si realmente cumplían los requisitos que la LACAP establece, por consiguiente también el principio de la seguridad jurídica se ve afectado, al no existir un procedimiento uniforme conforme está establecido.

Asimismo, a efecto de robustecer lo dicho en las conclusiones mencionadas cabe hacer mención que en la actividad predominantemente reglada la conducta administrativa está predeterminada en concreto por la norma, en cambio, la norma atributiva de competencia utiliza por lo común, en la cópula de enlace entre el antecedente y el consecuente, la locución “podrá”, además de contener en el primero, en el segundo, o en ambos, fórmulas habilitantes de más de una actuación válida.

La cuestión de la índole de la decisión adjudicatoria se presenta, especialmente, cuando la norma utiliza como criterio de adjudicación la locución “oferta más conveniente” u otras equivalentes, habilitándose la actividad discrecional y que para el caso, según gran parte de representantes de empresas que se han visto involucradas como participantes en procedimientos licitatorios del I.S.S.S., aseguran que se puede prestar a irregularidades en el procedimiento y por ende en la aplicación de la ley, pues no se cumple con el espíritu real de ésta, al estimar que en determinados casos se pueda dejar a discreción del funcionario correspondiente determinada decisión lo que al final traerá una inseguridad jurídica para los partícipes.

De ahí que la pretensión de obligatoriedad que caracteriza a un ordenamiento jurídico es absolutamente necesario el establecimiento de un marco jurídico legal y la convicción de sus integrantes por acatar en completa observancia sus disposiciones, lo que puede verse distorsionado en cuanto a potestades que el mismo confiere al funcionario que aplica la norma, quien en consideración a su criterio, antojo o erróneamente puede hacer uso de tales potestades, como la discrecional.

4.2.2. Interpretación de resultados en relación a los objetivos

Respecto a los objetivos formulados para la investigación, se obtuvieron los siguientes resultados:

No existe mayor garantía de la seguridad jurídica a los oferentes en los procedimientos de licitación pública realizados por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; en consecuencia, los participantes normalmente consideran el procedimiento como algo incierto, es decir que muchas veces no saben qué conclusión tendrá el mismo, si realmente se buscará la adjudicación a empresa que convengan a los intereses de la institución e incluso a beneficio del funcionario o/y demás empleados de dicha institución que también intervienen en el procedimiento.

Por otra parte se identificaron una serie de factores que inciden en la afectación del principio seguridad jurídica de los cuales se ha hecho mención en párrafos que anteceden, siendo a nuestro criterio, el factor principal la potestad discrecional que se concede al funcionario, ya que se identificaron dentro de ésta supuestos generadores de actividad discrecional.

Así también la presente investigación nos ha permitido dar respuesta al problema, y en base a la misma hacer recomendaciones que contribuyan a una mayor garantía y respeto de la seguridad jurídica en las licitaciones públicas que realiza el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

En el contexto del presente trabajo de investigación se ha sostenido que el abuso de la potestad discrecional utilizada por el funcionario público, es el principal factor que incide en la inadecuada aplicación de la LACAP, y de éste se derivan una serie de factores que contribuyen a la afectación del principio de seguridad jurídica, tal afirmación ha sido comprobada mediante los resultados de la investigación, permitiendo alcanzar los objetivos propuestos al inicio de este trabajo. Por lo que a continuación se presentan las conclusiones finales a las cuales se llegó luego de contrastar la información obtenida a través de la documentación bibliográfica, la observación y de las encuestas realizadas a empresas participantes de licitaciones públicas realizadas por el I.S.S.S.:

- En los procedimientos de licitación pública que celebra el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, la potestad discrecional que le confiere la ley a los funcionarios públicos, es utilizada por los mismos, aprovechando la libertad conferida para tomar decisiones, lo que permite una extralimitación de sus facultades, que conlleva a cometer actos de corrupción, ya que se ha comprobado que en los mismos persisten irregularidades que afectan de manera directa la seguridad jurídica de los participantes en las licitaciones al no garantizar un procedimiento transparente fundamentado en el cumplimiento de la ley que permita la probidad de los funcionarios públicos en la ejecución de los actos administrativos que se realizan.

- A los participantes u ofertantes en las licitaciones públicas que realiza la institución en estudio, se les vulneran derechos y garantías como es la igualdad y la seguridad jurídica, al no aplicarse el procedimiento con uniformidad, siendo éste un factor que contribuye a la no aplicación de los principios administrativos, dejando en indefensión al ofertante.

- Asimismo, el permitir la ley que regula las licitaciones públicas, solamente un recurso, siendo éste el de revisión, restringe el derecho de impugnar a los participantes cualquier acto administrativo que afecte sus derechos, máxime si se tiene en consideración que el recurso de revisión y que es el único que la LACAP regula, según los Arts. 76 y 77 de la misma, se interponga ante el funcionario que dictó el acto, quien resuelve con base a la recomendación que emite la comisión especial de alto nivel nombrada por el mismo.

- Que la Corte de Cuentas de la República, como ente contralor, contribuye a que exista una corrupción desmesurada en el I.S.S.S., al no realizar eficientemente las auditorías en el tiempo oportuno, siendo éste un factor externo que fomenta el abuso de la potestad discrecional por los funcionarios públicos.

- Que por parte de los particulares existe desconfianza en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social en cuanto la forma de llevarse a cabo los procedimientos licitatorios, la que viene derivada de hechos concretos realizados en el mismo, en el que se favoreció a determinada empresa por

haber en ésta, un allegado a funcionarios o empleados del Instituto, dejando en desventaja a los particulares interesados en participar.

De lo expresado finalmente se ha comprobado que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, no garantiza la seguridad jurídica en los procedimientos licitatorios, debido al abuso de la potestad discrecional que la ley especial regula y que le confiere a sus funcionarios, de ello se deriva una serie de factores tanto internos como externos que se han mencionado con anterioridad y que permiten que exista una inadecuada aplicación de la ley.

5.2. RECOMENDACIONES

Ha quedado demostrado que en los procedimientos licitatorios que realiza el I.S.S.S., los participantes de la licitación quedan desprovistos de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico establece, al afectarse la seguridad jurídica que el Estado en el ejercicio de su poder de imperio está obligado a proveerles, ello debido al abuso de la discrecionalidad que los funcionarios públicos realizan.

Partiendo de lo expresado se hacen las siguientes recomendaciones:

- A las instituciones del Estado, encargadas de aplicar la ley, realizar una revisión de la LACAP en las disposiciones en que se permita la discrecionalidad de los funcionarios, así como darle cumplimiento al garantizar la seguridad jurídica de los ofertantes en lo relativo a las prohibiciones, infracciones y sanciones que estipula en el Capítulo I, Título VII.

- Al Instituto Salvadoreño del Seguro Social, aplicar la normativa vigente en legal forma, cumplimiento con los procedimientos establecidos en forma adecuada, para ello se sugiere que establezca un sistema riguroso de supervisión a las comisiones de evaluación de ofertas, ya que es ahí donde se recomienda la mejor oferta al titular designado para su autorización.

- A la Corte de Cuentas de la República se recomienda realice auditorías eficientes, supervisando en forma directa y permanente, el trabajo de la UACI del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

- A los participantes u oferentes en las licitaciones, hacer uso en el momento oportuno de los derechos y garantías que la ley especial que regula las licitaciones les confiere, agotando las instancias pertinentes.

- A los funcionarios aplicantes de la norma, fundamentar debidamente los actos administrativos que emiten de manera más clara y comprensible cuando se hayan decidido discrecionalmente.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARENAS ARCHILA, NELLY Y DUQUE, MARÍA DORA, “Régimen Legal de los Contratos Administrativos, Tesis de Grado”, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1980.

CASSAGNE, J.C., “El Contrato Administrativo” Primera Edición. 1997.

COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La Licitación Pública, Nociones” Buenos Aires, De Palma, 2000.

COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La Licitación Pública, Nociones-Principios-Cuestiones”, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, Argentina.1997

DROMI, JOSÉ ROBERTO, “Derecho Administrativo” Séptima Edición, Editorial de Ciencias y Cultura. Argentina, Buenos Aires, año 1988.

DROMI, JOSÉ ROBERTO, “La Licitación Pública”, Buenos Aires, Argentina. Astrea 1985.

ESCOLA, HÉCTOR J. “Tratado General de Procesos Administrativos”, Buenos Aires, Argentina, 1981

ESCOLA, HÉCTOR J. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, T.I. Buenos Aires, 1977.

GARCÍA E. DE ENTERRÍA, “Justicia y Seguridad en un Mundo de Leyes Desbocadas”. Madrid, 1999, Edición Civitas.

LINARES QUINTANA, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” Segunda Edición, 1998.

LÓPEZ ELIAS, JOSÉ PEDRO, “Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México” Primera Edición. México, 1990.

LÓPEZ, MARIANO, “Contrato Administrativo y Centralización de las Compras Públicas” Primera Edición, Barcelona, Atelier, 2000.

MARADIAGA GUTIÉRREZ, MÓNICA, “Seguridad Jurídica y Administración Pública”. Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL, “Derecho Administrativo, Diccionarios Jurídicos Temáticos” Segunda Edición. 1989.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE, “La Licitación Pública”, Montevideo, Acali Editorial, reedición, prólogo de Daniel Hugo Martins de la tesis publicada en 1940, 1978.

SILVA ARANGUREN, ANTONIO, “Los Actos Administrativos Complejos”, Caracas, Venezuela 1999.

TESIS

CONTRERAS, CARLOS, “Análisis Jurídico Constitucional y Administrativo de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública”, Universidad de El Salvador, 2002.

REYES, MAXIMINO, “Eficacia de los Mecanismos de la Actividad Contractual de los Municipios”, Universidad de El Salvador, 2002.

DÍAZ FUENTES, CLAUDIA MARÍA, “Efectos Económicos de la Corrupción en las Licitaciones Públicas sobre la Competitividad de las Empresas Salvadoreñas”, Tesis Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2000.

SÁNCHEZ DE HERRERA, ALICIA CONCEPCIÓN, “El Principio de Legalidad y la Potestad Discrecional en Derechos Administrativo”. Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador. 1979.

REVISTAS

“La Corrupción Desenmascara el Mito del Mercado Libre”, Revista ECA, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA, Edición N° 678, abril de 2005.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República de El Salvador. D.L. N° 38 de fecha 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo 281 de fecha 16 de diciembre de 1983.

Disposiciones Generales de Presupuestos. D.L. N° 3 de fecha 23 de diciembre de 1983, D.O. N° 239, Tomo 281 de fecha 23 de diciembre de 1983

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. D.L. N° 868 de fecha 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347 de fecha 15 de mayo de 2000.

Ley del Seguro Social. D.L. N° 1263, D.O. N° 226, Tomo 161 de fecha 11 de diciembre de 1953.

Ley de la Corte de Cuentas de la República. D.L. N° 438 de fecha 31 de agosto de 1995, D.O. N° 176, Tomo 328 de fecha 25 de septiembre de 1995.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. D.E. N° 98 de fecha 20 de octubre de 2005. D.O. N° 200, Tomo 369 de fecha 27 de octubre de 2005.

Reglamento de la Ley de la Corte de Cuentas de la República. D.L. N° 9 de fecha 20 de junio de 1944, D.O. N° 150, Tomo 326 de fecha 10 de febrero de 1995.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de Recurso de Amparo Constitucional. Emitido por la Honorable Corte Suprema de Justicia. Referencia 19-98 de fecha 11 de noviembre de 1998.

Sentencia de Recurso de Amparo Constitucional. Referencia 74-98, de fecha 15 de junio de 1999.

Sentencia en Proceso Contencioso Administrativo. Referencia 285-A-2003.

Sentencia en Proceso Contencioso Administrativo. Referencia 23-J-2003.

PÁGINAS WEB

www.eldiariodehoy.com “Anulan exoneración a favor de Majano Araujo” , mayo de 2006; “Colegio Médico exige contratos de servicios médicos hospitalarios”, mayo de 2006.

www.elsalvador.com.sv “Denuncias bajo sospechas obras del I.S.S.S.” 21 de marzo de 2006.

www.jurisprudencia.gob.sv “Principio de Seguridad Jurídica”. Sentencia en Proceso de Amparo. 11/II/1998, Ref. 19-98, mayo de 2006.

www.laprensagrafica.com.sv “Adjudicación de licitaciones a MIDES”, 22 de mayo de 2006; “Médicos Oncólogos utilizaron testaferros en el I.S.S.S.” 25 de abril de 2006; “Director del ISSS señalado por el gobierno”, 14 de junio de 2006.

www.monografias.com “La seguridad Jurídica en el Derecho Tributario” 15 de junio de 2006; “El procedimiento de Licitación Pública”, 12 de julio de 2006.

www.rebellion.org “Realidad Latinoamericana y Caribeña”, Boletín, Incidencia y Compromiso. Alcides Ernesto Herrera, 25 de julio de 2006.

ANEXOS

CUESTIONARIO PARA SER ADMINISTRADO A EMPRESAS
PARTICIPANTES EN LICITACIONES PÚBLICAS REALIZADAS POR EL
I.S.S.S.

Respetable Sr. (a):

Para efectos de requisitos de graduación se está haciendo una investigación sobre la seguridad jurídica en las licitaciones públicas celebradas por el Instituto Salvadoreño de Seguro Social, así como los factores que inciden para el cumplimiento de dicho procedimiento, por tal motivo agradeceremos su colaboración, contestando el presente cuestionario.

INSTRUCCIONES:

Lea detenidamente cada pregunta, y después seleccione la respuesta, escriba en el cuadro de la derecha, el número de la respuesta que seleccionó, solo podrá seleccionar una alternativa.

No.	PREGUNTAS	CODIGO	ALTERNATIVAS	RESPUESTAS
1	¿Ha participado como ofertante su empresa en licitaciones públicas del I.S.S.S.?	1 2	Si No	

2	¿Ha sido su empresa beneficiada con adjudicaciones de licitaciones públicas por el I.S.S.S.?	1 2	Si No	
3	¿Considera que la potestad discrecional permitida en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, puede generar corrupción en los procedimientos licitatorios?	1 2 3	Siempre A veces Nunca	
4	¿Tiene conocimiento de licitaciones adjudicadas ilegalmente dentro del I.S.S.S. ?	1 2 3	En muchos casos En pocos casos Nunca	
5	¿Considera que en las licitaciones públicas realizadas por el I.S.S.S, ha existido irregularidad en el procedimiento?	1 2 3	En la mayoría de licitaciones En algunas licitaciones Nunca	
6	¿En las licitaciones en qué usted ha participado se cumplen las etapas del procedimiento licitatorio?	1 2 3	Siempre Casi siempre Nunca	

7	¿Existen licitaciones adjudicadas a empresas que no cumplieran los requisitos correspondientes?	1 2 3	Si No En algunos casos	
8	¿En relación a los procedimientos licitatorios en los que ha intervenido se ha manifestado la libre competencia de los ofertantes?	1 2 3	Siempre En algunos casos Nunca	
9	¿Se le ha informado oportunamente sobre las bases de licitación?	1 2 3	Si No A veces	
10	¿Ha existido igualdad de oportunidades para los participantes en los procesos licitatorios?	1 2 3	Siempre. En algunos casos Nunca	

11	¿Estima factible que los funcionarios resuelvan discrecionalmente en los procesos licitatorios?	1 2 3	Si es aplicable en todos los casos Es aplicable en algunos casos Es mejor que no existiera la discrecionalidad en los procedimientos	
12	¿En las licitaciones en qué ha participado, la adjudicación ha sido objetiva?	1 2 3	Siempre Nunca Algunas veces	
13	¿Cree usted que en los procedimientos licitatorios existe inadecuada aplicación de la ley?	1 2 3 4	En la mayoría de procedimientos En algunos procedimientos Siempre Nunca	
14	¿Cómo considera los mecanismos de supervisión de la Corte de Cuentas de la República en los procedimientos licitatorios del I.S.S.S.?	1 2 3	Eficiente Deficiente Aceptable	

15	¿Cómo se celebran los procedimientos de selección de ofertas y adjudicación de contratos en el I.S.S.S.?	1 2 3	<p>1 Se respeta la igualdad y libre competencia entre ofertantes</p> <p>2 Existe arbitrariedad en la selección</p> <p>3 Aceptable</p>	
16	¿Considera que en los procedimientos licitatorios realizados por el I.S.S.S., se respetan las garantías y los principios constitucionales?	1 2 3	<p>1 Siempre</p> <p>2 Casi Siempre</p> <p>3 Nunca</p>	
17	¿Le merece confianza la forma de llevar a cabo los procedimientos licitatorios por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social?	1 2 3	<p>1 Si</p> <p>2 No</p> <p>3 A veces</p>	

PROCEDIMIENTOS

V.2 Licitación o Concurso Público Internacional

PROCEDIMIENTO UNAC 002:

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	01	Verifica Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones, determina ejecución de licitación Internacional y solicita por escrito autorización a Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.
Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.	02	Revisa solicitud de Licitación Pública Internacional, aprueban y trasladan a Jefe UACI
Jefe UACI	03	Solicita especificaciones técnicas a Jefe(s) de unidad(es) solicitante(s).

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe unidad solicitante	04	Elabora condiciones y especificaciones técnicas de la obra, bien o servicio y traslada a Jefe UACI, con autorización respectiva.
Jefe UACI	05	Recibe condiciones y especificaciones técnicas de la obra, bien o servicio y verifica asignación presupuestaria con Unidad Financiera Institucional (UFI) o Unidad que haga sus veces.
	06	Abre expediente (al que debe agregar todos los documentos generados en el proceso, según Art. 12, literal “h”), elabora Bases de Licitación o Concurso según apartado VI de este Manual, (Art. 12, literal “f”), con Jefe unidad solicitante o personal idóneo.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.	07	Traslada bases de licitación o concurso y expediente a Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.
Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.	08	Revisa, aprueba bases de licitación o concurso (según Art. 18) y traslada con expediente a Jefe UACI.
Jefe UACI	09	Elabora formato de convocatoria Internacional en idioma inglés o del país donde se efectuará la publicación, en la que debe detallarse el No. de Cuenta ABA ⁽¹⁾ del Banco donde los ofertantes en el exterior depositarán el pago de las bases de

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		licitación o concurso. (La convocatoria Nacional será publicada el mismo día que la Internacional).
	10	Efectúa contacto con Empresas publicitarias en otro u otros países y envía formato de anuncio en idioma definido y cotización, vía correo y/o correo electrónico.
Empresa Publicitaria	11	Recibe documentos, elabora cotización y envía a Jefe UACI de Institución solicitante.
Jefe UACI	12	Recibe cotización y traslada a Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada para su aprobación.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada	13	Recibe cotización de publicación, revisa, aprueba y traslada a Jefe UACI.
Jefe UACI	14	Contacta Empresa publicitaria para que efectúe publicación, envía formato del mismo y adjunta detalle para que emitan factura provisional de pago.
Empresa Publicitaria	15	Envía a Jefe UACI factura provisional por correo o correo electrónico, según formato requerido por la institución para efectos de tramitar pago.
Jefe UACI	16	Recibe factura provisional y traslada a Unidad Financiera Institucional (UFI) o quien haga sus veces.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
UFI o quien haga sus Veces	17	Realiza pago a nombre de empresa publicitaria y abona a número de cuenta de ésta, en Banco requerido por la misma.
Empresa Publicitaria	18	Recibe pago, efectúa publicación y envía por correo a Jefe UACI, el anuncio efectuado en el periódico, adjuntando factura original.
Jefe UACI	19	Recibe anuncio, obtiene reproducción de bases de licitación o concurso, y anexa publicación de convocatoria (incluyendo la nacional) y original de bases de licitación o concurso a expediente, en espera de fecha para el retiro de bases.
Ofertante	20	Cancela derechos de bases de licitación o concurso en el Banco

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		señalado en el anuncio ⁽²⁾ , (en caso de ofertante nacional, en lugar señalado para tal fin) y envía por fax a UACI de Institución licitante recibo del pago efectuado.
Jefe UACI	21	Obtiene recibo de pago por fax (anota datos de ofertante en registro de retiro de bases), confirma que se ha recibido el documento y envía bases por cualquier medio (correo, fax, correo electrónico).
Ofertante	22	Recibe bases de licitación o concurso ⁽³⁾ y confirma de recibido a UACI de Institución licitante, cualquier medio (correo, fax o correo electrónico).
	23	Presenta oferta según bases de

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		licitación o concurso ⁽⁴⁾ y firma, de acuerdo a formulario VII.6 Registro de Presentación de Ofertas. En caso que sea enviada por correo, se registrará y se hará constar en acta, incluyendo ofertas recibidas extemporáneamente.
Jefe UACI	24	Realiza acto de apertura pública de ofertas según bases de licitación o concurso y verifica que presenten garantía de mantenimiento de oferta ⁽⁵⁾ (según Art. 53).
	25	Elabora Acta de Apertura de Ofertas, según formulario VII.7, en la que hace constar las ofertas recibidas, garantías de mantenimiento de oferta, así como otros aspectos relevantes (según Art. 53, inciso 2º), obtiene firma de

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		<p>ofertantes o representantes asistentes y les entrega copia de Acta (a los ofertantes no presentes se les envía acta posteriormente mediante fax). Las ofertas recibidas extemporáneamente, se devuelven sin abrir, al finalizar este acto.</p>
	26	<p>Convoca a miembros de la Comisión de Evaluación de Ofertas nombrados por el Titular o persona designada (mediante acuerdo, conforme al Art. 20), entregándoles ofertas y expediente para su evaluación.</p>
<p>Miembros de la Comisión de Evaluación de Ofertas</p>	27	<p>Analizan ofertas, evalúan aspectos técnicos y económico-financieros (según Art. 55) y emiten Informe de Evaluación de Ofertas, según formulario VII.8, en el cual hacen la</p>

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		recomendación (según Art. 56, inciso 1°).
	28	Elaboran y firman Acta de Recomendación (según Art. 56 inciso 3°) y envían con informe y expediente a Titular, Junta o Consejo Directivo, Consejo Municipal o Persona Designada.
Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada.	29	<p>Revisa informe, acta y expediente, y procede de acuerdo al artículo 56:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Adjudica, si esta de acuerdo con la recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas, continuando con el siguiente paso; b) Adjudica a otro, si no esta de acuerdo con la recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas, continuando con el siguiente paso; c) Declara desierta la licitación o concurso, continua con el siguiente paso.
	30	Razona por escrito su decisión y envía informe, acta y expediente a Jefe

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	31	<p data-bbox="850 443 938 478">UACI.</p> <p data-bbox="850 590 1406 1430">Recibe informe, acta y expediente, anexa documentos a expediente, elabora Resolución de Adjudicación, tomando como base el formulario VII.11, teniendo como base el acuerdo emitido por el Titular, la Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada, en el caso de Instituciones Autónomas y Municipalidades⁽⁶⁾, (conforme Art. 56 inciso 4º) y traslada con expediente a Titular.</p>
<p data-bbox="300 1545 662 1650">Titular, Junta o Consejo Directivo, Concejo Municipal o Persona Designada</p>	32	<p data-bbox="850 1545 1406 1650">Revisa expediente y proyecto de resolución de adjudicación, y procede:</p> <p data-bbox="850 1692 1406 1866">a) Realiza observaciones y lo devuelve al Jefe UACI para su modificación y posterior firma, continuando con el siguiente paso; o</p>

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI		b) Firma y devuelve a Jefe UACI.
	33	Elabora Acta de Notificación; según formulario VII.112 y notifica resolución de adjudicación a ofertantes participantes y adjudicatario(s), obtiene firma de recibido. (según Arts. 57 y 74). En caso ofertantes extranjeros, la notificación se hace por medio de fax con acuse de recibido.
	34	Espera 5 días hábiles, a efecto de que la resolución quede en firme y pueda suscribir el contrato. ⁽⁷⁾
35	Redacta aviso de adjudicación para medios de prensa escrita de circulación de la república (según Art. 57, inciso 2º) y gestiona publicación	

RESPONSABLE**PASO N°****ACCION**

en medios de prensa escrita, efectuando además publicación vía Internet.

36 Continúa con pasos del No.26 al 38 del procedimiento “Licitación o concurso público y licitación o concurso público por invitación”.

NOTAS:

- (1) El número de cuenta ABA es el código del Banco que lo diferencia de otros Bancos, lo que es necesario proporcionar en caso que la transferencia se efectúe a un Banco diferente.
- (2) En la convocatoria se dará a conocer el costo de las bases más la comisión que el Banco cobra por cada transacción, la cual deberá cancelar cada ofertante.
- (3) Antes de la fecha de recepción de las ofertas, se podrán recibir consultas por escrito (según Art. 51), las que deberán ser contestadas y comunicadas, igualmente por escrito a todos aquellos que hayan retirado las bases de licitación o de concurso. Asimismo, las Instituciones podrán hacer adendas o enmiendas por escrito a las bases de licitación o de concurso (según Art. 50), antes de que venza el plazo para la presentación de las ofertas, las que deberán ser notificadas a todos los que hayan obtenido las bases de licitación o de concurso.

- (4) La institución licitante, deberá exigir al momento de presentación de las ofertas, la copia del recibo de pago de derechos para adquirir las bases de licitación o concurso, dicha formalidad deberá ser expresada en las bases de licitación o concurso.
- (5) En los casos de ofertantes extranjeros, se podrá aceptar cheque certificado emitido por un banco del país de origen del ofertante como garantía de mantenimiento de oferta, debiendo establecerlo de tal forma, en las respectivas bases de licitación o concurso.
- (6) En el caso de las Instituciones Oficiales Autónomas y Municipalidades, la resolución de adjudicación se elaborará con base al acuerdo tomado por el Consejo o Junta Directiva o el Concejo Municipal, considerando que dicho acuerdo no tiene calidad de resolución sino que es un documento en el que consta el acto de decisión interna de la Institución.
- (7) Antes de Suscribir el contrato el jefe UACI, debe esperar 5 días para que la Resolución de Adjudicación quede en firme, ya que los ofertantes participantes pueden interponer por escrito, recurso de revisión ante el Titular, dentro del término de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución de adjudicación. Transcurrido dicho plazo la resolución de adjudicación queda firme (con base al Art. 56, inciso 6°).

ACLARACIONES:

Dentro de los requerimientos que deberán estipularse en las bases de licitación o de concurso (según Art. 44 de la LACAP) son:

- 1) La oferta así como toda la correspondencia y documentos relativos a ella que intercambien el ofertante y la institución licitante, deberán redactarse en castellano. Los documentos complementarios y literatura impresa que proporcione el ofertante, podrán estar escritos en otro idioma, a condición de que vayan acompañados de una traducción al castellano debidamente autenticada por las autoridades correspondientes e indicarán la posibilidad de proporcionar información complementaria, si ésta es requerida por la Institución. La traducción prevalecerá en lo que respecta a la interpretación de la oferta.
- 2) La documentación legal debidamente apostillada o autenticada por el Cónsul de El Salvador en el país de origen y autenticada por El Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

- 3) Las cotizaciones de las ofertas, en su caso, se harán con base a los Términos de Comercio Internacional INCOTERMS, vigentes.

V.5 Imposición de Multa por Mora

PROCEDIMIENTO UNAC 005:

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	01	Identifica y documenta mora en cumplimiento de obligaciones contractuales por causas imputables al contratista, conforme artículo 85 de la LACAP y envía al Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal.
Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal	02	Recibe documentos que comprueban el grado de incumplimiento del contratista y el monto de la multa a imponer al contratista, aprueban y emiten acuerdo de Imposición de multa trasladan a Jefe UACI.
Jefe UACI	03	Convoca a contratista a efecto de

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Contratista	04	<p>comunicarle que en consecuencia de incumplimiento de plazo contractual, se ha hecho acreedor a la sanción que establece la LACAP.</p> <p>Acude a convocatoria en lugar, fecha y hora señalada, expresa los motivos del incumplimiento⁽¹⁾ y se da por enterado del procedimiento a seguir para la imposición de la multa. (De todo lo conversado se levantará acta, la cual suscribirán las partes).</p>
Jefe UACI	05	<p>Calcula multa a imponer de la siguiente manera:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los primeros 30 días de retraso, la cuantía será del (0.1 %) del valor total del contrato; b) Sigüientes 30 días de retraso, la cuantía será del (0.125%) del valor total del contrato; c) En los sigüientes días de retraso, la

RESPONSABLE**PASO N°****ACCION**

cuantía será del (0.15%) del valor total del contrato.

06 Elabora resolución razonada con base a la LACAP y documentación que compruebe el incumplimiento, tomando como modelo el formulario VII.11 de este Manual, detalla las causas imputables al contratista, e indica que la emisión del cheque debe ser a favor de la Dirección General de Tesorería, en los casos de Instituciones del Gobierno Central y Autónomas⁽²⁾ y remite a Titular.

Titular o persona designada

07 Revisa resolución razonada, que contiene cálculo de multas y documentación adjunta y procede:

- a) Observa la resolución y devuelve a Jefe UACI;
- b) Firma resolución razonada y devuelve a Jefe UACI.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	08	<p>Recibe resolución razonada y procede:</p> <p>a) Incorpora observaciones y devuelve a Titular para su respectiva firma, retomando desde paso No. 07 de este procedimiento;</p> <p>b) Recibe Resolución firmada y continúa con siguiente paso.</p>
	09	<p>Procede a elaborar acta de notificación según formulario VII.12 y notifica a contratista en domicilio designado para tal fin.</p>
Contratista	10	<p>Firma acta de notificación y recibe copia de resolución razonada de imposición de multa por incumplimiento de plazo contractual.</p>
	11	<p>Presenta cheque en la Dirección General de Tesorería o en la Unidad Financiera Institucional (UFI) o en</p>

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
--------------------	----------------	---------------

aquella que haga sus veces⁽³⁾, la que extiende recibo de ingreso como comprobante, el cual presenta al Jefe UACI.

Jefe UACI

12

Obtiene copia de recibo de pago de multa, resolución razonada y acta, incorpora información a registro de ofertantes y contratistas institucional e informa a UNAC, mediante nota.

Notas:

- (1) El Contratista, amparado en el artículo 86 de la LACAP, puede solicitar prórroga equivalente al tiempo perdido, antes de que venza el plazo del contrato, debiendo justificar y comprobar las causas que han motivado dicho incumplimiento.
- (2) En el caso de las Municipalidades, el cheque en concepto de multa, será emitido a favor Tesorería institucional de la Alcaldía Municipal que ha sancionado al suministrante, según lo establecido en el artículo 63, numeral 2 del Código Municipal.
- (3) La Unidad Financiera Institucional (UFI) o la que haga sus veces, realizará el depósito respectivo a la Dirección General de Tesorería en el Ministerio de Hacienda.

ACLARACION:

Si el monto acumulado por multa, alcanzara el 12% del valor total del contrato, la Institución procederá a caducar el contrato y actuará de conformidad al procedimiento No. V.7 “Ejecución de Garantías” de este Manual, para hacer efectiva la Garantía de Cumplimiento de Contrato.

V.6 Inhabilitación a Particulares

PROCEDIMIENTO UNAC 006:

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	01	Identifica y documenta la gravedad de la falta cometida por ofertante o contratista, contempladas en artículo 158 de la LACAP y traslada a Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal.
Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal	02	Recibe documentos relacionados a la inhabilitación del ofertante o contratista, aprueban y emiten acuerdo de inhabilitación, trasladan a Jefe UACI.
Jefe UACI	03	Convoca a ofertante o contratista a efecto de comunicarle sanción a imponer como consecuencia de faltas

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		cometidas.
Ofertante o contratista	04	Acude a convocatoria en lugar, fecha y hora señalada, dándose por enterado de la sanción que impondrá la institución.
Jefe UACI	05	Elabora acta de reunión sostenida con ofertante o contratista, estableciéndose en la misma, la sanción a la que se ha hecho acreedor, la que firman ambas partes.
	06	Elabora con base a la LACAP y documentación probatoria de la falta, resolución razonada tomando como modelo el formulario VII.11 de este Manual, en la que deberá detallar la conducta del ofertante o contratista,

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
		<p>por la que se impone la sanción de inhabilitación por un período de 1 a 5 años (según la gravedad de la falta) y remite a Titular para su conocimiento y aprobación.</p>
Titular o persona designada	07	<p>Revisa resolución razonada y documentación adjunta y procede:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Observa la resolución razonada y devuelve a Jefe UACI; b) Firma resolución razonada y devuelve.
Jefe UACI	08	<p>Recibe resolución razonada y procede:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Incorpora observaciones y devuelve a Titular para su respectiva firma; retomando desde el paso No. 07 de este procedimiento. b) Recibe resolución razonada firmada, continuando con el paso siguiente.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Ofertante o contratista	09	Elabora acta de notificación tomando como modelo el formulario VII.12 de este Manual y notifica a ofertante o contratista en domicilio designado para tal fin.
Ofertante o contratista	10	Firma y devuelve acta y recibe copia de resolución razonada de inhabilitación, por un período de 1 a 5 años de acuerdo a la sanción impuesta.
Jefe UACI	11	Obtiene copia de resolución razonada y acta, incorpora información a registro de ofertantes y contratistas institucional y remite copia de resolución razonada y acta a la UNAC.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
UNAC	12	Recibe resolución razonada y acta e incorpora información en Registro de

V.7 Ejecución de Garantías

PROCEDIMIENTO UNAC 007:

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	01	Identifica y documenta incumplimiento, convoca al Adjudicatario o Contratista por escrito para comunicarle lo siguiente: a) Incumplimiento en la suscripción del contrato; ⁽¹⁾ b) Incumplimiento total en la entrega de la obra, bien o servicio; o c) Incumplimiento parcial en la entrega de la obra, bien o servicio.
Adjudicatario o Contratista	02	Concorre a la convocatoria del Jefe UACI, en lugar, fecha y hora señalada, dándose por enterado, que por el incumplimiento ya sea de no concurrir a suscribir contrato, o por incumplimiento contractual total o parcial, se hará efectiva la garantía.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	03	Elabora acta de reunión sostenida con ofertante o contratista, estableciéndose en la misma, la sanción a la que se ha hecho acreedor, la que firman ambas partes.
	04	Elabora nota dirigida a la Compañía Afianzadora, en donde le comunica el incumplimiento de la empresa, de la cual dicha compañía es fiadora.
Compañía Afianzadora	05	Verifica incumplimiento de la persona natural o jurídica, sea Adjudicatario o Contratista; y comunica por escrito a la Institución y a la persona natural o jurídica, si procede o no hacer efectiva la garantía.
	06	Emite cheque a favor de la Dirección

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Jefe UACI	07	General de Tesorería, en los casos de Instituciones del Gobierno Central y Autónomas ⁽²⁾ y entrega al Jefe UACI de la Institución reclamante ⁽³⁾ .
		Remite cheque a la UFI o la que haga sus veces y obtiene copia de recibo.
	08	Comunica a Adjudicatario o Contratista a efecto de entregarle recibo de ingreso que comprueba que se ha cumplido con lo establecido en el contrato y la LACAP.
	09	Elabora informe, anexa copia a expediente, registra incumplimiento y comunica a la UNAC la ejecución de la garantía.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
UNAC	10	Recibe informe e incorpora información en el Registro de Incumplidos.

NOTA:

- (1) Cuando el incumplimiento se tratare de no comparecer en el tiempo señalado para suscribir contrato, en la misma Resolución en la que se revoca la Adjudicación a la persona natural o jurídica, se establecerá que además se hará efectiva la Garantía de Mantenimiento de Oferta.
- (2) En el caso de las Municipalidades, el cheque en concepto de ejecución de garantía, será emitido a favor de la Tesorería Institucional de la Alcaldía Municipal que ha sancionado al Adjudicatario o Contratista, según lo establecido en el artículo 63, numeral 2 del Código Municipal.
- (3) La Unidad Financiera Institucional (UFI) o la que haga sus veces, realizará el depósito respectivo a la Dirección General de Tesorería en el Ministerio de Hacienda.

V.8 Interposición de Recurso de Revisión

PROCEDIMIENTO UNAC 008:

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Ofertante o Adjudicatario	01	Interponen recurso de revisión ante Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal de la Institución contratante.
Titular, Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal	02	Revisa recurso y procede: a) Si el recurso cumple todos los requisitos establecidos en la LACAP, emite auto declarando la admisibilidad del recurso ⁽¹⁾ ; elabora Acta de Notificación, según formulario VII.12, notifica el auto de admisibilidad del recurso al (a los) recurrente(s) y al (los) adjudicatario(s) y obtiene firma de recibido y continúa con el paso No. 4 b) Si el recurso no ha sido presentado de acuerdo a los requisitos legales correspondientes, emite Resolución Razonada, según formulario VII.11, declarando inadmisibles el recurso y ratificando la resolución de adjudicación, continuando con el siguiente paso.

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
	03	Elabora Acta de Notificación, según formulario VII.12, notifica resolución al (a los) recurrente(s) y al (los) adjudicatario(s) y obtiene firma de recibido, continuando con paso No. 09 de este procedimiento.
	04	Conforma Comisión de Alto Nivel ⁽²⁾ para emitir recomendación.
Comisión de Alto Nivel	05	Solicitan a Jefe UACI, el expediente relativo a proceso de licitación o concurso y analiza toda la documentación relativa al mismo.
	06	Emite informe de recomendación ratificando o revocando la resolución de adjudicación, devuelve expediente al Jefe UACI y traslada informe de

RESPONSABLE	PASO N°	ACCION
Titular	07	<p>recomendación al Titular.</p> <p>Revisa informe y procede:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Si la recomendación es de ratificación, emite Resolución Razonada, según formulario VII.11, dejando en firme la resolución de adjudicación, continuando con el siguiente paso. b) Si la recomendación es de revocación, emite Resolución Razonada, según formulario VII.11 adjudicando al recurrente, continuando con el siguiente paso.
	08	<p>Elabora formulario VII.12 Acta de Notificación, comunica resolución razonada al (a los) recurrente(s) y al (los) adjudicatario(s) y obtiene firma de recibido.</p>
	09	<p>Envía documentación de todo lo actuado, al Jefe UACI, para la incorporación al respectivo expediente.</p>

NOTAS:

- (1) El Titular (o su designado) notificará al (a los) Ofertante(s) o Adjudicatario(s), que el proceso de contratación queda suspendido en su totalidad (en el caso de adjudicaciones parciales) por la interposición del recurso de revisión.
- (2) Es recomendable que la Comisión de Alto Nivel, se conforme con un número impar, no menor de 3 miembros, con personas que no hayan tenido vinculación con el proceso y que posean los conocimientos técnicos y legales pertinentes.